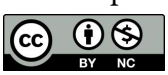
JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Domsrätt och lagval vid elektronisk handel

Patrik Lindskoug

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2025
eISBN: 9789190023235
DOI: https://doi.org/10.37852/oblu.336



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.
(Se fullständiga villkor: https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv).
Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f45b6

Förord

Att skriva en avhandling är ett projekt som inte sällan liknas vid en resa; en upplevelse där själva färden underförstått utgör ett mål i sig och blir precis så berikande som man väljer att göra den till. Ett avhandlingsarbete innebär också att man reser ensam. Det, att på egen hand bära ansvar för kurs och etappmål och inte minst hastigheten framåt, kan vara inspirerande och överväldigande när vägen ligger öppen och rak, men kan också ge upphov till förrvirring i perioder då till synes ohanterliga svårigheter bringar en på avvägar.

Under den snart tillryggalagda färden har jag haft turen att vägledas av en guide som tydligt förstått både sin uppgift som ciceron i ett spännande ämne och sin roll som lots vid genomförandet av strapatserna, alltid med en humoristisk kommentar i bagaget. Jag är skyldig professor Michael Bogdan ett stort tack för den kunnighet och det engagemang som har präglat hans vägledning under de här åren. Den lämnar i sanning inget i övrigt att önska!

Jag vill också uttrycka min tacksamhet mot dem som fick mig att lösa biljett för många år sedan. Först och främst gentemot professor emeritus Lennart Pålsson som under min tid som amanuens på avdelningen för internationell rätt var den som på allvar fick mig att överväga ett doktorandprojekt. Sedermera har han dessutom tagit sig tid att följa mina ansträngningar. Det har blivit till många kloka synpunkter genom åren och hans vilja att vara behjälplig med såväl material som värdefull kritik har varit av stor betydelse för min forskning. Också Katarina, Henrik och Carl-Michael bidrog till valet när det begav sig och var de bästa tänkbara mentorer när projektet ännu låg i sin sin linda. Den vänskapliga stämning ni och alla andra på det ”kommersiella planet” spridit som följeslagare under resans gång är obetalbar. Jag framför dessutom ett särskilt tack till Henrik för hjälpen med korrekturläsning.

Resan hade varit en helt annan, och bra mycket ensammare, om inte Ulf hade seglat bredvid. Redan inriktningen på våra respektive avhandlingar banade väg för en nära kollegialitet, men denna i sig utgör inte hela basen för den vänskap som vuxit fram. Med råd och dåd har vi stöttat varandra under arbetets gång och allt som oftast har vi lyckats med konststycket att ha roligt medan vi jobbar.

Under projektets gång har jag mottagit generösa bidrag från Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning, från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning samt från Emmy Ekbergs stipendiefond. Dessa bidrag har varit av avgörande betydelse för färdigställandet av avhandlingen. Jag vill på detta sätt framföra mitt varmaste tack för det förtroende som nämnda bidragsgivare visat mig.

Min hustru Mette och våra barn Ida Marie, Mattias och Jakob är de som närmast följt mina ansträngningar. Bara genom att finnas där har de på olika sätt underlättat mitt arbete.

Lund den 9 september 2004

Patrik Lindskoug

DEL I – INLEDNING OCH ALLMÄN BAKGRUND 1

1 INLEDNING 1

1.1 BAKGRUND 1
1.2 SYFTE 2
1.3 METOD 3
1.4 AVGRÄNSNINGAR 4
1.5 DISPOSITION 5

2 ELEKTRONISK HANDEL 6

2.1 BEGREPPSPROBLEMATIKEN 6
2.2 ELEKTRONISK HANDEL I PRAKTIKEN 10
2.2.1 Inledning 10
2.2.2 Internet 11
2.2.3 Internethandel 13
2.2.4 Särskilt angående e-pengar 15
2.2.5 Elektronisk handel i slutna system 15
2.3 NÅGRA EXEMPEL PÅ ELEKTRONISK HANDEL 16
2.3.1 Inledning 16
2.3.2 Beställning av produkter eller tjänster online 16
2.3.3 Värdtjänster 17
2.3.4 Elektroniska marknadsplatser och elektroniska auktioner 17
2.4 SÄRSKILT OM DET ELEKTRONISKA AVTALSINNEHÅLLET 19
2.5 DEN RÄTTSPOLITISKA BAKGRUNDEN 20
2.5.1 Inledning 20
2.5.2 Den elektroniska handeln och EG-rätten 21
2.5.3 Den elektroniska handeln och svensk rätt 21
2.6 DEN ELEKTRONISKA HANDELNS SIGNIFIKANTA DRAG – SAMMANFATTNING 22

3 DEN ELEKTRONISKA PRESTATIONENS KATEGORISERINGS-PROBLEM 23

4 ÄMNET INTERNATIONELL PRIVAT- OCH PROCESSRÄTT 24

4.1 ALLMÄNT 24
4.2 IP-RÄTTENS METOD 25

5 JURISDIKTION 26

5.1 INLEDNING 26
5.2 BRYSSEL-/LUGANOREGLERNA 26
5.2.1 Bakgrund 26
5.2.2 De relevanta bestämmelserna 28
5.2.3 Tolkning av reglerna 29
5.3 SVENSK DOMSRÄTT VID AVSAKNAD AV LAGFÄSTA BEHÖRIGHETSREGLER 31
5.4 JURISDIKTION I AMERIKANSK RÄTT 31
5.4.1 Bakgrund 31
5.4.2 Doktrinen om minimum contacts 33
5.4.3 General and specific jurisdiction 34

6 LAGVAL 35

6.1 INLEDNING 35
6.2 IKL 36
6.2.1 Allmänt 36
6.2.2 Fastställande av avtalsstatutet enligt IKL 36

6.3 ROMKONVENTIONEN ... 37
6.3.1 Allmänt ... 37
6.3.2 Fastställande av avtalsstatutet enligt Romkonventionen ... 38
6.4 LAGVAL I AMERIKANSK RÄTT ... 39
6.4.1 Bakgrund ... 39
6.4.2 Restatement (Second) Conflict of Laws ... 40
6.4.3 Uniform Commercial Code ... 40
6.4.4 Uniform Computer Information Transactions Act ... 41

DEL II – NÅGRA GENERELLA INTERNATIONELLT PRIVAT- OCH PROCESSRÄTTSLIGA FRÅGOR VID ELEKTRONISK HANDEL ... 43

7 HEMVISTBEGREPPET OCH ELEKTRONISK HANDEL ... 43

7.1 INLEDNING ... 43
7.2 ALLMÄNT OM HEMVISTBEGREPPET ... 43
7.3 BESTÄMNING AV HEMVIST VID ELEKTRONISK HANDEL – FYSISKA PERSONER ... 44
7.4 BESTÄMNING AV HEMVIST VID ELEKTRONISK HANDEL – JURIDISKA PERSONER ... 45
7.4.1 Bakgrund ... 45
7.4.2 Situationer då Bryssel I-förordningen är tillämplig ... 45
7.4.3 Situationer då Bryssel I-förordningen inte är tillämplig ... 50

8 DE ELEKTRONISKA PRESTATIONERNAS KATEGORISERINGSPROBLEM I ETT INTERNATIONELLT PRIVAT- OCH PROCESSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV ... 53

8.1 PROBLEMETS BESKRIVNING ... 53
8.2 KATEGORISERINGSPROBLEMETS RÄTTSLIGA BAKGRUND ... 55
8.3 KATEGORISERINGSPROBLEMET – TVÅ PROBLEM ... 58
8.3.1 Inledning ... 58
8.3.2 Kategoriseringsproblem I: Tillhandahållandet av produkten ... 59
8.3.3 Kategoriseringsproblem II: Rätten att använda produkten ... 59
8.4 OM VARU- OCH TJÄNSTEBEGREPPEN I DE INTERNATIONELLT PRIVAT- OCH PROCESSRÄTTSLIGA BESTÄMMELSERNA ... 60
8.4.1 Inledning ... 60
8.4.2 Allmänt om tolkningen av varu- och tjänstebegreppen i de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna ... 60
8.4.3 En EG-rättslig eller en privaträttslig förståelse ... 61
8.4.4 Allmänt om den gemenskapsrättsliga tolkningen av begreppen vara och tjänst ... 63
8.5 FÖRSLAG TILL LÖSNING – VARA, TJÄNST ELLER NÅGOT TREDJE? ... 66
8.5.1 Inledning ... 66
8.5.2 Kategoriseringen av förpliktelsen att tillhandahålla den avtalade produkten ... 66
8.5.3 Kategoriseringen av rätten att använda produkten ... 69
8.5.4 Är slutsatserna förenliga med upphovsrätten? ... 70
8.6 SÄRSKILT OM VISSA PRODUKTER ... 73
8.7 SÄRSKILT AVSEENDE IKL ... 74
8.8 SAMMANFATTANDE KONKLUSIONER ... 74

DEL III – DOMSRÄTT OCH ELEKTRONISK HANDEL ... 77

9 DOMSRÄTT VID EJ LAGREGLERADE FALL ... 77

9.1 INLEDNING ... 77
9.2 RB 10:1 – SVARANDENS ALLMÄNNA FORUM ... 77
9.3 RB 10:3 – FÖRMÖGENHETSFORUM ... 78
9.3.1 Inledning ... 78
9.3.2 Allmänt förmögenhetsforum ... 78
9.3.3 Forum rei sitae ... 80
9.3.4 RB 10:3 2 st. – Fordringar som behörighetsgrundande egendom ... 81

9.3.5 En avslutande reflektion ... 84
9.4 RB 10:4 – KONTRAKTSFORUM ... 86
9.5 RB 10:5 – FAST ETABLERING ... 90
9.6 KONSUMENTAVTAL – SÄRSKILT ANGÅENDE RB 10:8 A ... 94
9.7 PROROGATIONSAVTAL ... 96

10 BRYSSEL- OCH LUGANOREGLERNA ... 96

10.1 INLEDNING ... 96
10.2 TILLÄMPNINGSOMRÅDET OCH HUVUDREGELN I ART. 2 ... 97
10.3 ALLMÄNT OM DE SÄRSKILDA BEHÖRIGHETSREGLERNA I ART. 5 ... 97
10.4 FORUM SOLUTIONIS – ART. 5.1 ... 98
10.4.1 Inledning ... 98
10.4.2 Avtalsrättsliga tvister ... 98
10.4.3 Den relevanta förpliktelsen och Bryssel- och Luganokonventionerna ... 99
10.4.4 Den relevanta förpliktelsen och Bryssel I-förordningen ... 100
10.4.5 Uppfyllelseorten och Bryssel- och Luganokonventionerna ... 104
10.4.6 Uppfyllelseorten och Bryssel I-förordningen ... 105
10.4.6.1 Inledning ... 105
10.4.6.2 Uppfyllelseorten för förpliktelsen att erlägga betalning ... 106
10.4.6.3 Uppfyllelseorten för förpliktelsen tillhandahålla produkten ... 106
10.4.6.4 Uppfyllelseorten för rätten att använda produkten ... 106
10.4.7 Särskilt om frågan rörande fastställelse av uppfyllelseort för förpliktelsen att tillhandahålla en digital produkt ... 107
10.4.7.1 Inledning - frågans förhållande till den internationella privaträtten ... 107
10.4.7.2 Tre typsituationer ... 107
10.4.7.3 De allmänna bedömningskriterierna ... 108
10.4.7.4 Serverns betydelse ... 109
10.4.7.5 Uppfyllelseorten hos tillhandahållaren? ... 110
10.4.7.6 Uppfyllelsorten hos användaren? ... 113
10.4.7.7 Konklusioner – uppfyllelseorter i typsituationerna ... 114
10.5 ETABLERINGSSTÄLLETS FORUM – ART. 5.5 ... 116
10.6 KONSUMENTFORUM ... 117
10.6.1 Inledning ... 117
10.6.2 Konsumentbegreppet ... 118
10.6.2.1 Säljarens insikt om konsumentens status ... 119
10.6.2.2 Konsumentens insikt om säljarens status ... 121
10.6.3 Konsumenttvister och Bryssel-/Luganokonventionerna ... 122
10.6.4 Allmänt om konsumenttvister och Bryssel I-förordningen ... 122
10.6.5 Bryssel I-förordningens art. 15.1 ... 123
10.6.5.1 Inledande anmärkningar ... 123
10.6.5.2 ”Kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet” ... 123
10.6.5.3 ”Riktad” mot konsumentens hemviststat ... 124
10.6.5.4 ”Inom ramen för sådan verksamhet” ... 131
10.6.5.5 En avslutande reflektion ... 131
10.6.6 Bryssel I-förordningens art. 15.2 ... 132
10.6.7 Prorogationsavtal vid konsumenttvister ... 133
10.7 PROROGATION ... 133
10.7.1 Inledning ... 133
10.7.2 De grundläggande förutsättningarna ... 134
10.7.3 De särskilda formkraven ... 134
10.7.4 Prorogationsavtalets mateialla giltighet ... 139

11 DOMSRÄTT OCH ELEKTRONISK HANDEL I AMERIKANSK RÄTT ... 139

11.1 ALLMÄNT ... 139
11.2 PROROGATIONSKLAUSULER ... 140
11.3 ZIPPO-DOKTRINEN – DEN GLIDANDE SKALAN ... 141
11.4 DEN FORTSATTA UTVECKLINGEN – BETYDELSEN AV ALS SCAN-FALLET ... 143

11.5 SÄRSKILT OM KONSUMENTAVTAL 144
11.5.1 En jämförelse med Bryssel I-förordningen 145

DEL IV – LAGVAL OCH ELEKTRONISK HANDEL 148

12 DE GRUNDLÄGGANDE PRINCPERNA 148

12.1 INLEDNING 148
12.2 ROMKONVENTIONENS TILLÄMPNINGSOMRÅDE OCH UNIVERSELLA KARAKTÄR 149
12.3 IKL:S TILLÄMPNINGSOMRÅDE OCH DESS UNIVERSELLA KARAKTÄR 149
12.4 ELEKTRONISKA LAGVALSAVTAL 150
12.4.1 Inledning 150
12.4.2 Romkonventionens bestämmelser om lagvalsavtal – art. 3. 150
12.4.3 IKL:s bestämmelser om lagvalsavtal – 3 § 150
12.5 ROMKONVENTIONENS BESTÄMMELSER OM TILLÄMPLIG LAG I AVSAKNAD AV LAGVALSAVTAL – ART. 4 151
12.5.1 Inledning 151
12.5.2 Huvudregeln: närmast anknytning – art. 4.1 152
12.5.3 Presumtionsregeln i art. 4.2 – den karakteristiska prestationen 152
12.5.4 Presumtionsregeln i art. 4.2 – verksamhetsstället 155
12.5.5 Åsidosättande av presumtionen – art. 4.5. 160
12.6 IKL:S BESTÄMMELSER OM TILLÄMPLIG LAG I AVSAKNAD AV LAGVALSAVTAL 162
12.6.1 Inledning 162
12.6.2 Driftställe 162
12.6.3 ”Säljaren eller hans representant” 163
12.6.4 ”På börs eller auktion” 164

13 KONSUMENTAVTAL 167

13.1 INLEDNING 167
13.2 ROMKONVENTIONENS BESTÄMMELSER OM KONSUMENTAVTAL – ART. 5 167
13.2.1 Inledning 167
13.2.2 Leverans av varor eller utförande av tjänster – art. 5.1 168
13.2.3 Ett särskilt anbud – art. 5.2 mom 1 169
13.2.3.1 Problemställningen 169
13.2.3.2 E-postadresser under generiska toppdomäner 170
13.2.3.3 E-postadress tillknuten ett annat lands toppdomän 170
13.2.3.4 E-postadress tillknuten hemvistlandets toppdomän 171
13.2.3.5 En kommentar 171
13.2.4 Annonsering där – art 5.2 mom 1 172
13.2.4.1 Problemställningen 172
13.2.4.2 Allmänt om uttrycket ”annonsering där” 173
13.2.4.3 Annonsering där – på Internet? 174
13.3 IKL 175
13.4 VISSA SÄRSKILDA LAGVALSREGLER 175

14 LAGVAL OCH ELEKTRONISK HANDEL I AMERIKANSK RÄTT 176

14.1 ALLMÄNT 176
14.2 RESTATEMENT (SECOND) CONFLICT OF LAWS 176
14.3 UNIFORM COMMERCIAL CODE 178
14.4 LAGVALET OCH UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT 179
14.5 EN JÄMFÖRELSE MED ROMKONVENTIONEN 181

15 ELEKTRONISKA AVTALS MATERIELLA GILTIGHET I ETT INTERNATIONELLT PRIVATRÄTTSLIGT PERSPEKTIV 182

15.1 INLEDNING 182
15.2 ALLMÄNT OM ELEKTRONISKA AVTALS MATERIELLA GILTIGHET 182
15.3 AVTALS MATERIELLA GILTIGHET ENLIGT ROMKONVENTIONEN 183

15.3.1 Inledning – Bestämmelsen i art. 8 ... 183
15.3.2 Elektroniska avtals materiella giltighet enligt art. 8.1 ... 183
15.3.3 Undantaget i art. 8.2 ... 184
15.4 MATERIELL GILTIGHET ENLIGT IKL ... 185
15.5 SÄRSKILT ANGÅENDE ELEKTRONISKA AVTALS MATERIELLA GILTIGHET VID BRISTANDE RÄTTSKAPACITET ELLER BRISTANDE RÄTTSHANDLINGSFÖRMÅGA ... 187
15.5.1 Bakgrund ... 187
15.5.2 Fall då art. 11 i Romkonventionen blir tillämplig ... 187
15.5.3 Fall då art. 11 i Romkonventionen ej är tillämplig ... 188

16 ELEKTRONISKA AVTALS FORMELLA GILTIGHET I ETT INTERNATIONELLT PRIVATRÄTTSLIGT PERSPEKTIV ... 191

16.1 INLEDNING ... 191
16.2 FORMKRAV I EN ELEKTRONISK AVTALSMILJÖ ... 192
16.3 INTERNATIONELLT PRIVATRÄTTSLIGA REGLER RÖRANDE AVTALS GILTIGHET TILL FORMEN ... 193
16.3.1 Inledning ... 193
16.3.2 Avtals formella giltighet och IKL ... 193
16.3.3 Avtals formella giltighet enligt Romkonventionen ... 194
16.3.3.1 Allmänt ... 194
16.3.3.2 Art. 9.1 – avtalsstatutet eller lex loci actus ... 194
16.3.3.3 Art. 9.2 – avtal inter absentes ... 194
16.3.3.4 Art. 9.3 – avtal via representant ... 195
16.3.3.5 Art. 9.4 – ensidiga rättshandlingar avseende avtal ... 195
16.3.3.6 Art. 9.5 – vissa konsumentavtal ... 195
16.3.3.7 Art. 9.6 – avtal angående fast egendom ... 196
16.4 NÅGRA RELEVANTA PROBLEMSTÄLLNINGAR ... 196
16.4.1 Partsautonomin i art. 3.2 ... 196
16.4.2 Dépeçage ... 196
16.4.3 Internationellt tvingande regler ... 197
16.4.4 Rättsverkningar i bevishänseende ... 198
16.4.5 En avslutande reflektion ... 198

DEL V – E-HANDELSDIREKTIVET OCH INTERNATIONELL PRIVATRÄTT ... 200

17 OM E-HANDELSDIREKTIVET ... 200

17.1 INLEDNING ... 200
17.2 DIREKTIVETS INNEHÅLL ... 201
17.2.1 Allmänt ... 201
17.2.2 Några grundläggande definitioner ... 201
17.2.3 Ursprungslandsprincipen ... 202
17.2.3.1 Inledning ... 202
17.2.3.2 En särordning för e-handel? ... 203
17.2.3.3 Konklusion ... 204
17.2.4 Det samordnade området ... 204
17.2.4.1 Inledning ... 204
17.2.4.2 Ett nationellt eller ett autonomt område ... 205
17.2.4.3 Problemet avgränsningen offentlig rätt - privaträtt ... 207
17.2.4.4 Konklusion ... 207
17.2.5 Direktivets bestämmelser om förhållandet till den internationella privaträtten ... 208
17.2.6 De oförenliga bestämmelserna ... 209
17.3 DIREKTIVETS BAKGRUND – PROBLEMSTÄLLNINGARNAS UPPKOMST ... 211

18 ÄR E-HANDELSDIREKTIVETS URSPRUNGSLANDSPRINCIP EN KOLLISIONSREGEL? ... 213

18.1 INLEDNING ... 213
18.2 ETT GEMENSKAPSRÄTTSLIGT MISSFÖRSTÅND? ... 214

18.3 EN NÄRMARE STUDIE AV DE OFÖRENLIGA REGLERNA ... 216
18.3.1 Inledning ... 216
18.3.2 Undantaget rörande partsautonomin ... 216
18.3.3 Förpliktelser vid konsumentavtal ... 217
18.3.4 Formkrav ... 223
18.3.5 Det samordnade området ... 224
18.3.6 Konklusioner ... 225

19 GENOMFÖRANDE AV DIREKTIVET ... 226

19.1 INLEDNING ... 226
19.2 LAG (2002:562) OM ELEKTRONISK HANDEL OCH ANDRA INFORMATIONSSAMHÄLLETS TJÄNSTER ... 226
19.3 GENOMFÖRANDET I ANDRA LÄNDER ... 227
19.3.1 Inledning ... 227
19.3.2 Norden ... 227
19.4 ANMÄLAN ENLIGT DIREKTIV 98/34/EG ... 229

20 E-HANDELSDIREKTIVETS FÖRHÅLLANDE TILL INTERNATIONELL PRIVATRÄTT – NÅGRA KONKLUSIONER ... 231

DEL VI – AVSLUTNING ... 234

21 AVSLUTANDE KOMMENTAR ... 234

21.1 BAKGRUNDEN ... 234
21.2 ELEKTRONISK HANDEL OCH INTERNATIONELL PRIVAT- OCH PROCESSRÄTT – ETT PRAKTISKT PERSPEKTIV ... 234
21.3 DE RELEVANTA FRÅGESTÄLLNINGARNAS BAKGRUND OCH UPPKOMST ... 235
21.4 DEN ÖVERGRIPANDE GEMENSKAPSRÄTTSLIGT LEGISLATIVA UTVECKLINGEN OCH DEN ELEKTRONISKA HANDELN ... 237

SUMMARY ... 238

PART I – GENERAL BACKGROUND ... 238
PART II – SOME GENERAL MATTERS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW APPLIED TO E-COMMERCE ... 239
PART III – JURISDICTION AND E-COMMERCE ... 241
PART IV – CHOICE OF LAW AND E-COMMERCE ... 244
PART V – THE E-COMMERCE DIRECTIVE ... 246

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING ... 248

OFFENTLIGT TRYCK ... 248

***DIREKTIV OCH FÖRORDNINGAR* ... 248**

***FÖRBEREDANDE RÄTTSAKTER* ... 248**

***RAPPORTER* ... 249**

***SVENSKA ARBETEN* ... 250**

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen, Arbetsdomstolens Domar
All ER	All England Reports
BK	Brysselkonventionen
BrB	Brottsbalk (SFS 1962:700)
CPR	CPR Institute for Dispute Resolution
DNS	Domain Name System/ Domännamnssystem
Ds	Departementsserien
ECR	Reports of Cases before the Court of Justice and the Court of First Instance
EG	Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EIPR	European Intellectual Property Review
ELI	European Law Review
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FSR	Fleet Street Report
GD	Europeiska Gemenskapernas Domstol
HLR	Harvard Law Review
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätt
IANA	Internet Assigned Numbers Authority, www.iana.org
IAP	Internet Access Providers
ICANN	Internet Cooperation for Assigned Names and Numbers,
IDEA	IDEA - The Journal of Law and Technology
II-stiftelsen (IIS)	Stiftelsen Internet Infrastruktur, www.iis.se
IKL	Lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker
IP	1. I detta arbete, om inget annat sägs, den i det nordiska rättsspråket vedertagna förkortningen för internationell privat- och processrätt. 2. I internationella rättsliga sammanhang en förkortning för det engelska uttrycket Intellectual Property. 3. I tekniska sammanhang en förkortning för Internet Protocol, dvs. det ”språk” som gör att datorerna uppkopplade mot Internet kan kommunicera med varandra. För att kunna sända och ta emot information har varje dator uppkopplad mot Internet ett eget IP-nummer.
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts

IÄL	Lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap
JILT	Journal of Information Law and Technology
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KOM	Kommissionsdokument
LK	Luganokonventionen
MD	Marknads Domstolen
MITTLR	Michigan Telecommunications & Technology Law Review
NIC-SE	Network Information Centre Sweden, www.nic-se.se
NIR	ordiskt Immateriellt Rättsskydd, www.nir.nu
NJA	Ntt Juridiskt Arkiv, avd. I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. II
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OJ	Official Journal of the European Communities
RB	Rättegångsbalk (SFS 1942:740)
RETTID	Retsvidenskabeligt Tidsskrift, Aarhus Universitet, www.rettid.dk
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och Förstainstansrätten
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen, www.ufr.dk
VJLT	Virginia Journal of Law & Technology
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization, www.wipo.int
WLR	Weekly Law Reports
WTO	World Trade Organization, www.wto.org

Vissa Förkortningar och uttryck

cd	Compact disc. Skiva som lagrar information, t.ex. musik, bilder eller text i digital form.
Direktuppspelning	*Streaming*, dataöverföring där överförd data i form av ljud eller bild spelas upp direkt vid ankommandet till mottagardatorn, i stället för att vara tillgänglig för uppspelning först när överföringen är färdig. Direktuppspelning förekommer t.ex. när man hyr en film *online*.
dvd	Ursprungligen *Digital Video Disc*, numera *Digital Versatile Disc*. Skiva som lagrar information, t.ex. musik, bilder eller text i digital form.
EDI	*Electronic Data Interchange*. EDI är en sluten form av elektronisk affärskommunikation där utväxling av datameddelanden sker elektroniskt mellan parternas datornät i enlighet med föreliggande avtal . Informationen är standardiserad så att den kan användas direkt i informationssystemet i det mottagande datornätet.
Ladda ned nan.	*Download*. Innebär att data kopieras från en dator till en an-
Online	Direktansluten, dvs. anslutning som möjliggör direkt och interaktiv kommunikation (med t.ex. en webbplats, en databas, ett program eller ett programsystem).
Server	En dator med ett eller flera serverprogram, dvs. sådana program som tillhandahåller servicefunktioner i ett datornät. Som exempel kan nämnas webbservrar som hyser de webbplatser som är tillgängliga på Internet och e-postservrar som möjliggör e-postkommunikation.
Spegelserver	Ett företag som vänder sig mot många användare, oftast internationellt, kan få problem när trafiken, beställningarna, till deras server blir omfattande, t.ex på grund av många besö-

	kare på en webbplats. Genom att placera exakta kopior av webbplatsen på servrar (s.k. spegelservrar) på olika platser kompletteras originalservern. Tillgängligheten ökar och beställarna undgår orimligt långsamma svarstider.
Streaming	Se direktuppspelning.
URL	Uniform Resource Locator, address inom www – normalt till en webbsida. På svenska rekommenderas termen webbadress. Juridiska fakultetens i Lund webbadress är www.ju.lu.se.
www	World Wide Web är en av funktionerna på Internet. Funktionen är konstruerad så sammanlänkad information i form av text, ljud och/eller bild kan hämtas till den egna datorn.

DEL I – INLEDNING OCH ALLMÄN BAKGRUND

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund

För de flesta börjar det med ett klick. Webbplatserna har avverkat varandra i sökandet efter det eftersträvade objektet, betalningen har erlagts genom upplysande av kreditkortsnummer och den slutliga viljan att ingå avtal skall nu manifesteras. Objektet är specificerat, villkoren måhända studerade och ordet OK är markerat; fingret pressas mot musknappen. Klick.

Så kan den förmodligen mest utbredda bilden av *elektronisk handel* (e-handel) åskådliggöras, en företeelse som främst associeras med Internets intåg i vår vardag. Begreppet e-handel, för några få år sedan okänt för de flesta, är i dag allmänt vedertaget och nyttjas utan att vidare frågor ställs rörande dess egentliga innebörd – den elektroniska handeln har helt enkelt kommit att utgöra ett av de främsta uttrycken för det informationssamhälle som i rådande stund är under förverkligande. Det är emellertid värt att beakta att den elektroniska handeln är långt ifrån så nymodig som ofta framhålls och dessutom betydligt mera mångfacetterad än vad den ovan utmålade beskrivningen av (konsument-) köpet på Internet antyder. Tanken att medelst utnyttjande av datornätverk effektivisera hela eller delar av transaktioner kan sökas tillbaka till 1960-talet. Den utveckling som skett i vissa delar av näringslivet sedan dess medför att begreppet e-handel är förenat med en komplexitet som de flesta är omedvetna om när begreppet används i dagliga sammanhang.

I takt med Internets utbredning är det otvivelaktigt så att den elektroniska handeln också vuxit i omfattning. Från att tidigare enbart varit baserad på tekniska lösningar som anpassats efter de stora företagen har utvecklingen gått mot mera användarvänliga system som givit även privatpersoner samt små och medelstora företag möjligheter att utnyttja de fördelar som den elektroniska handeln erbjuder. Även om företeelsen som sådan inte är helt ung, är det vid de flesta studier av den elektroniska handeln inte möjligt att bortse från att nya strukturer framkallats av de senaste årens explosionsartade utveckling.

Det finns ett flertal juridiska aspekter på den elektroniska handeln. Detta har resulterat i att det befunnits nödvändigt från nationella, och för europeisk del även gemenskapsrättsliga, lagstiftares sida att i viss grad reglera såväl e-handel som några av de fenomen som kommit att följa i e-handelns kölvatten. Bevekelsegrunderna för dessa regleringsinitiativ är såväl sociala som ekonomiska och politiska. Den elektroniska handeln anses kunna innebära stora möjligheter till förenklings- och rationaliseringsvinster, vilka kan komma både den privata och

den offentliga sektorn till del. Inom EU yttrades relativt tidigt att den elektroniska handeln var en väsentlig faktor i gränsöverskridande sammanhang, varvid dess potential vid förverkligandet av den inre marknaden särskilt betonades. I syfte att förekomma nationella regleringsinitiativ, som skulle kunna innebära att medlemsstaterna på egen hand införde divergerande bestämmelser, har såväl projekt som rättsakter från EU:s sida i mycket stor utsträckning bidragit till utformande av de nationella normerna rörande den elektroniska handeln.

Just de gränsöverskridande aspekterna betonas ofta i e-handelssammanhang. Jämfört med i stort sett all tidigare kommunikation som företagits med syftet att genomföra transaktioner är betydelsen av nationella gränser vid elektronisk handel betydligt underordnad. Detta gäller främst de transaktioner som genomförs helt elektroniskt, dvs. då parternas respektive prestationer utförs genom kommunikation direkt mellan datorer. I flera fall kan det t.o.m. vara så att ingendera parten är medveten om var den andre rent geografiskt befinner sig och det spelar heller ingen roll för transaktionen som sådan. Traditionellt betungande moment vid gränsöverskridande avtalsingående, såsom långa avstånd och tidskrävande kommunikationsapparat samt dyrare transporter m.m. elimineras helt eller delvis vid elektronisk handel. En uniform kommunikationsstandard, som t.ex. är en av grunderna för kommunikation på Internet, medför att det i hög grad är oväsentligt om medkontrahenten befinner sig på andra sidan gatan eller på andra sidan jorden.

Ur juridisk synvinkel är gränsöverskridande transaktioner inget nytt fenomen. De problem som i ett privaträttsligt perspektiv har med de gränsöverskridande aspekterna att göra kan i stort sett kategoriseras som hemmahörande i någon av de tre huvudfrågor som utgör basen för ämnet internationell privat- och processrätt, nämligen frågan om behörig domstol, frågan om vilket lands materiella regler domstolen i givet fall skall tillämpa samt frågan om i vilken utsträckning domar och beslut som härstammar från ett land kan erkännas och verkställas i ett annat.

Som utgångspunkt är de bestämmelser som utgör den internationella privat- och processrätten tillämpliga även vid gränsöverskridande e-handel. Ett problem härvidlag är att dessa bestämmelser, många av dem principer med gamla traditioner, är tillkomna och formulerade i och för en avtalsvärld där dagens elektroniska kommunikationsmedel var lika okända som oförutsebara. Detta får till följd att det i vissa sammanhang visserligen finns regler som skall användas, men det råder ovisshet om hur de skall appliceras. I en situation då den elektroniska handeln är under stadig utveckling och allt fler aktörer ställer frågor om den internationella privat- och processrättens tillämpning finns det således skäl att närmare undersöka hur svar på sådana frågor bör utformas. I föreliggande avhandling avser jag att utarbeta ett bidrag till hur några svar skulle kunna formuleras.

1.2 Syfte

Mot bakgrund av utvecklingen mot det informationssamhälle som håller på att etableras, främst genom kontinuerliga landvinningar på informationsteknologins (IT) och telekommunikationens områden, har juridiken ställts inför ett antal utmaningar. Syftet med denna av-

handling är att identifiera och redogöra för de frågeställningar som uppkommer inom den internationella privat- och processrätten vid gränsöverskridande nätverkskommunikation, tillkommen med ändamålet att ingå sådana avtal som i detta arbete faller under begreppet elektronisk handel. I syftet ingår vidare att utarbeta förslag till hur gällande rätt bör appliceras när de identifierade frågeställningarna leder till osäkerhet i detta hänseende.

Då lagstiftaren inom vissa områden redan på ett tidigt skede har genomfört särskilda justeringar i gällande internationell privat- och processrätt i avsikt att anpassa densamma efter de behov som den gränsöverskridande elektroniska handeln förmodas framkalla, är det här på sin plats att klargöra att syftet med arbetet är att beakta gällande rätt i dess helhet. Det innebär att såväl äldre bestämmelser som ännu inte ”anpassats” till den elektroniska handeln som de regler som genomgått en sådan revision kommer att uppmärksammas. Sistnämnda må förvisso ha föranletts av de förmodade behoven, men därmed är inte sagt att de medfört klarhet rörande de aktuella frågeställningarna i den utsträckning som vore önskvärt.

1.3 Metod

Som framgår av syftet måste arbetet bedrivas etappvis. För att kunna identifiera frågeställningarna är det nödvändigt att utgå ifrån den situation som de aktörer som bedriver elektronisk handel befinner sig i och från denna utgångspunkt urskilja de relevanta problemen. Detta kan i princip endast låta sig göras genom att studera såväl faktiska som hypotetiska e-handelstransaktioner. En efterföljande analys får sedan ådagalägga de relevanta problemen.

Nästa steg innebär närmast en tillämpning av den metod som i visst sammanhang kallats för ”undersökningsmetoden” och som går ut på att de relevanta frågeställningarna prövas mot gällande regler inom den internationella privat- och processrätten.[1] I samband härmed är det nödvändigt att beakta de karakteristika som kännetecknar den elektroniska handeln respektive de särdrag och syften som präglar de internationellt privat- och processrättsliga reglerna. Med undersökningen i detta steg är tanken att påvisa antingen att det inte kan anses föreligga några tveksamheter om hur reglerna bör appliceras eller, vid de fall tveksamheter uppkommer, vilka för- respektive nackdelar som olika lösningar för med sig. I brist på egentliga valmöjligheter håller jag detta arbetssätt för mest ändamålsenligt sett till syftet med arbetet.

I sammanhanget bör noteras att detta är ett juridiskt arbete om en företeelse, elektronisk handel, som är baserad på tekniska förutsättningar. Därmed uppstår ett dilemma – i vilken utsträckning skall den bakomliggande tekniken behandlas och presenteras? Min utgångspunkt är att tekniken skall introduceras i en begränsad omfattning. Redan genom valet av en ansats präglad av de juridiska komplikationer som uppstår pga. det faktiska användandet av tekniken är fokus i en större grad ställt på den underliggande strukturen i transaktionen än på själva

[1] I sin roll som opponent vid Marie Larssons disputation i Uppsala den 13 september 2002 menade professor Helge Thue att avhandlingen karakteriserades av att författaren använt sig av den undersökningsmetod som, samtidigt och av densamme, påstods vara vanlig i nordisk internationell privat- och processrätt och t.o.m. ännu mera utbredd i kontinentala studier i ämnesområdet.

tekniken. I enlighet härmed är det min strävan att beröra de tekniska förutsättningarna enbart i den utsträckning som är nödvändig för att förstå de juridiska komplikationerna och eventuellt teknikbaserade lösningar. Skulle läsaren i en utsträckning utöver detta önska förkovra sig i den bakomliggande tekniken hänvisas till annan litteratur.[2]

Den elektroniska handelns gränsöverskridande karaktär medför att de grundläggande frågeställningarna är universella. De länder där e-handel kommer till användning har i någon omfattning konfronterats med den här diskuterade problematiken och nödgats ta ställning till olika lösningar. I en studie av föreliggande art kan en jämförelse med andra länders lösningar vara till stor nytta för analysen. De frågeställningar och tillhörande lösningar som successivt identifieras kommer därför att jämföras med hur motsvarande frågeställningar och lösningar formuleras i USA. Valet av just det amerikanska rättsystemet som jämförelseobjekt är naturligt – det är här som utvecklingen tog sin start och det är här som den övervägande delen den elektroniska handeln äger rum. Ingen annanstans, möjligen med undantag för Europa, förekommer heller en rättslig diskussion och analys av den elektroniska handeln i en sådan omfattning som är fallet i USA. Att en jämförelse även med europeiska förhållanden inte genomförs har sin grund i att en sådan jämförelse vore föga fruktbar. De länder som främst torde aktualiseras har genom medlemskapet i EU samma grundläggande bestämmelser på området som Sverige.

1.4 Avgränsningar

Det valda ämnet är omfattande, varför vissa avgränsningar är nödvändiga. Den yttersta avgränsningen följer skiljelinjen mot utomkontraktuella förhållanden. Alla sådana faller således utanför arbetets ramar, vilket bl.a. får till följd att de i och för sig intressanta problemområden som beror på informationssamhällets effekter för immaterialrättsliga skyddsrätter inte kommer att behandlas. Likaså sorterar offentligrättsliga frågeställningar utanför arbetets omfattning. Spörsmål relaterade till offentligrättsliga regelverk med anknytning till informationssamhället, såsom t.ex. den s.k. BBS-lagen[3], personuppgiftslagen[4], lagen om elektroniska pengar[5] samt vissa delar av lagen om kvalificerade elektroniska signaturer[6] respektive e-handelslagen[7], kommer således endast att behandlas i den mån de har betydelse för den Internationellt privat- och processrättsliga bedömningen.

Efter moget övervägande har jag även beslutat att inte behandla vissa områden som är av inomkontraktuell karaktär. Det handlar främst om elektroniskt ingångna försäkringsavtal och

---

[2] För en tydlig och lättfattlig beskrivning av den tekniska bakgrunden som dessutom har fördelen att den anknyter till allmänna juridiska frågor, hänvisas till *Seipel*.

[3] Lag (1998:12) om ansvar för elektroniska anslagstavlor.

[4] Personuppgiftslagen (1998:204). Lagen ersatte år 1998 datalagen.

[5] Lag (2002:149) om utgivning av elektroniska pengar.

[6] Lag (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer.

[7] Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

avtal om finansiella tjänster. Anledningen är att dessa uppvisar en komplexitet som lett till specialregleringar i sådan omfattning att båda områdena lämpligen bör behandlas i separata studier.

Inom ämnesområdet internationell privat- och processrätt har jag valt att inte behandla de frågor som rör erkännande och verkställighet. Anledningen är att de centrala problemen vid elektronisk handel kan koncentreras till frågor rörande domsrätt och lagval. Dessa frågor är av särskilt intresse eftersom de har flera beröringspunkter – en argumentation för en lösning på ett domsrättsproblem kan ofta ha bäring för lösningen av ett lagvalsproblem och vice versa. De problem som rör erkännande och verkställighet av domar förefaller inte att påverkas i någon nämnvärd utsträckning av vare sig den elektroniska handeln eller av dennas betydelse för lagvals- och domsrättsfrågor; några särskilda frågor knutna därtill har åtminstone inte ännu väckt någon uppmärksamhet.

Vid behandlingen av det inomkontraktuella området är det främst de centrala regelverken som berörs. På domsrättens område rör det sig om rättegångsbalkens kapitel 10, Bryssel- och Luganokonventionerna samt Bryssel I-förordningen. För lagvalsproblematikens del handlar det om lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL) samt Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Bland de bestämmelser som särskilt reglerar e-handelns område berörs distansavtalslagen[8] samt vissa delar av lag om kvalificerade signaturer respektive e-handelslagen – samtliga dessa studeras mot bakgrund av de för respektive lag bakomliggande EG-direktiven. Härutöver kommer vissa delar av andra regelverk att beröras, men endast i den utsträckning det är nödvändigt för att kunna genomföra analyser eller, i vissa avseenden, ge förklarande kompletteringar.

Även rörande den elektroniska handeln som sådan har jag funnit det nödvändigt att göra vissa avgränsningar. Begreppet elektronisk handel är svårdefinierat och saknar tydliga ramar. Detta kommer att belysas nedan, se 2.1. Trots avsaknad av tydliga konturer är det den elektroniska handeln i öppna nätverk (läs: Internet) som framkallar de svåraste och därmed mest intressanta frågeställningarna. Av denna anledning kommer jag att fokusera på den Internetbaserade elektroniska handeln och inte i någon särskild utsträckning befatta mig med frågor som rör e-handel i slutna system, såsom är fallet vid t.ex. EDI[9], där parterna avtalsvägen har helt andra möjligheter att reglera rättsförhållandet.

1.5 Disposition

Arbetet är indelat i sex delar. I denna inledande del presenteras som brukligt är den allmänna bakgrunden och ramarna för arbetet. Syftet med denna del är också att presentera några för arbetet centrala begrepp, såväl tekniska som juridiska.

---

[8] Lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal.

[9] Electronic Data Interchange, ”standard för elektronisk överföring av strukturerade data mellan två informationssystem”. Se nedan 2.2.5.

I del II behandlas två frågeställningar som är grundläggande för arbetet som helhet. Det handlar dels om hur parternas hemvist skall fastställas vid elektronisk handel, dels om huruvida de elektroniska prestationerna bör kategoriseras. Eftersom flera andra frågor återknyter till dessa frågeställningar finns det anledning att behandla dem särskilt i ett inledande skede. Del III innehåller en studie av domsrättsproblematiken vid elektronisk handel och del IV en motsvarande studie av lagvalsproblematiken.

År 2000 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden, det s.k. e-handelsdirektivet. Direktivet innehåller bestämmelser, vilkas betydelse för den internationella privaträtten är omdiskuterade. E-handelsdirektivets något oklara förhållande till den internationella privaträtten kommer att presenteras i avsnitt V. Arbetet avrundas med några övergripande observationer en sammanfattning på engelska.

2 ELEKTRONISK HANDEL

2.1 Begreppsproblematiken

Någon enhetlig definition av begreppet elektronisk handel finns inte.[10] Uttrycket som sådant får närmast ses som en översättning av engelskans *electronic commerce* (e-commerce). Klart är att begreppet elektronisk handel i dag spänner över en mängd företeelser. Det engelska uttrycket e-commerce synes, åtminstone ursprungligen, ha åsyftat mer än enbart det reciproka prestationsutbytet som normalt förstås vid ordet ”handel”. En mera korrekt översättning hade därför varit någonting i stil med ”elektronisk affärsverksamhet” eftersom användande av elektroniska kommunikationssystem kan omfatta även företeelser som rör organisationsformer, interna processer, redovisningsformer, betalningsystem m.m. I den svenskspråkiga litteraturen återfinns också jämte uttrycket elektronisk handel uttryck som ”elektronisk affärsverksamhet”[11], ”elektroniska affärer”[12] och ”e-business”[13].

---

[10] Alternativt skulle man kunna säga att det finns ett antal definitioner eller beskrivningar av e-handel. I Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel: KOM(1997) 157, s. 8, uttrycks följande: ”Elektronisk handel innebär att göra affärer på elektronisk väg. Den baseras på på elektronisk bearbetning och överföring av data, som inbegriper text, ljud och bild. Elektronisk handel omspänner många skiftande verksamheter, såsom elektronisk försäljning av varor och tjänster, *online*-leverans av elektroniskt lagrat innehåll, elektronisk överföring av pengar, elektronisk börshandel, elektroniska konossement, auktioner, konstruktionsarbete i form av samarbete mellan flera konstruktörer, utläggning av jobb på entreprenad, offentlig upphandling, direktreklam till konsumenter samt eftermarknadsservice. Den omfattar både produkter (t.ex. konsumentvaror och speciell medicinsk utrustning) och tjänster (t.ex. informationstjänster samt finansiella och juridiska tjänster), liksom traditionell verksamhet (t.ex. sjukvård och utbildning) samt nya verksamheter (t.ex. virtuella köpcentra). För svensk del har från offentligt håll uttalats att ”begreppet [elektronisk handel] ges en vid innebörd och inbegriper alla situationer där två parter utväxlar affärsinformation via olika former av telekommunikation och där minst en part har ekonomiskt intresse av kommunikationen”, se t.ex. Skr. 1997/98:190 Elektronisk handel, s. 8.

[11] *Seipel*, s. 206.

[12] Se *Fredholm*.

[13] Se *Dykert m.fl.*

Att det uppstår problem vid försöken att formulera en generell definition av elektronisk handel beror också på att denna form av handel berör så många olika områden i samhället. Inom vart och ett av dessa områden formuleras olika uppfattningar om vad som är e-handel och vad som inte är det.[14] För att kunna använda begreppet som bas för ett mera ingående arbete om den elektroniska handelns betydelse för och effekter på ett visst område, som i förevarande fall det rättsliga, tycks därför krävas att man söker någon slags minsta gemensamma nämnare. Reed har som en av få formulerat problemet och givit uttryck för vad som i grunden är väsentligt:[15]

> "What does the term [e-commerce] mean?
> Though the question is easy to ask it is very hard to answer, or at least to answer in a definite manner.
>
> …
>
> Electronic network activity is very simple to define in a generic sense. It can be summarized as activities carried out across some form of electronic network, such as the Internet or the closed networks used for EDI, whatever those activities may be. E-commerce presents much more of a problem as its definition depends on the differing views taken as to what is and what is not commerce and commercial activity. Taken at its most generic sense e-commerce could be said to comprise commercial transactions, whether between private individuals or commercial entities, which take place in or over electronic networks. The matters dealt with in the transactions could be intangibles, such as data or information products, or tangible goods such as books and T-shirts. The only important factor is that some or all of the various communications which make up these transactions take place over an electronic medium.
>
> ….
>
> All that matters is that the commercial transactions utilize some form of electronic communication."

Begreppet elektronisk handel har i några mera allmänna verk givits ett liknande innehåll,[16] medan ytterligare andra inlägg visar på att med begreppet elektronisk handel avses framför allt Internethandel.[17]

På den gemenskapsrättsliga nivån har man valt, måhända för att skapa en bred plattform och undvika begränsande motsägelsefulla definitioner, att uttrycka elektronisk handel som en av "informationssamhällets tjänster". Detta framgår av det s.k. e-handelsdirektivet.[18] Med informationssamhällets tjänster avses i princip alla näringsverksamheter som bedrivs *online*. Definitionen av informationssamhällets tjänster finns i direktiv 98/34/EG av den 22 juni

---

[14] Som exempel på diskussionen, se webbplatsen *Defying Definition* (US Department of Commerce), http://www.technology.gov/digeconomy/6.htm. (senast besökt 2004-09-09).

[15] *Reed & Angel*, s. 332.

[16] *Chissick & Kelman* beskriver e-commerce som "A broad term describing business activities with associated technical data that are conducted electronically". Se även *Davies*, s. 8 f.

[17] Se t.ex. *Maack*, s. 25 f.: "Das Internet führt dadurch zu neuen Formen des Vertriebs von Waren und Dienstleistungen[…] Für diese Vertriebsform hat sich der englische Begriff "electronic commerce" im internationalen Sprachgebrauch eingebürgert, wobei in unserer Sprachkultur daneben die deutschen Übersetzungen elektronischer Handel oder Geschäftsverkehrs synonym verwandt werden". Även i Prop. 2001/02:50 har man valt att se begreppet elektronisk handel i denna snävare betydelse, se s. 19. Jfr även *Wegenek m.fl.*, s. 1.

[18] Direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (e-handelsdirektivet).

1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter. Av definitionen framgår att alla ”tjänster” omfattas som normalt utförs:

> a) mot ersättning,
>
> b) på distans,
>
> c) med hjälp av utrustning för elektronisk behandling och
>
> d) på individuell begäran av en tjänstemottagare.[19]

Användningen av uttrycket *tjänst* kan i sammanhanget leda till förvirring. Det som härmed åsyftas är verksamheten att göra det möjligt för personer att ingå transaktioner. Tjänsten (i vissa sammanhang *online*-tjänsten) består alltså av att på elektronisk väg erbjuda ett tillhandahållande av nyttigheter som digitala produkter, fysiska produkter, utförande av tjänster m.m. Att ett sådant erbjudande beskrivs som en tjänst kan härledas till den gemenskapsrättsliga terminologi som baseras på EG-fördraget och som medför att all ekonomisk verksamhet skall kategoriseras som antingen varor eller tjänster. Även transaktioner med digitala produkter kategoriseras ofta i sig som tjänster, men inget av dessa tjänstebegrepp är i sig identiska med det *privaträttsliga tjänstebegreppet*.[20] Frågan om hur elektroniska avtal bör kategoriseras kommer att behandlas särskilt i avsnitt 8.

Uttrycket elektronisk handel anger således inte ett klart avgränsat område. I allmänhet tycks uttrycket åsyfta den något snävare företeelsen Internethandel, men det bör erinras om att det vidare begreppet informationssamhällets tjänster enligt e-handelsdirektivet förutom själva handeln även omfattar sådant som berör den elektroniska handeln, t.ex. förmedling av informationstjänster, finansiella tjänster,[21] fastighetsmäklartjänster, webbhotell och söktjänster.[22] Med en sådan utgångspunkt skulle även avtal slutna genom utväxling av telefaxmeddelanden kunna omfattas av begreppet. Detta ligger dock utanför den i dag vedertagna förståelsen som innebär att det är fråga om att meddelanden utväxlas genom datakommunikation.[23]

Efter moget övervägande och med viss tvekan har jag valt att använda begreppet elektronisk handel i detta arbete. Valet är huvudsakligen baserat på praktiska omständigheter; i det

---

[19] I det s.k. transparensdirektivet 98/34/EG återfinns i bilaga V en förteckning som vägleder genom att exemplifiera vad som *inte* omfattas av definitionen.

[20] Det som står i fokus vid avtal om digitala produkter är rätten att använda produkten – avtalen kan knappast kategoriseras som köp eftersom det inte sker någon egentlig överlåtelse. I stället består prestationen av rätten att använda produkten. Bryde Andersen anförde redan 1991 att ”I den sprogbrug, der anvendes på teleområdet, karakteriseres sådanne ydelser som >>tjenester<<. Begrebet er næppe sammenfallende med det juridiske residualbegreb >>tjenesteydelse<<, der almindeligvis anvendes om forpligtelser af aktiv karakter.”, se *Andersen (1991)*, s. 399.

[21] Angående dessa, se Elektronisk handel och finansiella tjänster. Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet: KOM(2001) 66 slutlig.

[22] Prop. 2001/02:50, s. 19.

[23] *Dykert m.fl.*, s. 14.

offentliga språkbruket, främst uttryckt genom skrivelser, meddelanden, direktiv, förordningar och lagar, har för svensk del uttrycket elektronisk handel blivit etablerat i en sådan grad att jag finner det olämpligt att inte använda det. Något egentligt alternativ föreligger heller inte. Att i stället använda begreppet ”informationssamhällets tjänster” vore missvisande. Detta uttryck är också förenat med en vag definition och skulle kunna medföra att läsaren förleddes till att tro att arbetet avhandlar ett bredare område än vad som är fallet. Uttrycket tar dessutom främst sikte på själva aktiviteten att tillhandahålla nyttigheter på elektronisk väg och har mindre att göra med de avtal som följer av tillhandahållandet. Det är just avtalet mellan *tillhandahållaren av nyttigheten* och *användaren* som står i fokus för detta arbete.

Begreppet elektronisk handel menar jag bör ges en vid innebörd och inbegripa de situationer där två personer, fysiska eller juridiska, utväxlar affärsinformation via olika former av elektronisk kommunikation och där minst en person har ekonomiskt intresse av kommunikationen. Ramarna för den elektroniska handeln utgörs rättsligt sett av de fyra punkter som enligt e-handelsdirektivet anger att det är fråga om en informationssamhällets tjänst. I detta arbete kommer jag, som angetts ovan under 1.4, att under dessa förutsättningar fokusera på den elektroniska handel som bedrivs på Internet.

I syfte att undgå missförstånd ämnar jag att fortlöpande söka klargöra hur den elektroniska handeln ter sig i varje diskuterad situation. Dessa klargöranden kommer att grundas dels på exemplifieringar, dels på hur den elektroniska handeln definieras och beskrivs i nyss nämnda offentliga texter.

Hur skall då parterna benämnas? Eftersom de nyttigheter som omsätts vid elektronisk handel kan vara av alla slag, såsom lösa saker, digitala produkter, fysiska tjänster, digitala tjänster, immateriella rättigheter m.m. vore det oriktigt att beteckna dem som t.ex. köpare och säljare vore vid åtskilliga elektroniska avtalstillfällen.[24] För enkelhetens skull har jag valt att använda generella beteckningar som är tillämpliga oberoende av det elektroniska avtalets innehåll. Den part som typiskt presterar den för avtalet karakteristiska prestationen benämns *tillhandahållare av nyttighet* eller i vissa fall *tjänsteleverantör*. Begreppet tjänsteleverantör är inte helt oproblemtiskt och ger i vissa fall upphov till förvirring. Det kommer främst att användas i samband med beskrivningen av vissa, främst gemenskapsrättsliga, regelverk eftersom begreppet härvid utgör en del av den etablerade teminologin. I regelverk som t.ex det ovan nämnda e-handelsdirektivet förstås med en tjänsteleverantör en person, som på elektronisk väg erbjuder andra möjligheten att sluta elektroniska avtal. Eller, med andra ord, en person som tillhandahåller informationssamhällets tjänster .

Antag att näringsidkare bedriver verksamhet på Internet. Enbart genom att ”öppna en webbutik” kategoriseras han som en tjänsteleverantör eftersom han gör det möjligt att för personer att ingå avtal på elektronisk väg. Att verksamheten kanske består av försäljning av lösa saker påverkar således inte näringsidkarens roll som tjänsteleverantör av infromationssamhällets tänster. Den part som använder sig av möjligheten att ingå elektroniska avtal kommer att benämns *användare* eller *förvärvare* beroende av vad transaktionen angår.

[24] Se ovan not 20.

2.2 Elektronisk handel i praktiken

2.2.1 Inledning

Vid elektronisk handel genomförs transaktioner genom utväxling av meddelanden i digital form.[25] På så sätt kan immateriell egendom som information, datorprogram, musik, text, film m.m. överföras på elektronisk väg direkt mellan datorerna. Till skillnad från traditionella transaktioner behöver således inte någon *fysisk bärare* transporteras mellan parterna.[26]

Man kan på så sätt skilja mellan *direkt* och *indirekt* elektronisk handel.[27] Till den förra kategorin hör just de tillfällen då alla delar i transaktionen sker elektroniskt. Till den indirekta elektroniska handeln räknas de tillfällen då affärskommunikationen i form av beställning, bekräftelse och eventuellt betalning sker elektroniskt, men utförandet av den avtalade förpliktelsen (leveransen av avtalsobjektet eller utförande av den avtalade tjänsten) sker på fysiskt sätt via traditionella kanaler.

> Antag att jag på en webbplats finner musik som jag är intresserad av. Om jag väljer att ladda ned (eng. *download*) musiken digitalt till min dator och betala genom att t.ex. uppge mitt kontokortsnummer är det fråga om direkt elektronisk handel, alla delar av transaktionen har ägt rum i elektronisk form. Antag istället att jag väljer att köpa musiken på en fysisk bärare, t.ex. en cd. Då sker visserligen delar av transaktionen elektroniskt, men leveransen sker traditionellt via post eller bud, varför det är fråga om indirekt elektronisk handel. Till denna kategori räknas även tjänster som inte kan utföras elektroniskt, t.ex. då en hantverkare anlitas för reparationer i bostaden.

Vidare kan det skiljas mellan elektronisk handel som bedrivs i öppna system, främst Internet, respektive slutna nätverk som endast behöriga användare har tillgång till. En ytterligare distinktion kan göras mellan elektronisk handel mellan näringsidkare, s.k. *B2B* (*business to business*), mellan näringsidkare och konsument, s.k. *B2C* (*business to consumer*) samt mellan näringsidkare och den offentliga administrationen, s.k. *B2A* (*business to administration*). Nämnas kan även s.k. elektroniska kontakter *P2P* (*peer to peer*, dvs. användare till användare). Sistnämnda förhållande är sällan åberopat i samband med handel eftersom det främst är fråga om personer som via speciella program delar datafiler med varandra utan några egentliga krav på personligt riktade motprestationer.

Mot bakgrund av den s.k. konvergens[28] som den snabba tekniska utvecklingen starkt bidragit till, kan e-handel bedrivas med alltmer varierande medel (olika plattformar). Så är t.ex.

---

[25] Det digitala talsystemet, som innebär att informationen omvandlas till ettor och nollor, ligger till grund för allt modernt datoranvändande och kommunikation mellan datorsystem.

[26] Begreppet fysisk bärare är allmänt utbrett och används för att beskriva ett handgripligt, beröringsbart medium som lagrar immaterialrättslig egendom. I mina ögon är begreppet till viss del missvisande; även när det digitala meddelandet överförs via en ledning är det det knutet till en fysisk bärare. Det som är relevant är att det vid direkt elektronisk handel endast sker en överföring av immaterialrättsliga egendomen som överförs, inte den fysiska bäraren.

[27] Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel: KOM(1997) 157, s. 9; Skr. 1997/98:190 Elektronisk handel, s. 9; *Fredholm*, s. 16.

[28] I kommissionens grönbok om konvergens av telekommunikation, media och informationsteknik och dess följder för lagstiftningen, en strategi för informationssamhället, KOM(97) 623 slutlig, definieras konvergens som ”möjligheten att via olika nätplattformar överföra i grunden samma typ av tjänster”.

mobil e-handel (även kallad m-handel), där transaktionerna utförs via mobila enheter som mobiltelefoner eller handdatorer, på väg att etablera sig. Vid denna form av e-handel förmedlas kontakten till säljaren inte via Internet utan via telenät som t.ex. GSM-nätet. I framtiden kommer otvivelaktigt ytterligare möjligheter att bedriva e-handel att utvecklas.[29] Genom att i gemenskapsrättsliga instrument, såsom det ovan nämnda e-handelsdirektivet, använda sig av uttrycket ”informationssamhällets tjänster” har man i viss grad tagit höjd för denna utveckling, formuleringen är till synes tillräckligt flexibel för att kunna omfatta de transaktionsmöjligheter som framtida elektroniska landvinningar för med sig.

2.2.2 Internet

För att kunna ta till sig de juridiska komplikationerna vid elektronisk handel via Internet krävs en grundläggande förståelse för Internet som fenomen. I det följande skall den basala tekniken och de mönster som kännetecknar kommunikationen på Internet kort presenteras.

År 1969 kopplades datorerna vid fyra amerikanska universitet[30] samman, var och en med en länk till de tre andra datorerna och på så sätt skapades ett nätverk med fyra datorer. Experimentet hade i stor utsträckning militär upprinnelse, men det var forskningsvärlden som praktiskt kom att utnyttja de kommunikationsmöjligheter som nätverket gav upphov till. Med tiden skapades fler liknande nätverk och genom teknisk kompatibilitet blev det möjligt att koppla samman de olika nätverken med varandra. Ett sådant nätverk av sammankopplade nätverk kallades ett internet; till sist hade de sammankopplade nätverken en sådan global omfattning att det i praktiken var fråga om ett stort nätverk av nätverk och detta gavs namnet Internet. Av ovanstående framgår att det inte finns någon egentlig ansvarig ägare av Internet. Eftersom det är ett öppet nätverk är det under vissa tekniska betingelser möjligt för alla att ansluta sig.

När information överförs från en dator till en annan via Internet delas den upp i små paket. Dessa paket finner på egen hand fram till mottagardatorn, men inte nödvändigtvis via samma rutt. Eftersom Internet består av många sammankopplade nätverk kan paketen färdas olika vägar mellan de knutpunkter (*routrar*) som kontinuerligt slussar dem vidare mot slutdestinationen. I takt med att paketen når fram visas också informationen på datorskärmen. Om det är fråga om ett e-postmeddelande är det inte möjligt att ta del av meddelandet förrän alla paket kommit fram och på nytt satts ihop i sin ursprungliga form.

På Internet finns många olika tjänster, men det är framför allt följande som brukar framhävas: *E-post* som innebär att man kan få en elektronisk postadress via vilken man kan sända och ta emot elektronisk post över Internet. *Nyhetsgrupper* eller *elektroniska konferenser* (eng. Newsgroups),[31] som närmast kan beskrivas som grupper eller konferenser i vilka man via

---

[29] Jfr. *Wegenek m.fl.*, s. 1.

[30] De fyra universiteten var University of California, Los Angeles *(UCLA)*, Stanford Research Institute *(SRI)*, University of California, Santa Barbara *(UCSB)* och University of Utah.

[31] Nyhetsgrupperna uppstod en gång i tiden på nätverk som hette Usenet, och detta namn lever ännu kvar på vissa håll som beteckning för den plats där de i dag återfinns på Internet (Usenet har i dag ”vuxit ihop” med Internet).

Internet i olika fora kan diskutera allehanda ämnen med andra intresserade. Den kanske mest kända tjänsten är *World Wide Web* (www), en funktion på Internet som gör det möjligt att betrakta sammanlänkad information i form av text, bild och ljud på den egna datorskärmen. Var finns då nämnda information? Jo, på *servrar* över hela världen där företag, organisationer eller privatpersoner har lagt ut information på sina webbplatser. Tekniken bakom www lanserades 1991 och tjänsten är i dag den som oftast förknippas med Internet, ofta i en sådan utsträckning att www direkt, men felaktigt, identifieras med Internet. År 1994 fick såväl www som Internet som helhet sitt egentliga (kommersiella) genombrott, mycket tack vare att tekniken hade blivit användarvänlig och att marknadsaktörer började intressera sig på allvar. Utvecklingen har sedan lett till att det i dag bedrivs handel på Internet med alla möjliga *nyttigheter*.

För att nå en resurs på www, såsom en webbsida, en fil, en bild etc., krävs att man använder resursens webbadress.[32] En sådan adress kan antingen uttryckas såsom en sifferkod, ett s.k. IP-nummer, eller med text. För att komma i kontakt med en viss dator eller en organisation eller liknande används en domänadress. Denna är uppbyggd kring olika domäner som i viss utsträckning kan liknas vid traditionella postadresser. Vill någon skicka ett brev till Juridicum i Lund adresseras detta till Juridiska fakulteten, Box 207, 221 00 Lund, Sverige. Längst ned står att adressaten finns i Sverige, och sedan inringar de tidigare uppgifterna adressaten med allt större noggrannhet. Detsamma gäller för webbtrafiken. Vill någon komma i kontakt med Juridiska fakultetens i Lund webbplats används webbadressen *www.jur.lu.se*. I denna adress utgör ”www” serverns namn, dvs. den dator på vilken webbplatsen finns placerad.[33] Därefter följer ”.jur”, som är en underdomän till ”.lu”, som i sin tur är en underdomän till toppdomänen ”.se”. Underdomänen ”.jur” anger att servern ”www” tillhör Juridicum och underdomänen ”.lu” anger att det är Juridicum vid Lunds universitet. Toppdomänen ”.se” antyder slutligen att Lunds universitet ligger i Sverige. Helt säkert är det dock inte att toppdomänen .se medför att domännamnsinnehavaren är svensk. I oktober 2003 trädde ett reformerat och mera liberalt regelverk i kraft.[34] Numera står det alla fysiska och juridiska personer fritt att ansöka om registrering av ett domännamn under den svenska toppdomänen, vilket öppnar för att även utländska rättssubjekt i framtiden kan komma att agera under .se-domänen.

Just toppdomänen (eng. *Top Level Domain, TLD*) är särskilt intressant vid gränsöverskridande handel. Denna kan vara antingen nationell (.se för Sverige, .dk för Danmark, .no för

---

[32] Den tekniska termen är det engelska uttrycket URL (Uniform Resource Locator).

[33] Att företag och organisationer väljer att benämna sin serverdator ”www” har närmast praktiska orsaker – det identifierar servern som webbserver för såväl interna som externa användare. I själva verket kunde servern ges vilket namn som helst.

[34] De tidigare reglerna rörande tilldelning av den svenska toppdomänen .se var restriktiva och förutsatte en mycket nära anknytning till Sverige. De nya reglerna innebär en liberalisering som kan leda till att det inte längre är lika självklart att domännamnsinnehavaren kan knytas till Sverige. Se *Allmänna villkor vid registrering av domännamn*. De återfinns på http://www.nic-se.se/domaner/allmanna_villkor031014.shtml. (senast besökt 2004-09-09).

Norge o.s.v.) eller generisk. De generiska toppdomänerna har hittills främst administrerats i USA och avser att återspegla verksamhetsområden – de är således inte geografiskt begränsade (t.ex. .com för commercial, .org för organisation m.fl.). De generiska toppdomänerna har global användning och saknar nationella anknytningar.[35] Även om varje land kan sägas ha rätt att administrera sin egen nationella toppdomän, är det inte alltid så att en toppdomän oförbehållslöst kan knytas till administrationslandet. Många mindre stater som har toppdomäner som kan vara attraktiva i andra länder har inte sökt om eller förvärvat rätten att administrera och fördela domäner under deras toppdomäner. För svensk del utgör den lilla ögruppen Niues toppdomän ".nu" ett exempel. Dennas popularitet hänger samman med att den möjliggör (mer eller mindre fyndiga) webbadresser som t.ex. *www.bytbostad.nu*. Rättigheterna har efter ansökan hos IANA/ICANN[36] tilldelats framsynta personer från framför allt England och USA som sköter administrationen från hemmaplan – domänen "nu." administreras t.ex. från Sherborn, Massachussets.

2.2.3 Internethandel

Utbjudandet av nyttigheter på Internet kan ta sig flera uttryck. Den mest framträdande är att en person, som via Internet tillhandahåller nyttigheter, på en webbplats utannonserar sina erbjudanden. En sådan annonsering kan vara av såväl kommersiell som privat karaktär. En intressent kan sedan ställas inför olika möjligheter att utföra sin beställning. I vissa fall hänvisar tillhandahållaren via adress och telefonnummer till sitt verksamhetsställe och uppmanar intressenten att vända sig dit. Det vanligaste är dock s.k. interaktiva webbplatser där intressenten har möjlighet att göra sina beställningar från den egna datorn. Detta förutsätter att såväl intressenten som tillhandahållaren är uppkopplade mot nätverket (Internet) så att kommunikationen kan förmedlas direkt mellan datorerna, dvs. att de är *online*. Tillhandahållaren kan också rikta sig direkt till intressenten genom att via e-post sända erbjudanden till presumtiva spekulanter. Sådana erbjudanden kan vara personligt inriktade eller utformade på ett sätt som tyder på att det handlar om ett massutskick.

Parternas respektive prestationer är i stort desamma som vid traditionella handelsavtal; tillhandahållaren skall tillhandahålla avtalsobjektet och förvärvaren skall ersätta denne i överensstämmelse med avtalet (är avtalsobjektet omfattat av ett immaterialrättsligt skydd är båda parterna dessutom bundna av ett eventuellt föreliggande licensavtal). Tillhandahållarens prestation kan alltså utföras antingen elektroniskt eller genom traditionella kanaler. Vid direkt elektronisk handel laddas informationen, programmet, musikfilen etc. ned till förvärvarens

---

[35] Det finns förespråkare för att verksamhet bedriven under den generiska toppdomänen .com skall anses ha anknytning till USA, bl.a. eftersom adressen administreras där, se t.ex. *Thunman & Åkerman*, s. 442 f. Åsikten har varit utsatt för kritik, se Carlén-Wendels (1998), s. 884 f.

[36] IANA (Internet Assigned Numbers Authority) är registreringsmyndighet för bl.a. IP-adresser. Se www.iana.com (senast besökt 2004-09-09). ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) är det organ som är huvudsakligt ansvarar för den tekniska funktionen av Internet, se www.icann.org (senast besökt 2004-09-09).

dator. Oftast är denna process helt automatiserad. Servern är programmerad så att den helt på egen hand ombesörjer de för transaktionens genomförande nödvändiga momenten.[37]

Förvärvarens prestation är oftast att erlägga betalning. Detta moment har varit ett av de mera omdiskuterade ämnena i samband med Internethandeln. Tveksamheter har grundats på säkerhetsaspekter. De grundläggande frågorna är hur näringsidkaren skall kunna förlita sig på att det verkligen är förvärvaren som initierar betalningen och på vilket sätt betalningen som sådan skall genomföras. Genom sin uppbyggnad är Internet ett öppet nätverk och informationen finns tillgänglig för dem som är tekniskt bevandrade att ta del av informationen som förmedlas mellan datorerna. Därmed föreligger vissa risker avseende förmedling av känsliga upplysningar som kreditkortsnummer eller bankkonton. Även om de faktiska problemen inte tycks ha varit överdrivet stora har upplevelsen av risken i sig själv medfört en betänksamhet mot viljan att sluta avtal. Trots det sker de flesta Internetbetalningar idag med hjälp av olika kredit- och kontokort. Mer eller mindre säkra lösningar har utvecklats och dessa baseras uteslutande på kryptering av olika slag. Det är framför allt bankerna som gått i bräschen för utvecklandet av säkra pengaöverföringar, dels för att kunna erbjuda förvärvarna servicen Internetbank (eng. *homebanking*), dels för att säkra betalningsöverföringar skall kunna genomföras. I samarbete med kortföretagen VISA och Mastercard är utarbetandet av mer generella betalningslösningar ett, som det tycks, ständigt pågående projekt.[38]

Rent praktiskt utförs således de flesta betalningar genom att förvärvaren uppger sitt kortnummer så att säljaren på sedvanlig väg kan erhålla betalning via bank eller kreditkortsföretag. Denna metod används vid såväl direkt som indirekt elektronisk handel. Genom olika krypteringslösningar kan mer eller mindre säkra överföringar av känsliga uppgifter ske, varvid ett eventuellt ”avläsande” av transmissionen i viss grad försvåras. Alternativa lösningar vid handel är sådana som närmast för tankarna till traditionella postorderlösningar, såsom postförskott eller bifogad postgiroinbetalningsblankett. En annan metod är att betala via telefon – genom att ringa ett visst nummer erhåller förvärvaren en kod som ger tillträde till vissa tjänster. Betalningen sker genom att telefonsamtalet är avgiftsbelagt. Ytterligare en metod att ta betalt för information på webbplatser är att utnyttja ett s.k. *escrow*-bolag som fungerar som en neutral tredje part. Ett *escrow*-bolag kan ta emot betalningen och deponera pengarna på ett konto, varefter tillhandahållaren meddelas att varan kan skickas till förvärvaren. Den sistnämnde meddelar efter mottagandet av varan att pengarna kan överföras till tillhandahållaren. Vid direkt elektronisk handel kan escrow-bolaget direkt ombesörja t.ex. förmedling av sådant

[37] Den helautomatiska processen har väckt vissa frågor i avtalsrättsligt hänseende, se t.ex. SOU 1996:40; *Hultmark (1996)*; *densamma (1998)*; *Lindberg & Westman*; *Mottl*; *Murray*; *Prins*; *Wildeman*n.

[38] Det första stora systemet för säkra transaktioner, SET (Secure Electronic Transactions), visade sig alltför tungrott och attraherade varken näringsidkarna eller de övriga användarna på Internet. I nuläget ställs förhoppningarna till metoder som framför utarbetas av VISA utarbetade respektive Mastercard.

lösenord som krävs för att tjänstemottagaren skall kunna få tillträde till informationen i fråga.[39]

2.2.4 Särskilt angående e-pengar

En möjlighet att utföra såväl betalningar som andra transaktioner och som ännu får anses ha framtiden för sig är utnyttjande av s.k. e-pengar. Uttrycket har tidigare använts i en tämligen vidsträckt betydelse, men har i lagen (2002:149) om utgivning av elektroniska pengar givits följande definition:[40]

> ett penningvärde som representerar en fordran på utgivaren och som, utan att finnas på ett individualiserat konto, är lagrat på ett elektroniskt medium och godkänns som betalningsmedel av andra företag än utgivaren.

I propositionen förklaras begreppet ytterligare på följande vis:[41]

> Elektroniska pengar ingår som en del i betalningsväsendet som kan beskrivas som samhällets samlade infrastruktur för att utföra betalningar. Detta kan delas upp i olika betalsystem, t.ex. mynt och sedlar, girosystem, checksystem, kontokortssystem och system för elektroniska pengar, som utgör mer eller mindre självständiga delar av denna infrastruktur. …
>
> Betalningen kan också erläggas med e-pengar eller digitala kontanter.
>
> Vid en sådan betalning överför betalaren elektroniskt medel till betalningsmottagaren, utan registrering på konton och utan användning av kontanter. De medel som motsvarar utgivna e-pengar registreras dock i vissa system på s.k. skuggkonton, som liknar vanliga inlåningskonton som banker för.

Den tekniska utformningen är av mindre intresse i sammanhanget.[42] Förvärvarens användning av e-pengar vid elektronisk handel leder dock till ett antal civilrättsliga frågor vilka, förutom de traditionella om prestationens fullgörande och giltighet, till viss grad är nya och svårhanterliga. Hit hör framför allt rättsförhållandet mellan utfärdaren, innehavaren/betalaren samt mottagaren.

2.2.5 Elektronisk handel i slutna system

Till skillnad från det öppna systemet, där parter fritt kan söka varandra och sluta avtal utan några tidigare kontakter, bygger elektronisk handel i slutna system på att parterna är väl förtrogna med varandra. Systemet nyttjas endast vid elektronisk handel *B2B* eller *B2A* och parterna har ofta i särskilda avtal, t.ex. meddelandeutväxlingsavtal eller EDI-avtal (*Electronic Data*

---

[39] Se t.ex. http://www.pay-read.se (senast besökt 2004-09-09).

[40] Lagen baseras på direktiv 2000/46/EG av den 18 september 2000 om rätten att starta och driva affärsverksamhet i institut för elektroniska pengar samt om tillsyn av sådan verksamhet.

[41] Prop. 2001/02:85, s. 32.

[42] För en mera ingående beskrivning av e-pengar och dess juridiska konsekvenser, se t.ex. Prop. 2001/02:85, SOU 1998:14, E-pengar – näringsrättsliga frågor eller SOU 1998:122 E-pengar – civilrättsliga frågor m.m.

Interchange), reglerat hur kommunikationen skall ske, vilka standarder som skall tillämpas och vilka meddelanden som skall kunna utväxlas elektroniskt.

Elektronisk handel i slutna system är i stor utsträckning reglerad genom detaljerade avtal och kommer endast undantagsvis att behandlas i den fortsatta framställningen.

2.3 Några exempel på elektronisk handel

2.3.1 Inledning

En uttömmande uppdelning och beskrivning av de sätt på vilka e-handel kan bedrivas är i princip omöjlig att framställa. Nedan följer en kort presentation av några av de mest förekommande kategorierna. För att begränsa omfånget av presentationen har jag valt att dela in kategorierna i grupper. Inspiration till kategoriseringen har i viss mån hämtats från en OECD-rapport[43] som kommit fram till att e-handel kan bedrivas i 28 modeller/konstellationer, men även av den faktiska utvecklingen på ett område som är under ständig förvandling.

2.3.2 Beställning av produkter eller tjänster online

Inom denna grupp är det i huvudsak fyra olika beställningstyper som aktualiseras:

a) Förvärvaren beställer lös sak eller utförande av en tjänst *online*. Varan/tjänsten levereras respektive utförs enligt traditionella ”icke-elektroniska” metoder.
b) Förvärvaren beställer ett datorprogram eller en annan digital produkt från en *online*-katalog. Beställningen exekveras genom att den digitala produkten laddas ned till förvärvarens dator eller annan digital lagringsenhet, ex. cd eller diskett.
c) Förvärvaren beställer en tillgång till en tjänst *online*. Beställningen exekveras genom att förvärvaren ges tillgång till informationen som ligger på en server (ex. abonnemang på en Internettidning) eller genom att den sänds via e-post till förvärvaren (ex. SMHI som via sin webbplats[44] mot betalning tillhandahåller bl.a. särskilda åskriskprognoser).
d) Uppdateringar och tillägg. När en person förvärvat rätt att använda t.ex. ett datorprogram kan denne enligt avtalet ha rätt att fritt uppgradera till nyare versioner av produkten eller erhålla tillägg i syfte att förbättra produkten. Detta sker främst genom att produkten hämtas *online*, antingen hos tillhandahållaren, men oftare direkt från producenten. Det kan vara fråga om resultatet av såväl generella utvecklings-

[43] *Tax treaty characterisation issues arising from e-commerce. Report to working party no. 1 of the OECD committee on fiscal affairs*. Eftersom rapporten främst hade syftet ”*to examine the characterisation of various types of electronic commerce payments under tax conventions…*” kan inte alltför långtgående slutsatser dras eller liknelser i övrigt göras eftersom skatteproblematiken inte avhandlas här. Detta hindrar inte att de i rapporten framställda kategoriseringarna i sig förtjänar att användas även i andra sammanhang, emedan de på ett generellt sätt framställer e-handelns grundläggande mönster.

[44] Se www.smhi.se (senast besökt 2004-09-09).

arbeten som alla förvärvare har rätt till som specifika förbättringar för den enskilde förvärvaren.

Tillgången till en sådan katalog som avses i a) och b) kan vara begränsad till vissa intressenter eller avgiftsbelagd. Vidare kan det vara fråga om att förvärvare enbart erhåller en begränsad rätt att använda produkten (ex. ett program till den egna datorn) eller så kan förvärvaren förvärva rätten att sprida produkten (ex. en tidning som förvärvar en upphovsrättsligt skyddad bild för att använda den i nästa nummer).

2.3.3 Värdtjänster

Värdtjänster innebär att någon tillhandahåller plats på en dator för digitalt material. Tjänsterna kan vara av olika omfattning, men generellt är att tjänsteleverantören ombesörjer funktionsduglighet och service vad gäller datorn samt tillgänglighet till det lagrade materialet i en omfattning som regleras avtalsvägen. Det handlar framför allt om följande tjänster:

a) Värddatorn kan användas för lagring av köparens eget material, t.ex. databaser. Tjänsten tas ofta i anspråk för att köparens egen dator inte har kapacitet för lagring av mängden data eller för att denne skall undgå investeringar i material och personal. Tjänsten innebär att köparen eller den denne utpekar skall ha full tillgång till materialet och enbart någon av dessa skall kunna vidta dispositioner och redigeringar i detta.
b) Värddatorn kan användas för lagring av programvara som köparen av tjänsten använder i sin verksamhet. Avtalet kan då innebära att tjänsteleverantören svarar för leveransen av programvaran, för integration med det befintliga datorsystemet samt tillgång och support. Tjänsteleverantören kan själv vara innehavare av rätten till programvaran eller ombesörja att köparen får rätt att använda denna.
c) Värddatorn kan hysa plats för webbplatser (s.k. webbhotell). Den som t.ex. önskar bedriva affärsverksamhet på Internet kan låta webbplatsen ligga på en server hos en tjänsteleverantör och därmed undgå investeringar i maskiner och personal.

2.3.4 Elektroniska marknadsplatser och elektroniska auktioner

I takt med teknikens framåtskridande utvecklas också system för effektivisering av olika transaktioner. Några för den elektroniska handeln typiska exempel på sådana system utgörs av dem som givit upphov till elektroniska börser och marknadsplatser.[45] Antag att ett förlag i Lund får en brådskande beställning från Uppsala rörande ett antal läroböcker. Beställningen är så omfattande att böckerna måste transporteras med transportör. Nu utnyttjar förlaget sitt medlemskap på en elektronisk marknadsplats som är inriktad på förmedling av transporter. Principen är följande: på den berörda marknadsplatsen finns två slags medlemsgrupper –

[45] För en diskussion angående några rättsliga aspekter på elektroniska marknadsplatser, se *Hultmark (2003)*.

företag som vill ha gods transporterat och transportörer som vill få avsatt outnyttjat transportutrymme. Förlaget loggar in på marknadsplatsens webbplats och registrerar godsets vikt, volym, destination samt inom vilken tidsram godset skall vara framme. Uppdraget förmedlas omedelbart och automatiskt till den transportör som genom sitt medlemskap på marknadsplatsen uppgivit att en bil i Sydskåne har kapacitet över och på sin väg norrut passerar Uppsala. Finns det ingen åkare som anmält outnyttjad plats går uppdraget automatiskt till den transportör förlaget angett som sin ordinarie. Oavsett vilket får förlaget omedelbart efter registreringen färdiga fraktsedlar och etiketter, färdiga att skriva ut.[46]

Ett annat exempel utgörs av den handel med värdepapper som bedrivs på olika börser. Denna handel har sedan flera år tillbaka varit möjlig att administrera elektroniskt. Därmed är steget inte långt till att låta andra aktörer på elektronisk väg företa transaktioner på börserna. Som konsekvens därav har det också visat sig att finansiella informationstjänster och finansiella transaktioner fått ett uppsving med Internethandeln.[47] Tydligast syns detta kanske på aktiehandeln bland privatpersoner. Sedan det blivit möjligt att följa börskurser och erhålla annan finansiell information *online* har denna handel intensifierats väsentligt. I samband med denna utveckling har kreativiteten varit stor hos företag som noterat ett ökat utrymme för nya tjänster, såsom tillhandahållande av möjligheten att lägga köp- och säljordrar via Internet. Sålunda har ett antal ”Internetmäklare” etablerat marknadsplatser där man som medlem äger möjlighet att mot ersättning utnyttja de tjänster som erbjuds, typiskt köp och försäljning av värdepapper, portföljbevakning samt tillgång till analyser och annan information.[48]

Tekniken bakom dylika marknadsplatser är anpassningsbar för de flesta branscher.[49] Alltfler tekniska lösningar presenteras och möjligheterna för såväl de som tillhandahåller tjänster och produkter som spekulanter att anpassa sina interna datorsystem till marknadsplatserna ökar. Principerna bakom de elektroniska marknadsplatserna varierar. Generellt krävs medlemskap för att överhuvudtaget kunna agera på marknadsplatsenplatsen, vare sig man vill få avsättning för tjänster eller produkter eller om man är spekulant. Medlemsvillkoren är i allmänhet strikta och gör det möjligt att hålla marknadsplatsen fri från oseriösa aktörer. Villkoren innehåller också typiskt bestämmelser om förfaranden vid eventuella tvister mellan med-

---

[46] Som exempel på marknadsplats som tillhandahåller den nu beskrivna tjänsten kan nämnas www.delego.se. På internationell basis är www.bolero.net ett belysande exempel på hur internationella transporter kan samordnas (båda besökta senast 2004-09-09).

[47] *Fredholm*, s. 62.

[48] Som exempel på sådana marknadsplatser kan nämnas www.avanza.se och www.Nordnet.se (båda besökta senast 2004-09-09).

[49] Andra exempel på elektroniska marknadsplatser är www.steelscreen.com (europeisk marknadsplats för metallindustrin), www.covisint.com (amerikansk marknadsplats för bilindustrin, grundad av General Motors Corporation, Ford Motor Company, DaimlerChrysler, Johnson Controls Incorporated, Delphi Corporation and Lear Corporation), www.chemweb.com (brittisk marknadsplats för kemikalieindustrin) (samtliga besökta senast 2004-09-09).

lemmarna, vilket leder till en högre grad av förutsebarhet jämfört med vad de flesta lagstiftningar kan tillhandahålla.[50]

Även graden av aktivitet från marknadsplatsens egen sida varierar. De mest renodlade står för hela tjänsten och förmedlar uppdraget, jfr exemplet med Lundaförlaget ovan. På andra änden av skalan återfinns de marknadsplatser som i princip endast utgör portaler där spekulanterna möts av en mängd länkar, vilka leder till tjänsteleverantörernas egna webbplatser. De flesta tycks befinna sig någonstans mittemellan, de åtar sig att förmedla användarnas önskemål respektive erbjudanden, men lämnar dem möjligheten att själva utforma det slutliga avtalet.

Elektroniska auktioner, eller Internetauktioner, är också en företeelse som är lätt att anpassa till Internet.[51] Denna typ av auktioner kan i stort indelas i två grupper. Den ena kännetecknas av att den endast förmedlar kontakt mellan intressenter och säljare, dvs. den utgör närmast en annonsplats där privatpersoner och företag kan utlysa nyttigheter till försäljning, varigenom spekulanterna ges möjlighet att inom en fastlagd tidsram konkurrera med sina bud. Den andra gruppen utmärks av att den som driver auktionen också är ägare till de produkter som utropas. Det kan vara en producent som väljer att få avsättning för några av sina produkter via auktion i stället för via traditionell försäljning eller så är det en ”förrättare” som själv köper in produkterna. Denna grupp av Internetauktioner är betydligt mindre vanlig än den förstnämnda.

Avslutningsvis vill jag understryka att presentationerna i detta avsnitt inte gör anspråk på att bilda en fullständig introduktion till tänkbara konstellationer vid e-handel. Som påpekats är den elektroniska handeln stadd i ständig förändring och utveckling – nya fenomen framträder oupphörligt.

2.4 Särskilt om det elektroniska avtalsinnehållet

De elektroniska avtalen ingås som ovan beskrivits på distans utan att föregås av någon särskild diskussion mellan parterna. Detta faktum i kombination med att varje enskild e-handelsplats tillhandahåller en tämligen begränsad transaktionsvariation medför att det är fråga om en situation som är ytterst lämpad för användning av standardavtal – de enskilda

---

[50] På den tidigare nämnda marknadsplatsen www.Bolero.net uttrycks förutsättningarna på följande vis:

”*One of the main reasons why the use of electronic commerce has not increased in line with technological capability is that there is little law governing its use. The existing world of e-commerce is characterised by a large number of bilateral contracts, many of which embody different approaches and principles. A key component of the bolero.net service is the provision of a legal framework.*

Companies use electronic commerce in the absence of specific international and national legislation, but the absence of legal clarity has slowed acceptance. The exchange of data electronically itself does not pose a problem, but when the data represents contracts, negotiable instruments or payments, a clear legal framework is required for these transactions to work. The aim of the bolero.net service is to replace paper documentation with a series of electronic messages. The Bolero Rule Book establishes a contractually binding set of rules which all Users of the bolero.net service are required to sign. It provides a legal framework allowing Users to replicate the legal results currently achieved in a paper environment.”

[51] Allmänt rörande Internetauktioner, se t.ex. *Chissick & Kelman*, s. 45 ff.; *Dykert m.fl.*, s. 45; IT-ObservatoriePM 8:2000, s. 52 ff.; Prop. 2001/02:50.

transaktionerna uppvisar ett likartat mönster varför varje avtal i grunden kan styras av identiska avtalsvillkor.

Den elektroniska handeln på Internet regleras närmast uteslutande av standardavtal. Av särskilt intresse är det sätt på vilket avtalet presenteras för potentiella kontrahenter, då detta kan vara avgörande för i vilken utsträckning villkoren i fråga skall anses utgöra avtalsinnehåll vid en rättslig prövning. Eftersom den som tillhandahåller nyttigheter på en webbplats helt på egen hand avgör hur webbplatsen skall se ut, är det också denne som väljer dels vilket innehåll standardavtalet skall ges, dels hur det skall bringas till medkontrahentens kännedom. Några olika varianter har utvecklats och dessa kan huvudsakligen kategoriseras under benämningar som ”Point-and-click-avtal” (alt. ”webwrap-avtal”) och ”clickwrap-avtal”.[52]

Point-and-click-avtalet innebär att besökaren på en webbplats genom att klicka på viss markering klargör att denne såväl tagit del av som accepterat avtalsvillkoren. Detta sker således innan avtalet ingås; underlåter besökaren att klicka eller anger att villkoren ej accepteras sluts det inte något avtal. Click-wrap används framför allt på de licensavtal som rör datorprogram. Innan programmet kan installeras på datorn framträder avtalsvillkoren. För att kunna slutföra installationen och använda programmet måste förvärvaren acceptera avtalet, annars stoppas installationen. Skillnaden mellan varianterna är främst att vid clickwrap-avtalet presenteras kontrahenten inte för avtalsvillkoren förrän efter att betalningen erlagd.

En tredje variant att införliva standardvillkor i avtalet är att på webbplatsen helt enkelt placera en länk eller en ikon som anger att man genom ett klick får tillgång till villkoren.

I ett rättsligt perspektiv är frågan i vilken utsträckning de nu nämnda formerna av standardavtal är rättsligt bindande för medkontrahenterna. De avtalsvillkor som framför allt är av intresse för innevarande arbete rör giltigheten av de prorogationsklausuler och lagvalsklausuler som är vanligt förekommande i alla typer av standardavtal som förekommer vid elektronisk handel.

2.5 Den rättspolitiska bakgrunden

2.5.1 Inledning

Från politiskt håll har förhoppningarna på den elektroniska handeln varit stora sedan början av 1990-talet. Visioner och policydokument har följts upp av regleringar som syftar till att stimulera tillväxten av elektronisk handel.

---

[52] Benämningarna härstammar från det engelska uttrycket ”shrink wrap”, som betecknar den strama cellofan som av praktiska skäl ofta omger varor. Förutom för att bl.a. skydda innehållet har denna plastfilm vid försäljning av t.ex. datorprogram på diskett eller cd använts för att hålla avtalsvillkoren på plats. Väl synliga genom plasten upplyser villkoren bl.a. förvärvaren om att denne ”genom att bryta plastförpackningen accepterar de villkor som i övrigt framgår av avtalet”. Lindberg/Westman menar att shrinkwrap-avtalet närmast kan beskrivas som en förpackningslicens, se *Lindberg & Westman* s. 381. För vidare information om shrink wrap-avtal, se *Andersen (2003)*, s. 844 ff. Allmänt om point-and-click-avtal respektive click wrap-avtal, se Bryde *Andersen (2003)*, s.846 samt *Lindberg & Westman*, s. 85 ff. och s. 381ff.

2.5.2 Den elektroniska handeln och EG-rätten

Inom EU sågs e-handeln tidigt som ett medel för förverkligande av den inre marknaden och till gagn för europeiska verksamheter. Efter ett antal meddelanden och handlingsplaner kom ett egentligt avstamp i den europeiska agendan genom meddelandet ”Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel”.[53] En av initiativets huvudpunkter är:

> ”Att dra nytta av den inre marknaden genom att åstadkomma en sammanhängande rättslig ram för elektronisk handel i Europa och på större världsmarknader. Den här ramen behöver vara sådan att den ökar näringslivets förtroende så att de gör investeringar, och hos konsumenter så att de begagnar sig av elektronisk handel. Det åstadkoms genom att avskaffa kvarvarande hinder i form av lagar och regleringar och förhindra uppkomsten av nya hinder.”[54]

Strävan efter uniforma lagregler har bl.a. kommit till uttryck i ett antal direktiv och förordningar. I sammanhanget kan nämnas direktivet om konsumentskydd vid distansavtal[55] som ursprungligen var tänkt att reglera konsumentskydd vid distansavtal ingångna via kommunikation medelst traditionella medel såsom trycksaker, kataloger, telefonförsäljning, radio, teleshopping etc. Under utarbetandets gång kom de första signalerna om distanshandel via Internet, vilka sålunda inkluderades eftersom det ansågs gagna e-handeln bland konsumenter. Förväntad stor betydelse har senare tillmätts direktivet om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (e-handelsdirektivet).[56] Vidare kan nämnas direktivet om ett gemenskapsramverk för elektroniska signaturer[57] samt tidigare nämnda direktiv om elektroniska pengar[58]. I bl.a. Bryssel I-förordningen om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område[59] har hänsyn tagits till den elektroniska handeln, främst rörande domsrätt vid konsumenttvister.

2.5.3 Den elektroniska handeln och svensk rätt

I Sverige uttalade regeringen 1998 att den ansåg ”att förutsättningar bör skapas för en bred användning av elektronisk handel i syfte att främja sysselsättning och tillväxt”. Vidare uttalades att utvecklingen bör komma alla grupper och alla delar av landet till del samt att ett fragmenterande av marknaden bör undvikas genom att i största möjliga utsträckning nå överenskommelser på global nivå avseende regler och villkor för den elektroniska handeln.[60]

---

[53] Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel: KOM(1997) 157.

[54] Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel: KOM(1997) 157, s. 8.

[55] Direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997.

[56] Direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000.

[57] Direktiv 1999/93/EG av den 13 december 1999.

[58] Direktiv 2000/46/EG av den 18 september 2000.

[59] Förordning 2001/44/EG av den 22 december 2000.

[60] Skr. 1997/98:190 Elektronisk handel, s. 3.

Nationella initiativ som resulterat i laglig reglering av elektronisk handel har i konsekvens härmed inte förekommit i Sverige. Det som främst påverkat är de EG-rättsliga regelverken, av vilka ovan nämnda samtliga har genomförts i svensk rätt.[61]

2.6 Den elektroniska handelns signifikanta drag – sammanfattning

Av ovanstående kan urskiljas vissa drag som utmärker den elektroniska handeln i förhållande till andra typer av handel. Dessa drag åskådliggörs i stor utsträckning av definitionen av begreppet ”informationssamhällets tjänster” (se ovan, 2.5.2). De drag som är relevanta för den fortsatta studien tar i stor utsträckning fasta på distanskriteriet. Härvid förtjänar följande aspekter att ytterligare belysas.

Vid elektronisk handel är parternas geografiska placering i hög grad oväsentlig. En beställare kan befinna sig i Sverige och tjänsteleverantören kan befinna sig i våningen under eller på andra sidan jorden. Tjänsteleverantören kan dessutom bedriva sin verksamhet via servrar placerade på ett flertal platser på jorden. Den geografiska positionen spelar inte någon roll vid kommunikationen mellan parterna eftersom avståndet är betydelselöst för kommunikationens hastighet.[62] Kontakten mellan parterna sker medelst elektronisk kommunikation via datorerna. En konsekvens av detta är, såsom det uttryckts i andra sammanhang, att transaktionen anonymiseras.[63] Parterna varken ser eller talar med varandra och de former av tillit som normalt etableras vid sådana kontakter framkallas inte i samma omfattning vid kommunikation med en totalt okänd person/företag som sker via en dator.

Distanskriteriet och det faktum att elektronisk kommunikation inte känner av några nationella gränser resulterar i att den elektroniska handeln kan tillskrivas en gränsöverskridande natur.[64] När betydelsen av den geografiska placeringen spelar en begränsad roll ges möjlighet för marknadsaktörer att nå ut med sina budskap till alla användare av nätverket, oavsett vilket land de befinner sig i. Nämnda användare är redan från början införstådda med att det är fråga om ingående av ett distansavtal. För vederbörande är det väsentliga att finna den sökta produkten av en viss kvalitet till mest förmånliga pris; var leverantören av denna befinner sig är oftast av underordnad betydelse. Till undantagen hör bl.a. de tillfällen av indirekt elektro-

---

[61] Se Lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal, lag (2002:149) om utgivning av elektroniska pengar, Lag (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer, lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. Bryssel I-förordningen gäller i kraft av EG-fördragets art. 249 omedelbart i varje medlemsland varför särskild inkorporeringslag ej är nödvändig.

[62] Hastigheten påverkas främst av belastningen på ledningen. Ju mer trafik, ju längre tid tar det för meddelandet att komma fram.

[63] Se Benno, J., Om transaktionens anonymisering och dess påverkan på rättsliga problemställningar, Det IT-rättsliga observatoriets rapport 1/97, Stockholm 1997.

[64] Att den elektroniska handeln erbjuder särskilda möjligheter för gränsöverskridande transaktionsverksamhet i förhållande till andra medier för distansförsäljning betonas ofta, se t.ex. Elektronisk handel och finansiella tjänster. Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet: KOM(2001) 66 slutlig. s. 4.

nisk handel då pålagor i form av t.ex. transportkostnader och tullavgifter gör användaren uppmärksam på varifrån produkten levereras.

3 DEN ELEKTRONISKA PRESTATIONENS KATEGORISERINGS-PROBLEM

Ett för den elektroniska handeln centralt problem med återverkningar för såväl den internationella privat- och processrätten som för andra rättsområden är frågan om de elektroniska produkternas rättsliga status.

Säg att jag i en bokhandel införskaffar ett exemplar av en bok. Få skulle väl betrakta detta på annat sätt än som ett typiskt förvärv av lösöre. Detsamma gäller den fortsatta shoppingrundans övriga inköp, en videofilm och ett datorspel på en cd. Detta är enligt rådande uppfattning lösa saker. Möjligheten att tillhandahålla immateriella verk utan att de är bundna till fysiska bärare kanske tvingar oss att i viss utsträckning ändra på denna uppfattning. Antag i stället att min shoppingrunda sker på Internet och att all information – texten i boken, filmens rörliga bilder och programmet till datorspelet– laddas ned till min dator. Någon överlåtelse av en fysisk bärare är inte nödvändig eftersom det rör sig om direkt elektronisk handel. Frågan är nu hur man rättsligt skall kategorisera ett förvärv av ett verksexemplar när detta tillhandahålls som en digital produkt och inte längre kan anses utgöra en lös sak. Frågan är inte besvarad i svensk rätt och har heller inte varit föremål för prövning av GD.

Inledningsvis kan konstateras att det *inte* är fråga om att ett exemplar av produkten skickas från avsändarens server till mottagarens dator. I stället framställs ett nytt exemplar, en kopia, som är fullständigt identisk med originalet. Beställer jag via Internet t.ex. ett datorprogram, så skapas i min dator en kopia av den datorfil på servern som utgör programmet. Eftersom det är fråga om immateriell egendom är utgångspunkten för diskussionen att rättighetsinnehavaren genom ett licensavtal upplåter en rätt för förvärvaren att använda produkten under viss tid.[65]

Konsekvensen kan te sig svårförståelig för den juridiskt obevandrade. Antag t.ex. att två personer samma datorprogram, den ene på en cd i en affär, den andre genom att ladda ned det till sin egen dator från en server på Internet. Båda personerna befinner sig nu i den situationen att de kan använda samma datorprogram i sina datorer. Vid ett eventuellt fel på programmet befinner de sig dock rättsligt sett långt från varandra. Den som köpte informationen på den *fysiska bäraren* cd:n omfattas som konsument sannolikt av konsumentköplagens skyddande regler eftersom vederbörande anses ha köpt en lös sak.[66] Den andre däremot, som laddat ned informationen från en server, kan svårligen anses ha förvärvat en lös sak och är i

[65] *Andersen (2003)*, avsn. 7.4; *Bender*, s. 141 ff.; *Lindberg & Westman*, s. 373.

[66] SOU 1999:106, s. 69.

princip bunden av det licensavtal som föregick installationen av programmet, oavsett hur detta förhåller sig till tvingande regler till skydd för konsumenter. Av diskussionen i doktrinen framgår främst att situationen får betraktas som oklar, men i praxis kategoriseras åtminstone avtal om rätt att använda datorprogram som upphovsrättsliga licenser.[67]

Kategoriseringsproblemet får även konsekvenser för den internationella privat- och processrätten. I flera centrala bestämmelser är begreppen vara respektive tjänst avgörande för tillämpningen,[68] varför frågan om en digital produkt kan kategoriseras som det ena eller det andra kan vara av avgörande betydelse. Problemet kommer att diskuteras särskilt, se nedan avsnitt 8.

4 ÄMNET INTERNATIONELL PRIVAT- OCH PROCESSRÄTT

4.1 Allmänt

Internationell privat- och processrätt (IP) utgörs av regler som finner tillämpning på privaträttsliga rättsförhållanden med anknytning till utlandet. Det är framför allt följande tre angelägenheter som behandlas:

1. Att klargöra under vilka omständigheter en inhemsk domstol är behörig att ta upp det tvistiga rättsförhållandet till prövning.
2. Att avgöra huruvida ett rättsförhållande skall regleras av inhemsk eller av främmande rättsordning samt, i givet fall, utröna vilken främmande rättsordning som är tillämplig.
3. Att avgöra huruvida främmande avgöranden kan erkännas och verkställas här i landet.

Varje land har sitt eget internationellt privat- och processrättsliga regelverk och ämnet betraktas därför traditionellt som en del av den nationella rätten. De tillämpliga bestämmelserna utgörs således inte av internationella rättsregler med folkrättslig karaktär. Numera är det dock vanligt att många av IP-reglerna grundar sig på internationella konventioner och traktater, vilket leder till att problemen behandlas och löses enhetligt i ett flertal länder.

För svensk del har det nordiska samarbetet lett till ett antal regleringar. Numera emanerar flertalet bestämmelser från den europeiska gemenskapsrätten, men även Förenta Nationerna och den för den internationella privat- och processrätten betydelsefulla Haag-konferensen har lämnat väsentliga bidrag till den svenska lagstiftningen på området.

Föreliggande presentation av ämnet är översiktlig; fördjupningar kommer endast att ske på de områden som är av betydelse för den fortsatta framställningen. För en mera ingående

---

[67] *Andersen (2003)*, avsn. 7.4; *Bender*, s. 141 ff.; *Lindberg & Westman*, s. 373. Bender menar, som enda undantag, att ett avtal som inte ger förvärvaren någon rätt till exemplarframställning av programmet utöver det exemplar som förvärvet innebär, inte bör betraktas som en upphovsrättslig licens utan i stället som en upphovsrättslig exemplaröverlåtelse. Se *Bender*, s. 297.

[68] Se till exempel Bryssel I-förordningens art. 5.1) b) och konsumentreglerna i Bryssel- och Luganoreglernas art. 13.3 och Romkonventionens art. 5.1.

introduktion till ämnet och dess (utomordentligt intressanta) frågeställningar hänvisas till den omfattande litteraturen på området.[69]

4.2 IP-rättens metod

Varje gång en domstol ställs inför ett fall som på något sätt anknyter till ett för domstolen främmande rättssystem är det således två saker av formell karaktär som måste undersökas. För det första måste domstolen fastställa huruvida den är behörig att pröva det materiella problemet, det vill säga om den har domsrätt, jurisdiktion, eller ej. Om så skulle vara fallet blir det, för det andra, nödvändigt att avgöra lagvalsfrågan, det vill säga enligt vilket lands regler det materiella problemet skall lösas. Till sin hjälp vid sådana undersökningar har domstolen den internationella privat- och processrätten i form av en mängd skrivna och oskrivna regler.

De bestämmelser som utser den tillämpliga rättsordningen kallas ofta *kollisionsregler* (conflicts of law), åsyftande det faktum att flera rättsordningar har en viss anknytning till problemet och därmed kolliderar med varandra - samtliga berörda rättsordningar kan av naturliga skäl inte tillämpas samtidigt, åtminstone inte avseende samma fråga.

De utvalda rättsreglerna tillämpas sedan på rättsförhållandet på det sätt som de normalt skulle ha tillämpats av domstolen i det land från vilket de är hämtade. Eftersom den internationella privat- och processrätten betraktas som nationell rätt skulle det kunna hävdas att när en främmande rättsordning utsetts så skall också denna rättsordnings internationellt privaträttsliga regler tillämpas, vilket skulle kunna resultera i att det tvistiga rättsförhållandet återförvisas eller hänvisas till ännu en ny rättsordning. En sådan återförvisning kallas *renvoi*. Huvudregeln i svensk rätt är att sådan återförvisning inte skall ske. För att undantag från huvudregeln skall accepteras tycks som regel krävas stöd i lag.[70]

När behörig domstol utsetts och denna har fastställt vilket lands lag som skall utgöra tillämplig rättsordning vid domstolens behandling av det tvistiga rättsförhållandet, då kan de internationellt privat- och processrättsliga reglerna sägas ha ”gjort sitt”; materiell rätt tar vid och avgör utfallet av tvisten.

I vissa situationer kan det emellertid vara så att de främmande materiella rättsreglerna är av sådant slag att deras tillämpning anses stötande och oförenliga med grundläggande rättsprinciper i domstolslandet. De sägs i så fall strida mot *ordre public* och i sådana fall kan domstolen bortse från de berörda rättsreglerna. I svensk internationell privat- och processrätt är det inte tillräckligt att de främmande rättsreglerna enbart råkar strida mot inhemska tvingande rättsregler för att ordre public-förbehåll skall kunna åberopas. Det måste föreligga moment

---

[69] För svensk del torde främst den nordiska litteraturen vara av intresse. Se t.ex. *Bogdan (2004)*; *Dennemark*; *Jänterä-Jareborg*; *Pålsson (1989)*; *Arnt Nielsen (1997)*; *Svenné Schmidt (2000)*; *Lundgaard (2000).*

[70] *Bogdan (2004)*, kap. 4.2.

som är i så stark disharmoni med grundläggande svenska rättsprinciper att användandet av den främmande rättsregeln skulle leda till resultat som är oacceptabla här i landet.[71]

5 JURISDIKTION

5.1 Inledning

Lagfästa regler med relevans för den gränsöverskridande elektroniska handeln utgörs främst av kapitel II i de tre regelverken Bryssel I-förordningen, Brysselkonventionen samt Luganokonventionen. För det fall att inget av dessa äger tillämpning torde valet för svensk del stå mellan en analog tillämpning av Bryssel I-förordningen eller, såsom Bogdan uttrycker det, ”att man med viss försiktighet” får söka vägledning i de svenska forumreglerna.[72]

I sammanhanget bör nämnas att det inom ramarna för Haag-konferensen sedan några år pågår en diskussion kring utformandet av en internationell domsrättskonvention. I skrivande stund synes det oklart vart denna diskussion egentligen är på väg. Oenigheten om vilket innehåll som skall prägla slutresultatet har under förhandlingarnas gång varit omfattande, med den följden att projektets ambitioner med tiden minskats betydligt. När arbetet med denna internationella domsrättskonvention kan slutföras och hur det slutgiltiga resultatet kommer att te sig är svårt att sia om.[73]

5.2 Bryssel-/Luganoreglerna

5.2.1 Bakgrund

I EG-fördragets art. 293 (ursprungligen art. 220) föreskrivs att medlemsstaterna skall förhandla med varandra i syfte att bl.a. säkra den fria rörligheten för rättsliga avgöranden på den inre marknaden.[74] Mot denna bakgrund ingick EG:s dåtida medlemsstater den 27 september 1968 i Bryssel en konvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område. Den s.k. *Brysselkonventionen* kom sedan att utökas med ett protokoll (Luxemburgprotokollet) som medförde att GD tillerkändes behörighet att tolka konventionen.[75]

---

[71] *Bogdan (2004)*, kap. 6.1-6.6. I engelsk rätt är benämningen *Public policy*.

[72] *Bogdan (2004)*, s. 114.

[73] Arbetet presenteras löpande på Haag-konferensens hemsida, www.hcch.net (senast besökt 2004-09-09). I december 2003 presenterades Working Document No 49. Det höga löpnumret ger en föreställning om den omfattande process som krävs för att ett instrument av det här slaget skall kunna vinna erkännande.

[74] Den aktuella formuleringen i art. 293 lyder i sin helhet: Medlemsstaterna skall, i den utsträckning det är nödvändigt, inleda förhandlingar med varandra i syfte att till förmån för sina medborgare säkerställa förenkling av formaliteter för ömsesidigt erkännande och verkställighet av rättsliga avgöranden och skiljedomar.

[75] Protokollet antogs den 3 juni 1971.

Det nära samarbetet mellan EG och EFTA ledde till önskemål om att låta ordningen omfatta även EFTA-staterna. [76] De senare hade dock ingen möjlighet att tillträda Brysselkonventionen eftersom den endast var öppen för EG:s medlemsstater och genom GD:s tolkningsbehörighet utgjorde en del av EG:s rättssystem. I stället utformades *Luganokonventionen* som kom att gälla mellan EG:s medlemsstater och EFTA-staterna, samt mellan EFTA.-staterna (med undantag av Liechtenstein).[77] Luganokonventionen och Brysselkonventionen blev slutligen i stort sett identiska; det är främst reglerna rörande GD:s tolkningskompetens som skiljer de båda. Noterbart är att även länder utanför EU och EFTA under vissa omständigheter har möjlighet att ansluta sig till Luganokonventionen.[78]

Efter att båda konventionerna etablerats med gott resultat för det europeiska rättsliga samarbetet lade kommissionen 2000 fram ett förslag till moderniserade och delvis förbättrade regler.[79] Vid denna tidpunkt hade Amsterdamfördraget[80] trätt i kraft, vilket medförde att EU-staternas civilrättsliga samarbete (till vilket räknas regler om domstols behörighet och om verkställighet av domar) flyttats från unionens tredje till dess första pelare. Därmed blev det möjligt att utfärda reglerna i form av ett direktiv alternativt en förordning. Förslaget om moderniserade regler lades fram i form av ett förslag till förordning och denna – *Bryssel I-förordningen* – antogs efter vissa ändringar av EU-rådet i december 2002[81]. Reglerna i förordningen baseras i stor utsträckning på Brysselkonventionen och ett flertal bestämmelser har lämnats oförändrade. Sett till förordningens territoriella tillämpningsområde omfattas givetvis endast EU:s medlemsstater, dock med undantag av Danmark som genom särskilda förbehåll har valt att stå utanför det civilrättsliga samarbetet i EU.[82] I förhållande till Danmark gäller oförändrat Brysselkonventionen. Även Irland och Storbritannien har förbehåll liknande Danmarks. Detta förbehåll är dock så utformat, att det innehåller en ”opt in”-klausul som ger rätt att antaga och tillämpa rättsakter på det civilrättsliga området. Både Irland och Storbritannien har utnyttjat denna klausul avseende Bryssel I-förordningen som sålunda blivit gällande i dessa stater.[83]

---

[76] European Free Trade Association. Nuvarande medlemmar är Island, Liechtenstein, Norge och Schweiz.

[77] Luganokonventionen antogs den 16 september 1988. För en närmare beskrivning av tillblivelsen, se Jenard.

[78] Se art. 60 c) och art. 62.1.b). Möjligheten har endast utnyttjats av Polen vars anslutning trädde i kraft den 1 februari 2000. Genom det fullvärdiga medlemskapet i EU omfattas Polen numera också av Bryssel I-förordningens bestämmelser.

[79] Ett ursprungligt förslag, KOM (1999) 348 slutlig, genomgick vissa förändringar i enlighet med Europaparlamentets önskemål. Det ändrade förslaget, KOM 2000 (689) slutlig, lades fram i oktober 2000.

[80] Amsterdamfördraget ingicks mellan EU:s medlemsstater 1997 och trädde i kraft den 1 maj 1999.

[81] Rådets förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. Förordningen är publicerad i EGT 2001 L 12/1 och trädde i kraft den 1 mars 2002.

[82] Danmark är enligt vissa protokoll knutna till Amsterdamfördraget undantaget från bl.a. tillämpningen av avdelning IV i tredje delen av EG-fördraget. Om särskilda konsekvenser av detta, se *Arnt Nielsen (2002)*.

[83] Se vidare *Arnt Nielsen (2002)*), s. 168 f., och *Pålsson (2002)*, s. 26 f.

Nuvarande status angående Bryssel-/Luganoreglerna giltighet och tillämpning är sammanfattningsvis följande:

- Bryssel I-förordningen gäller mellan samtliga EU-stater med undantag av Danmark.
- Brysselkonventionen i sin senaste utformning gäller samtliga förhållanden mellan Danmark och de övriga EU-staterna.
- Luganokonventionen gäller mellan EFTA-staterna och EU-staterna. Dessutom gäller Luganokonventionen mellan EFTA-staterna.

För svensk del gäller Luganokonventionen som svensk lag sedan 1993.[84] Brysselkonventionen i sin senaste lydelse införlivades med svensk lag 1998,[85] men förutom i förhållandet till Danmark gäller som sagt numera Bryssel I-förordningen i stället.[86]

Som framgår av konventionernas och förordningens namn regleras såväl frågor om domstols behörighet som frågor om erkännande och verkställighet. Det rörde sig alltså redan från Brysselkonventionens början om ett slags dubbel konvention (*eng. double treaty*) med en rad fördelar för konventionsstaterna. Till dessa hör bl.a. att vissa nationella behörighetsregler, tillkomna i syfte att skapa behörighet vid det egna landets forum och därmed favorisera inhemska borgenärer vid dessas käromål, inte längre är nödvändiga.[87]

I fortsättningen kommer ”konventionen” att användas för att beteckna Bryssel- och Luganokonventionerna, medan med ”förordningen” kommer att avses Brysselförordningen. Med termen ”Bryssel-/Luganoreglerna” menas reglerna i samtliga tre regelverk.

5.2.2 De relevanta bestämmelserna

För en mera ingående beskrivning och analys av bestämmelserna i Bryssel-/Luganoreglerna hänvisas till de rikhaltiga kommentarerna på området.[88] Nedan följer endast en kort presentation av de bestämmelser som är relevanta för och kommer att avhandlas i den fortsatta studien.

Bestämmelserna om domstols behörighet i Bryssel-/Luganoreglerna är begränsade till fall då svaranden har hemvist i en stat som omfattas av reglerna. Huvudprincipen i art 2 innebär att talan mot den som har hemvist i en annan förordnings- eller konventionsstat skall väckas vid domstol i den staten (*actor sequitur forum rei*). Det finns undantag från regeln. I vissa fall då

---

[84] Lag (1992:794) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Luganokonventionen (ny rubrik införd genom SFS 1998:364) med konventionstexten som bilaga.

[85] Lag (1998:358) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Brysselkonventionen (med konventionstexten som bilaga). Lagen trädde i kraft 1 januari 1999.

[86] Enligt art. 249 i EG-fördraget är förordningar direkt gällande i varje medlemsstat, varför någon särskild inkorporeringslag inte behövs.

[87] Ett exempel på ett sådant s.k. exorbitant forum i svensk rätt utgör allmänt förmögenhetsforum, 10 kap. 3§ 1 st. RB, vari stadgas att ”Den som icke äger känt hemvist inom riket må i tvist rörande betalningsskyldighet sökas där honom tillhörig egendom finnes.”

[88] Se t.ex. *Jenard (1979a)*; *Jenard (1979b)*; *Jenard & Möller*; *Pålsson (2002)*; *Philip (1994)*; *Kropholler (2002).*

föremålet för tvisten har nära samband med en annan sådan stat ges käranden möjlighet att väcka sin talan vid forum där. Sålunda öppnar art. 5.1 för att talan kan väckas på uppfyllelseorten (*forum solutionis*) och art. 5.5 för att talan kan väckas vid en eventuell etableringsort.

Vidare finns det särskilda regler för konsumenttvister, för konventionens del i art. 13-15 och för förordningens del i art. 15-17. Intentionen med dessa regler är att tillförsäkra konsumenter visst skydd genom att i konsumenttvister tillerkänna domstolar i konsumentens hemvistland behörighet i en högre utsträckning än annars. En konsument riskerar därmed sällan olägenheten att behöva söka sig till domstolar i utlandet. De för konsumenten förmånliga reglerna gäller dock endast under vissa förutsättningar.

För det fall parterna så önskar kan de på egen hand ingå avtal om domstols behörighet. Konventionens art. 17 och förordningens art. 23 reglerar de närmare förutsättningarna för sådana avtal.

5.2.3 Tolkning av reglerna

Gemensamt för reglerna är betoningen på en autonom och för respektive regelverk enhetlig tolkning. Rent praktiskt tar detta sig uttryck på olika sätt.

Brysselkonventionen kompletterades som ovan nämnts 1971 av ett protokoll (Luxemburgprotokollet) som trädde i kraft 1 september, 1975 och därmed gav GD behörighet att tolka konventionen. GD har direkt givit uttryck för att konventionen har företräde framför nationell rätt.[89] Vidare har GD slagit fast att många av de begrepp som uppträder i såväl konventionen som i konventionsstaternas interna rättsordningar skall tolkas autonomt vid tillämpning av konventionens regler, dvs. begreppen skall förstås självständigt, utan bindning till den enskilda konventionsstatens tidigare tolkning och förståelse.[90] Endast på så sätt kan en för konventionen i alla konventionsstaterna gemensam tolkning och tillämpning uppnås.

Det finns dock undantag från huvudprincipen om autonom tolkning. Så hänvisar konventionstexten t.ex. i vissa fall till att somliga begrepp skall förstås enligt nationell rätt – vid frågan om part har hemvist i den konventionsstat där målet är väckt skall domstolen t.ex. tillämpa sin egen lag, se art. 52 (jfr förordningen art. 59.1 som har samma reglering avseende fysiska personers hemvist). Begreppet hemvist i detta sammanhang skall således inte tolkas autonomt. Vidare har GD i sin praxis påpekat att trots att autonom tolkning är att föredra så måste valet mellan autonom tolkning och referens till nationell rätt företas separat för varje enskild bestämmelse i konventionen.[91]

Bryssel I-förordningen är en gemenskapsrättsakt, varför GD:s tolkningsbehörighet följer direkt av EG-fördragets art. 234 (f.d. art.177). Någon självständig behörighetsförklaring liknande Luxemburgprotokollet för Brysselkonventionen är således inte nödvändig. Vid jämfö-

---

[89] Se bl.a. Duijnstee v. Goderbauer, 1983 ECR 3663, ingresspunkt 14.

[90] *Pålsson (2002)* s. 37 f. Se även Mulox v. Geels, 1993 ECR I-4075, ingresspunkterna 10-11 vari GD uttalar sina preferenser för autonom tolkning rent generellt.

[91] Tessili v. Dunlop, 1976 ECR 1473, punkterna 10-11. Jfr *Pålsson (2002)*, s. 38.

relsen mellan Luxemburgprotokollet och art. 234-förfarandet framträder vissa principiella skillnader angående den utsträckning i vilken förhandsavgöranden och tolkningsbesked kan inhämtas från GD, men i huvudsak torde de principer som präglat tolkningen av Brysselkonventionen fortsatt gälla vid tolkningen av Bryssel I-konventionen.[92]

Luganokonventionen skall också tolkas och tillämpas så enhetligt som möjligt. Eftersom GD av naturliga skäl inte tilldelats någon tolkningsbehörighet så vitt avser denna konvention har det uttalade målet måst säkras på annat sätt. Detta har skett genom det till konventionen fogade protokoll nr. 2 om en enhetlig tolkning av konventionen. Såväl EG- som EFTA-staterna har i samband med detta protokoll deklarerat att de har för avsikt att leva upp till syftet.

Eftersom Luganokonventionen tillkommit med Brysselkonventionen som förebild blir det i praktiken naturligt att GD:s tolkningsavgöranden rörande den sistnämnda i mycket stor utsträckning påverkar tolkning och tillämpning av Luganokonventionen. De avgöranden som meddelats av GD rörande tolkning av Brysselkonventionen fram till underskrivandet av Luganokonventionen (16 september 1988) skall, enligt preambeln till nämnda protokoll vara vägledande för hur reglerna i även Luganokonventionen skall förstås. Eftersom Luganokonventionen och Brysselkonventionen skall tolkas så enhetligt som möjligt kommer GD:s avgöranden meddelade efter nämnda datum också att beaktas, dels pga. det ovan nämnda protokoll nr. 2 om enhetlig tolkning av konventionen, dels eftersom dessa avgöranden leder till enhetlighet inom EU och därmed inom en klar majoritet av de till Luganokonventionen anslutna staterna. Dessutom har Luganostaterna i en till Luganokonventionen fogad deklaration förklarat att när de tolkar konventionen skall de ta ”tillbörlig hänsyn till avgöranden som har meddelats av gemenskapsdomstolen och av domstolarna i de stater som är medlemmar i de Europeiska gemenskaperna i fråga om bestämmelser i Brysselkonventionen som i allt väsentligt har återgivits i Luganokonventionen”. Även EG-staterna har i en liknande, även den till konventionen fogad, deklaration meddelat att även de ”anser det vara lämpligt att gemenskapsdomstolen, när den tolkar Brysselkonventionen, tar tillbörlig hänsyn till avgöranden som meddelats enligt Luganokonventionen.”

För att kunna ta hänsyn till domar meddelade i annan konventionsstat har man kommit överens om att informera varandra om avgöranden som meddelats enligt de bägge konventionerna. Detta informationsutbyte baseras på ett samarbete mellan vissa myndigheter i konventionsstaterna och en centralmyndighet, vilken utgörs av justitiesekreteraren vid GD.

Några förändringar rörande tolkningen av reglerna och samspelet mellan regelverken torde inte förorsakas av Bryssel I-förordningens tillkomst. I ingresspunkt 19 till förordningen uttrycks att ”Kontinuiteten mellan Brysselkonventionen och denna förordning bör säkerställas” samt att det måste råda kontinuitet ”när det gäller GDs tolkning av bestämmelserna i Brysselkonventionen”.

---

[92] *Pålsson (2002)* s. 41 f.

5.3 Svensk domsrätt vid avsaknad av lagfästa behörighetsregler

Vid de tillfällen då Bryssel-/Luganoreglerna inte är direkt tillämpliga saknas i här aktuella fall lagfästa regler för fastställande av svensk domsrätt. Härvid är man hänvisad till en, varsamt utövad, analog tillämpning av andra forumregler. Av särskilt intresse i detta sammanhang är HD:s uttalande i rättsfallet NJA 1994 s. 81 om att Luganokonventionen fick anses ”ge uttryck för vad som numera är internationellt vedertagna principer i fråga om kompetenskonflikter mellan domstolar i olika länder”.[93] I dag gäller Bryssel I-förordningen och det finns ingenting som talar mot att denna i nuläget skulle kunna tjäna som vägledande regelverk avseende svensk domstols behörighet. En begränsning synes emellertid ligga i att det endast kan ske i utvidgande syfte – någon bevekelsegrund för en eventuell inskränkning av svensk domstols behörighet grundad på förordningen tycks inte vara för handen.[94] Någon möjlighet att även tillämpa Bryssel I-förordningens bestämmelser om erkännande och verkställighet analogt existerar inte.[95]

Tidigare, dvs. innan de lagfästa behörighetsreglerna trätt i kraft, var det de interna svenska forumreglerna i 10 kap. RB som bildade utgångspunkt vid eventuella analogiresonemang. Redan vid dessa reglers tillkomst noterades att något allmänt forum för svarande, som ägde hemvist utom riket, inte anvisades av reglerna. I stället gällde för sådan svarande att svensk domstols behörighet var beroende av om någon bestämmelse i 10 kap. RB var tillämplig.[96] Även fortsättningsvis torde reglerna i RB 10 kap. utöva ett visst inflytande, låt vara att de nämnda rättsfallen medför att det blir i en mindre omfattning.

5.4 Jurisdiktion i amerikansk rätt

5.4.1 Bakgrund

Föreliggande avsnitt har inte för avsikt att utgöra en uttömmande redogörelse för jurisdiktionsproblematiken i det amerikanska rättsväsendet som helhet, utan meningen är att enbart presentera de grundläggande tankegångar som är nödvändiga för att vissa jämförelser med svenska och europeiska bestämmelser skall kunna genomföras.

Inledningsvis skall några för det amerikanska rättsväsendet utmärkande detaljer presenteras. Med tanke på att USA utgör en federal statsbildning, bildad av delstater med mer eller mindre från varandra avvikande rättssystem, är det nödvändigt att beakta att ”amerikansk rätt” inte utgörs av någon sammanhängande helhet. Vid jurisidiktionsfrågor uppvisar dock delstaternas bestämmelser inbördes stora likheter, varför dessa tillsammans med federala

---

[93] Jfr AD 1995 nr 120, i vilket arbetsdomstolen ger uttryck för samma inställning.

[94] *Pålsson (2001)*, s. 796, argumenterar för att HD:s uttalande i NJA 1994 s. 81 skall ha effekt också när det är fråga om inskränkning av svensk domsrätt. HD har, när tillfälle givits, emellertid inte givit uttryck för att så skulle vara fallet.

[95] *Bogdan (2004)*, s 113 f.

[96] Se NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap. , s. 97.

bestämmelser kan bilda underlag för jämförelser. Tolkningen av nämnda bestämmelser framgår i huvudsak av ledande rättsfall.

Den federala statsbildningen medför också att domstolssystemet är invecklat. I huvudsak kan man tala om två domstolssystem, dels det som representeras av delstaternas respektive interna organisation, dels det federala domstolssystemet.[97] Det sätt, på vilket delstaternas rättssystem är organiserat, skiljer sig åt från stat till stat. I huvuddrag kan man dock konstatera några grundläggande likheter. För det första har, helt naturligt, domstolarna jurisdiktion att ta upp en talan rörande en sak- eller ett personförhållande som faller inom respektive delstats geografiska gräns. För det andra, och mer intressant för innevarande arbete, finns också bestämmelser om när och hur domstolarna är behöriga att behandla frågor som rör gränsöverskridande förhållanden. Även utformningen av dessa bestämmelser, s.k. *long-arm statutes*, skiljer sig åt mellan delstaterna.

I processen görs det åtskillnad mellan fall där domstolens behörighet grundar sig på ett förhållande som hänför sig till en person, *personal jurisdiction,* eller vanligare, *in personam jurisdiction* och fall där behörighet grundar sig på förhållande som hänför sig till egendom, *in rem jurisdiction* eller *quasi in rem jurisdiction*.[98] Uppdelningen tycks ha sin bakgrund i det första fallet av större betydelse för jurisdiktionsproblematiken efter antagandet av det fjortonde tillägget till den amerikanska konstitutionen, *Pennoyer v. Neff*.[99] Här fastslogs de två grundläggande principerna "*that every State possesses exclusive jurisdiction over persons and property within its territory*" samt "*that no State can exercise direct jurisdiction and authority over persons and property without its territory*". Mot bakgrund av dessa territorialitetsprinciper har uppdelningen mellan *in personam jurisdiction* och *in rem jurisdiction* beskrivits på följande sätt:[100]

> "According to Pennoyer's territorial theory, judicial jurisdiction was classified as either in personam or in rem, with in rem jurisdiction subdivided into pure in rem or quasi in rem. Judgments in personam bound the persons who were before the court that rendered the judgment. Judgments classified as pure in rem were said to bind all interests in the things upon which the court acted. Judgments quasi in rem were binding only upon the interests in the res claimed by persons who were parties in the very proceeding."

De båda *in rem*-kategorierna medför således att en delstats domstolar är behöriga, trots avsaknad av *personal jurisdiction* över de personer vars intressen berörs, att avkunna domar som rör nämnda personers intressen i viss egendom så länge den behandlade egendomen befinner sig inom den aktuella statens territorium. Vid *quasi in rem*-fall är behörigheten begränsad till de intressen som åberopats av de personer som uppträder som parter i rättegången.

Trots att det föreligger olikheter mellan såväl delstaternas respektive domstolssystem som i dessas förhållande till det federala systemet kan man, grovt förenklat, säga att domstolarnas

---

[97] För en introducerande presentation av den amerikanska domstolsorganisationen, se t.ex. *Berch et al.*, s. 53 ff. En förenklad översikt tillhandahålls av *Spang-Hansen*, s. 17 ff. och s. 390.

[98] Behörigheten kan också beskrivas som *Jurisdiction over the person* respektive *Jurisdiction over the the thing*.

[99] 95 U.S. 714 (1878).

[100] *McDougal et al.*, s. 43. Jfr även *Scoles & Hay*, s. 224 ff. respektive 234 ff.

behörighet att ta upp en talan mot en svarande utanför den egna staten är beroende av om tre förutsättningar är för handen. Inledningsvis måste det i domstolsstaten finnas en *long-arm statute* som etablerar behörighet i det aktuella fallet. Om så är fallet skall domstolen fortsättningsvis undersöka huruvida behörigheten är i överensstämmelse med de federala reglerna om *due process*. Dessa bestämmelser återfinns i det nyss nämnda fjortonde tillägget och är utformade bl.a. för att tillförsäkra den svarande möjligheter att försvara sig.[101] I fallet *Pennoyer* var kriteriet att svarandens förfarande betydde att han "*had been doing business*" i domstolsstaten, varför så väl rekvisiten i *the long-arm statute* som reglerna om *due process* var uppfyllda. Vid tillfällen då så är fallet får domstolen avslutningsvis pröva om den i övrigt är lämpad att ta upp den berörda talan. Utöver ovan nämnda prövningar finns det under vissa förutsättningar ytterligare begränsningar för domstolens behörighet. Hit räknas bl.a. klausuler med prorogations- eller derogationsverkan och fall då domstolen avvisar talan med hänvisning till bestämmelsen om *forum non conveniens*, antingen grundat på svarandens invändning eller på eget initiativ.[102]

Det är av vikt att särskilt betona prorogationsklausulernas betydelse i den amerikanska internationella processrätten. Dessa accepteras i stor utsträckning och även i konsumentsammanhang, något som leder till att spörsmål rörande jurisdiktion i inomkontraktuella förhållanden ofta finner sin lösning i det föreliggande avtalet.

5.4.2 Doktrinen om minimum contacts

I det kanske mest omtalade och vägledande rättsfallet rörande jurisdisktionsfrågor, *International Shoe Co. v. Washington*[103], frångick högsta domstolen i USA*, the Supreme Court,* de i fallet *Pennoyer* fastslagna territorialitetsprinciperna och antog en ny rimlighetsbedömning avseende tillämpningen av bestämmelserna om *due process*. Frågan om svarandens agerande kunde kvalificeras som "*doing business*" i domstolsstaten i enlighet med *Pennoyer*-principerna besvarades inledningsvis nekande. Svaranden hade nämligen endast via ombud tagit emot beställningar på en framvisad skokollektion, men avtalet slöts slutgiltigt från en annan stat från vilken dessutom leveransen av skorna företogs. Trots detta menade *the Supreme Court* att domstolen i Washington var behörig. I domskälen återfinns uttalanden som har blivit flitigt citerade och legat till grund i flera efterföljande domar.[104] Domstolen konstaterade först och främst att även om svaranden inte ansågs "*had been doing business"* i Washington så var hans aktiviteter där tillräckliga för att

> "establish sufficient contacts or ties with the state of the forum to make it reasonable and just according to our traditional conception of fair play and substancial justice to permit the state to enforce the obligations which appellant has incurred there".

---

101 *McDougal et al.*, s. 49.

102 *Scoles & Hay*, s. 360 ff.; *McDougal et al.*,s. 145 ff.

103 326 U.S. 310 (1945).

104 *McDougal et al.*, s. 49.

Genom domen etablerades också begreppet "*minimum contacts*" genom följande uttalande:

> "…due process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend "traditional notions of fair play and substancial justice"".

Genom dessa uttalanden anses *the Supreme Court* ha etablerat en två stegs-prövning vid fastställandet av huruvida en delstats domstolar var behöriga att ta upp en talan mot en främmande svarande. Det första steget är att undersöka fakta i målet för att klargöra huruvida de aktiviteter som svaranden har företagit är av sådan art, att de rättfärdigar att domstolen anser sig ta upp ett på desamma grundat käromål. Någon generell vägledning rörande vilka kriterier som skall läggas till grund för en sådan undersökning kan inte ges – de enskilda omständigheterna får bedömas bl.a. med hänsyn till respektive delstats interna lagstiftning. Om en svarande vid denna första prövning anses ha tillräcklig kontakt med staten ifråga, skall domstolen genomföra det andra steget och avgöra huruvida utövandet av jurisdiktion i fallet "*will offend traditional notions of fair play and substancial justice*". Denna fras har en tämligen abstrakt prägel och dess egentliga innehåll har följdenligt blivit omdiskuterat.[105] Efter fallet International Shoe har the Supreme Court i ett antal avgöranden utvecklat *minimum contacts*-doktrinen och den tillhörande två stegs-prövningen, en process som synes ständigt pågående och som inte minst genom den elektroniska handeln kommit att kompliceras ytterligare.

5.4.3 General and specific jurisdiction

Efter det vägledande fallet *International Shoe* har utvecklingen av jurisdiktionsfrågorna lett till att domstolarna skiljer mellan två olika slags *personal jurisdiction*, nämligen *general* respektive *specific jurisdiction*.[106]

Skillnaden mellan de två jurisdiktionsformerna ligger främst i att frågan om behörighet föreligger eller ej besvaras genom två olika bedömningsgrunder. För att en domstol skall ha general jursidiction krävs att svaranden har haft "*systematic and continuous contacts*" med den berörda delstaten.[107] Dessvärre har *Supreme Court* ännu inte givit uttryck för vilka kriterier som skall vara uppfyllda för att denna form av kontakter skall anses uppfyllda. I doktrinen tycks uppfattningen under alla förhållanden vara att det krävs en mera omfattande aktivitetsnivå för att *general jurisdiction* skall föreligga än vad som krävs för att domstolen skall vara behörig enligt principen om *specific jurisdiction*.

För att *specific jurisdiction* skall föreligga har Supreme Court i kölvattnet efter *International Shoe* genom ytterligare några rättsfall givit uttryck för vilka krav som skall vara uppfyllda för att en domstols behörighet skall vara i överensstämmelse med de federala bestämmelserna om *due process*. Det ledande fallet är *Burger King Corp. v. Rudzewicz*[108] där tvåstegsprövningen

[105] Se t.ex. *Cramton et al.*, s. 335; *McDougal et al.*, s. 51 och *Berch et al.*, s. 194 ff.

[106] *Cramton et al.*, s. 366; *McDougal et al.*, s. 55.

[107] Se fallet från *Supreme Court* Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall, 466 U.S. 408 (1984).

[108] 471 U.S. 462 (1985).

formulerades på så sätt, att först undersökte domstolen om svaranden hade ”*purposefully established minimum contacts*” med forumstaten. Genom en prövning av om ett ”*purposeful availment*” av något slag föreligger ges såväl svaranden som andra potentiella svarande en rimlig förvarning om att aktiviteter av ett visst slag kan medföra att den statens domstolar blir behöriga. Det andra steget innebär att man tillämpar ”*the reasonableness test*”. Enligt denna skall fem förhållanden utvärderas: 1) olägenheten för svaranden att svara inför den berörda domstolen, 2) forumstatens intresse i att döma i tvisten, 3) klagandens intresse av att erhålla passande och effektivt stöd, 4) det mellanstatliga jurisdiktionssystemets intresse av effektiva tvistlösningsmetoder samt 5) delstaternas gemensamma intresse av att utveckla grundläggande sociala principer (*furthering substantive social policies*).[109]

De två stegen i tvåstegsprövningen kompletterar varandra. I *Burger King*-fallet klargjorde domstolen att om en ”*purposeful contact*” kan konstateras enligt första steget ställs stora krav på svarandens invändningar för att ”*the reasonableness test*” skall medföra att domstolen trots allt inte är behörig. Domstolen menade vidare att det andra steget kunde ”*establish the reasonableness of jurisdiction upon a lesser showing of minimum contacts than would otherwise be required*”.

I förevarande arbete skall endast frågan om hur behörigt forum skall utses vid elektronisk handel besvaras. Detta innebär att det i huvudsak är tvister mellan två parter som på elektronisk väg ingått en transaktion som berörs. Därför kommer fortsättningsvis endast frågor om *specific personal* jurisdiktion att beröras.

6 LAGVAL

6.1 Inledning

Varje förmögenhetsrättsligt avtal anses vara underkastat ett visst lands lag och denna lag utgör det så kallade avtalsstatutet (*lex obligationis* eller *lex contractus*). Problemet är att fastställa vilket av de rättssystem som på något sätt anknyter till det tvistiga rättsförhållandet som skall utgöra avtalsstatut.

Vid elektronisk handel är det framför allt två regelverk som aktualiseras, nämligen Lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL) samt Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen).

[109] *McDougal et al.*, s. 57 f.

6.2 IKL

6.2.1 Allmänt

IKL bygger på Konventionen om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker som ingicks i Haag 1955.[110] Lagen är tillämplig i förhållande till världens alla rättssystem så länge avtalet om köp av lös sak är av internationell karaktär.[111]

I 1 § 2 st. listas vissa typer av köp som ligger utanför lagens tillämpningsområde, bland annat köp av registrerade fartyg och luftfartyg samt köp av värdepapper. Sedan Romkonventionen införlivades med svensk lag är dessutom konsumentköp undantaget från IKL:s tillämpningsområde.[112] Romkonventionen är i och för sig subsidiär till andra konventioner som en konventionsstat ingått eller kommer att ingå, vilket för svensk del innebär att IKL, som är baserad på 1955 års Haagkonvention om internationella köp, generellt har företräde framför Romkonventionens regler. Haagkonferensens fjortonde session år 1980 antog emellertid en deklaration som innebar att de till nämnda Haagkonvention anslutna staterna fritt fick tillämpa särskilda lagvalsregler för konsumentköp, utan att för den skull göra sig skyldiga till brott mot Haagkonventionens regler.[113]

Sverige har utnyttjat deklarationens möjligheter och har genom lag (1998:169) infört en bestämmelse i 1§ 2 st. IKL om att konsumentköp undantas från lagens tillämpningsområde.

6.2.2 Fastställande av avtalsstatutet enligt IKL

Huvudprincipen är att parterna har rätt att utnyttja partsautonomin, dvs. komma överens om att lagen i visst land skall tillämpas på köpet, 3 §. Skulle överenskommelsens civilrättsliga giltighet bli föremål för tvist, löses denna utifrån lagen i det land som fastslagits i överenskommelsen, se 3 § 2 st.

Om parterna inte utnyttjat möjligheten att välja tillämplig lag så är utgångspunkten i 4 § att lagen i det land, där säljaren hade hemvist då han mottog beställningen, finner tillämpning. I de fall då säljaren mottar beställningen vid ett fast driftställe i ett annat land så tillämpas dock lagen i detta land. Om säljaren eller hans representant mottar beställningen i det land där köparen har hemvist eller ett fast driftställe, från vilket beställningen görs, då är det lagen i nämnda land som skall appliceras på köpet.

Även köp på börs eller auktion ger upphov till undantag från huvudregeln om att lagen i säljarens land skall tillämpas. I stället tillämpas lagen i det land där börsen befinner sig eller auktionen ägde rum. Lagvalsregleringen i 3 och 4 §§ är utan undantag. Varken lagen eller den

---

[110] Konventionen är ratificerad av Belgien, Danmark, Finland, Frankrike, Italien, Norge, Schweiz, Sverige samt, som enda utomeuropeiska land, Nigeria.

[111] Jfr 1 § 1 st. Vad som bör läggas i begreppet internationell karaktär är något ovisst. Se Prop. 1964:149, s. 12; *Bogdan (2004)*, s. 266; *Lando (1981)*, s. 291; *Philip (1976)*, s. 324 f.

[112] Jfr IKL 1 § 2 st. 4 p.

[113] Act.Doc. La Haye 14 (1980) II s. 180.

bakomliggande Haagkonventionen tillåter ett användande av den individualiserande metoden eller andra lösningsmodeller om närmast anknytning vid fastställande av tillämplig lag.[114]

6.3 Romkonventionen

6.3.1 Allmänt

Romkonventionen innehåller lagvalsregler för kontraktsrättsliga förpliktelser och antogs år 1980 av EG:s dåvarande medlemsstater.[115] Genom inträdet i EU 1995 har Sverige förbundit sig att tillträda konventionen och de två tilläggsprotokoll[116] om GDs tolkningsrätt som hör till densamma och så skedde också 1 juli 1998.[117]

Konventionen är indelad i tre avdelningar. Avdelning I (artiklarna 1-2) behandlar konventionens tillämpningsområde, avdelning II (artiklarna 3-22) de enhetliga reglerna och avdelning III (artiklarna 23-33) slutbestämmelserna.

Enligt artikel 1.1 är konventionens regler tillämpliga på avtalsförpliktelser vid samtliga tillfällen då det uppkommer en valsituation mellan rättsordningar i olika länder. Vissa undantag finns dock angivna i artikel 1.2 och 1.3, till exempel omfattar reglerna inte fysiska personers familjerättsliga ställning, rättskapacitet eller rättsliga handlingsförmåga, testamente eller makars förmögenhetsförhållanden, förpliktelser grundade på familjeförhållanden, negotiabla värdepapper, skiljedoms- eller prorogationsavtal, bolagsrätt, mellanmansrätt, bevis- och processfrågor m.m.

Enligt artikel 2 skall konventionens regler alltid användas av en konventionsstat om det föreligger en valsituation mellan lagarna i två eller flera rättssystem, oavsett om något av rättssystemen tillhör en konventionsstat eller ej.

I artikel 10 stadgas vad den lag, som med stöd av konventionens regler är tillämplig på själva avtalet, *särskilt* skall reglera – det är således inte fråga om en uttömmande uppräkning. Enligt avtalsstatutet behandlas sålunda frågor som rör: a) tolkning; b) fullgörelse; c) inom gränserna för domstolslandets processregler - följderna vid avtalsbrott (inklusive uppskattning av skada, i den omfattning sådan uppskattning regleras av rättsregler); d) olika sätt på vilka förpliktelser kan upphöra, till exempel preskription och preklusion; e) följder av avtals ogiltighet.

---

[114] Med den individualiserande metoden förstås att avtalsstatutet fastställs genom att de i avtalet ingående omständigheterna studeras och tillåts utpeka det land, till vilket avtalet har närmast anknytning. Jfr Romkonventionen art. 4.1.

[115] Konventionen trädde i kraft den 1 april 1991 efter att ha ratificerats av sju stater, jfr. artikel 29. Vid årsskiftet 1994/95 hade samtliga dåvarande EU-medlemsstater tillträtt konventionen. Konventionen har en officiell kommentar, se *Giuliano, M & Lagarde, P.*; Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. Allmänt om konventionen, se även Prop. 1997/98:14; *Kaye*; *Plender & Wilderspin*; *Philip (1994)*; *Pålsson (1998)*; *Pålsson (1980)*; *Bogdan (1982)*.

[116] Vid utformandet 1988 undertecknades tilläggsprotokollen av samtliga dåvarande EG-medlemsstater, men de har ännu ej trätt i kraft, emedan de ej ratificerats av samtliga stater. Se t.ex. Prop. 1997/98:14 s. 13, 107 och 121och *Pålsson (1998)*, s. 16 ff.

[117] Se lag (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

Konventionen skall enligt art. 20 inte inverka på ”tillämpningen av bestämmelser som på särskilda områden fastställer lagvalsregler för avtalsförpliktelser och som ingår i eller kommer att ingå i rättsakter utfärdade av Europeiska gemenskapernas institutioner eller i nationella lagar som harmoniserats för genomförande av sådana rättsakter”.

Vidare är konventionen enligt art. 21 subsidiär till andra konventioner som en konventionsstat har tillträtt eller kommer att tillträda. För svensk del är det främst 1955 års Haagkonvention och därmed IKL som berörs.

6.3.2 Fastställande av avtalsstatutet enligt Romkonventionen

Utgångspunkten i konventionen är att parternas avtal om tillämplig lag skall respekteras, artikel 3.1-3.2. Denna utgångspunkt om erkännande av partsautonomi är underkastad vissa undantag som framför allt berör situationer då parternas lagval medför åsidosättande av tvingande regler i det land vars lag naturligen borde utgjort avtalsstatut, se bland andra artikel 3.3, artikel 5.2. rörande vissa konsumentavtal samt art. 6.1 om individuella anställningsavtal

Vid de tillfällen då överenskommelse om tillämplig lag saknas eller är ogiltig blir avtalet underkastat det lands lag som avtalet har närmast anknytning till, artikel 4.1. Principen bygger på att det görs en avvägning mellan avtalets samtliga relevanta moment för att fastställa vilket lands lag som utgör den starkast naturliga anknytningen. I artikel 4.2 återfinns emellertid en presumtionsregel som säger att avtalet skall antas ha sin närmaste anknytning till det land där den part som skall utföra den prestation som är karakteristisk för avtalet har sin vanliga vistelseort vid avtalsslutet eller om det är fråga om en juridisk person, sin centrala förvaltning. Med den prestation som sägs karaktärisera avtalet menas vanligen den avtalsprestation som skall utföras in natura.

Vidare i artikel 4.2 stadgas att om avtalet skulle ingås som ett led i nämnda parts affärs- eller yrkesverksamhet, anses avtalet ha närmast anknytning till det land där det huvudsakliga verksamhetsstället är beläget eller, om enligt avtalet prestationen skall fullgöras från ett annat verksamhetsställe, det land där detta andra verksamhetsställe är beläget.

För det fall den karakteristiska prestationen inte kan bestämmas faller presumtionsregeln i artikel 4.2 naturligt bort. Detsamma gäller för det fall då omständigheterna visar att avtalet, presumtionen till trots, har en starkare anknytning till ett annat land, allt enligt artikel 4.5.

Konsumenter åtnjuter i vissa situationer, uppräknade i artikel 5.2, det skydd som reglerna i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort berättigar till, oavsett om överenskommelse om annan lag enligt artikel 3 har ingåtts. Saknas lagval i avtalet, så skall heller inte artikel 4 användas i de situationer som anges i artikel 5.2; även då skall konsumenten åtnjuta vistelselandets konsumentsskyddsregler. De situationer som omfattas av särskilda regler är följande:

1. Om, i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort, avtalet har föregåtts av ett särskilt riktat anbud till konsumenten eller av annonsering därstädes och konsumenten där vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna.

> 2. Om motparten eller dennes representant har mottagit konsumentens beställning i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort.
>
> 3. Om avtalet rör försäljning av varor och konsumenten reste från det land, där han har sin vanliga vistelseort, till ett annat land och gjorde sin beställning där, förutsatt att konsumentens resa arrangerades av säljaren för att förmå konsumenten att köpa.

I artikel 7 återfinns en omdiskuterad bestämmelse om internationellt tvingande regler.[118] Enligt art. 7.1 kan en internationellt tvingande regel i ett land, till vilket rättsförhållandet har nära anknytning, tillerkännas verkningar trots att det landets lag inte utgör avtalsstatut. Det är upp till den behöriga domstolen att besluta huruvida en främmande stats internationellt tvingande regler skall beaktas eller ej. Vid sådant bedömande skall, enligt art. 7.1, reglernas ”art och syfte beaktas liksom följderna av att de tillämpas eller inte tillämpas”. Bestämmelsen i artikel 7.1 är således av fakultativ karaktär - domstolen avgör skönsmässigt om och i vilken utsträckning den främmande internationellt tvingande regeln skall beaktas. Artikel 7.2 ger domstolen rätt att använda internationellt tvingande regler i domstolslandets egen lag, oberoende av vilken lag som i övrigt utgör avtalsstatut.

Att artikel 7.1 är kontroversiell framgår även av att den är en av två konventionsbestämmelser som varje konventionsstat enligt artikel 22 har rätt att förbehålla sig rätten att inte tillämpa (den andra bestämmelsen är artikel 10.1.e om tillämplig lags räckvidd rörande följderna vid avtals ogiltighet). Enligt förarbetena var det emellertid inte nödvändigt att införa några reservationer från svensk sida.[119]

6.4 Lagval i amerikansk rätt

6.4.1 Bakgrund

Utpekandet av avtalsstatutet i amerikansk rätt har präglats av en mängd olika teorier som är beroende av de respektive delstaternas interna kollisionsregler så som de kommit till uttryck i ledande rättsfall.[120] Denna brokiga bakgrund har lett till diskussioner och försök att skapa gemensamma regler, men något sådant regelverk har ännu inte presenterats. Att redogöra för samtliga existerande teorier och deras eventuella betydelse för de frågor som kan vara relevanta för den elektroniska handeln låter sig inte göras inom ramarna för detta arbete, något egentligt behov därav synes heller inte föreligga. Mer intresseväckande är att se hur lagvalsproblematiken behandlas i de tre centrala rättskällor som präglar utformningen av delstaternas kollisionsregler och som i sammanhanget kan förmodas komma att vara av störst bety-

---

[118] Se bl.a. *Bogdan (1982)*, s. 37ff; *Giuliano, M & Lagarde, P.*; Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. , s. 26; *Hellner (2000)*, s. 310 ff.; *Philip (1994)*, s. 180 f.; *Plender & Wilderspin*, s. 183 ff.; *Pålsson (1980)*s. 164 f.; *Pålsson (1998)*, kap VII; Prop. 1997/98:14 s. 11 f., 14 ff samt 44 f.

[119] Hittills har Storbritannien, Irland, Tyskland, Luxemburg och Portugal förbehållit sig rätten att inte använda denna bestämmelse. Som motiv för att Sverige inte borde reservera sig framhölls att ”det inte finns anledning att tro annat än att domstolarna förmår tillämpa regeln ändamålsenligt” varför bestämmelsen kan ses som en tillgång i jakten på berörda tvisters rimliga utgång. Som en annan viktig omständighet nämns den nordiska rättslikheten - Danmark har inte reserverat sig och Finland har uttalat att bestämmelsen inte strider mot vad som redan gäller där, Prop. 1997/98:14 s. 15 f.

[120] För en översikt över de ledande teorierna hänvisas till t.ex. *McDougal et al.*, s. 325 ff.

delse när tillämplig lag skall fastställas vid elektronisk handel, nämligen *Restatement (Second) Conflict of Laws*, *Uniform Commercial Code* och *Uniform Computer Transactions Act*.

Nämnas bör också att eftersom USA har tillträtt CISG kommer detta regelverk att bli tillämpligt vid transaktioner som faller inom ramarna för dess bestämmelser. För svensk del torde det omfatta det stora flertalet transaktioner som rör t.ex. indirekt elektronisk handel och som inte är av konsumentkaraktär.

6.4.2 Restatement (Second) Conflict of Laws

Den roll som vägledande rättsfall spelar i amerikansk rätt torde vara välkänd. Mindre känt är förmodligen att det år 1923 grundade *American Law Institute*, en privat organisation som tillkom i syfte att arbeta för ”the improvement of the Law”[121] utgivit flera samlingar, *Restatements*, som kan sägas utgöra en slags fingerad lagtext på olika områden. Dessa *Restatements* är alltså ingen kodifiering i den mening att det finns någon förpliktelse för någon att följa dess innehåll, de återger snarare det rådande rättsläget inom de olika områdena.[122]

American Law Institute har givit ut två *Restatement Conflict of Laws*. Den första från 1934 bygger på sådana anknytningsmoment som den ort där avtalet ingicks eller den ort där prestationen skall utföras.[123] Den andra, *Restatement (Second) Conflict of Laws*[124], från 1971 anses beskriva ett modernare förhållningssätt till lagvalsproblematiken. Enligt denna äger parterna uttryckligen rätt att utnyttja partsautonomin. Skulle ett lagval saknas ges domstolen möjlighet att genomföra lagvalet utifrån en slags princip om närmaste anknytning (*most significant relationship*).[125] Även om reglerna inte är direkt utformade för den elektroniska handeln är de väsentliga, inte minst för att en majoritet av de amerikanska domstolarna förmodligen använder *Restatement (Second) Conflict of Laws* eller varianter därav i lagvalssammanhang.[126]

6.4.3 Uniform Commercial Code

En annan organisation är *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) som grundades år 1891. Organisationen representeras av ledamöter från delstaterna och vissa federala domstolar och har som syfte att utforma lagar på områden där ge-

---

[121] På institutets webbplats ges följande bakgrundbeskrivning: ”The American Law Institute was organized in 1923 following a study conducted by a group of prominent American judges, lawyers, and teachers known as "The Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law." The Committee had reported that the two chief defects in American law, its uncertainty and its complexity, had produced a "general dissatisfaction with the administration of justice."”, se www.ali.org (senast besökt 2004-09-09).

[122] *Bogdan (2003b)*, s. 145.

[123] För en presentation av dessa bestämmelser och därtill hörande problem, se t.ex. *Cramton et al.*, s. 20 ff.

[124] Den fullständiga titeln lyder: *Restatement of the Law, Second, Conflicts of the Law 2 d* och är samlad i tre volymer.

[125] För en presentation av denna princip och därtill hörande problem, se t.ex. *Cramton et al.*, s. 130 f. och *McDougal et al.*, s. 513 ff.

[126] *McDougal et al.*, s. 515.

mensam lagstiftning anses önskvärd.[127] Organisationen har utformat över 250 förslag till lagar och modellagar, vilka staterna sedan kan ta till sig helt eller delvis.

År 1952 utarbetade NCCUSL modellagen the *Uniform Commercial Code* (UCC). Tanken med lagen är bl.a. att skapa förenklade och moderniserade bestämmelser samt en ökad klarhet (i förhållande till det rådande common law-systemet) rörande ”*commercial transactions*” av alla slag.[128] Huruvida detta helt har lyckats kan diskuteras; lagen har förvisso införlivats i samtliga delstaters rätt, men eftersom formuleringen av lagtexten har kommit att skilja sig åt i de olika staterna är det knappast möjligt att tala om en uniform lagstiftning.[129]

UCC innehåller nio artiklar, varav den första reglerar General Provisions.[130] I denna artikel återfinns en huvudregel rörande lagvalet i § 1-105 (1):

> “Except as provided hereafter in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties. Failing such agreement this Act applies to transactions bearing an appropriate relation to this state.”

Ett av mera svårbedömda momenten rör lokutionen ”*an appropriate relation*”. Olika delstatsdomstolar tycks göra divergerande tolkningar och så mycket mera klarhet ges inte av varken bestämmelsen i sig eller av praxis. För att kunna ställa en säkrare diagnos om betydelsen av denna lagvalsregel är det nödvändigt att förhålla sig till varje enskild delstats praxis.[131] Ett annat problem är att det inte framgår av bestämmelsen vilken lag domstolen skall tillämpa då avtalet saknar an appropriate relation till forumstaten.

För att anpassa regelverket till den elektroniska handeln är UCC i skrivande stund under översyn.

6.4.4 Uniform Computer Information Transactions Act

I syfte att skapa en rättslig ram särskilt för transaktioner rörande digital infomation utformades *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA). Lagen tar alltså sikte på handel med digital information och berör därmed även licensavtal ingångna över Internet. Den ursprungliga tanken var att inkludera lagen som en ny artikel 2B i UCC, men på grund av att lagen är

---

[127] På organisationens webbplats återfinns följande presentation: “For more than a century, the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) has worked for the improvement of state laws by drafting uniform state laws on subjects where uniformity is desirable and practicable. It is a non-profit unincorporated association, comprised of state commissions on uniform laws from each state, the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico and the U.S. Virgin Islands. Now in its 113th year, the Conference is the oldest state governmental association and is the source of more than 250 uniform acts which seek to secure uniformity of state laws where diversity obstructs the interests of all the citizens of the United States.”, se www.nccusl.org (senast besökt 2004-09-09).

[128] Se UCC § 1-102 (2a).

[129] I vilken utsträckning de olika delstaterna tillämpar de olika artiklarna i UCC framgår av webbplatsen http://www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html (senast besökt 2004-09-09).

[130] De nio artiklarna behandlar följande områden: 1-General Provisions, 2-Sales, 2a-Leases, 3-Negotiable Instruments, 4-Bank Deposit, 5-Letters of Credit, 6-Bulk Transfers and Bulk Sales, 7-Warehouse Receipts , Bills of Lading and Other Documents of Title, 8-Investment Securities, 9-SecuredTransactions.

[131] Jfr. *Cramton et al.*, s. 92 f.

tämligen kontroversiell blev så aldrig fallet och lagen utgör nu ett självständigt instrument. Det faktum att lagen är kontroversiell får främst tillskrivas dess utformning – många menar att den är för omständligt formulerad och kritikerna menar att den genom att inte vara tillräckligt genomarbetad ej tillhandahåller den klarhet som vore önskvärd. Vidare har lagen kritiserats för att inte upprätthålla en eftersträvansvärd balans mellan licenstagare och licensgivare samt för att rent allmänt medföra sådana fördelar för mjukvaruindustrin att den är närmast konsumentfientlig.[132] UCITAs framtid får därmed betraktas som något osäker. Hittills har endast två delstater antagit lagen (Virginia och Maryland). Ytterligare ett tiotal stater har haft lagförslag baserade på UCITA på agendan, men i samtliga fall har förslagen röstats ned.

Trots denna osäkerhet är lagen intressant vad lagvalsproblematiken angår. Detta är första gången som lagvalsproblem rörande elektroniska transaktioner samt lösningar på sådana problem har formulerats i större omfattning. Lagvalsregeln har följande utseende:

> **SECTION 109. CHOICE OF LAW.**
>
> (a) The parties in their agreement may choose the applicable law. However, the choice is not enforceable in a consumer contract to the extent it would vary a rule that may not be varied by agreement under the law of the jurisdiction whose law would apply under subsections (b) and (c) in the absence of the agreement.
>
> (b) In the absence of an enforceable agreement on choice of law, the following rules determine which jurisdiction's law governs in all respects for purposes of contract law:
>
> (1) An access contract or a contract providing for electronic delivery of a copy is governed by the law of the jurisdiction in which the licensor was located when the agreement was entered into.
>
> (2) A consumer contract that requires delivery of a copy on a tangible medium is governed by the law of the jurisdiction in which the copy is or should have been delivered to the consumer.
>
> (3) In all other cases, the contract is governed by the law of the jurisdiction having the most significant relationship to the transaction.
>
> (c) In cases governed by subsection (b), if the jurisdiction whose law governs is outside the United States, the law of that jurisdiction governs only if it provides substantially similar protections and rights to a party not located in that jurisdiction as are provided under this [Act]. Otherwise, the law of the State that has the most significant relationship to the transaction governs.
>
> (d) For purposes of this section, a party is located at its place of business if it has one place of business, at its chief executive office if it has more than one place of business, or at its place of incorporation or primary registration if it does not have a physical place of business. Otherwise, a party is located at its primary residence.

Den avgjort mest intressanta är punkten b 3), som i likhet med *Restatement (Second) Conflict of Laws* ger uttryck för att den lag till vilken transaktionen har närmast anknytning (*the most significant relationship*), skall reglera avtalet. Vidare ger UCITA, till skillnad från UCC i dess nuvarande utformning, konsumenter ett visst skydd.

---

[132] För allmän information om UCITA, se t.ex. *Rustad & Daftary*, § 6.05 eller www.ucitaonline.com. För omfattningen av kritiken, se t.ex. www.ucita.com (båda senast besökt 2004-09-09) eller *Østergaard (2003)*, s. 181.

DEL II – NÅGRA GENERELLA INTERNATIONELLT PRIVAT- OCH PROCESSRÄTTSLIGA FRÅGOR VID ELEKTRONISK HANDEL

7 HEMVISTBEGREPPET OCH ELEKTRONISK HANDEL

7.1 Inledning

När gällande internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser skall tillämpas på förhållanden baserade på elektronisk handel så är det vissa frågor som utmärker sig, dels för att de rent generellt är svårbesvarade, dels för att de återkommer i samband med tillämpningen av flera bestämmelser. En sådan fråga rör vilka kriterier som skall läggas till grund för hemvistbestämningen vid elektroniska rättsförhållanden. Osäkerheten har främst sin grund i att traditionella anknytningar till en viss geografisk plats saknar relevans för många av den elektroniska handelns aktörer. Genom utnyttjande av tekniken kan de nämligen lätteligen agera från andra orter än de som i normalfallet bedöms som deras hemvist.

7.2 Allmänt om hemvistbegreppet

Om en talan väcks vid svensk domstol skall frågan om svensk hemvist föreligger bedömas enligt svensk lag oavsett vilken lag som i övrigt äger tillämpning i fallet.[133] Den definition av begreppet som därvid bildar utgångspunkt för tolkningen av svenska internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser återfinns i IÄL 7:2 och IMF 14 § och stadgar att den som är bosatt i viss stat anses ha hemvist där, ”om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande”. Definitionen är vagt utformad och, som Bogdan skriver, löser den ”ingalunda alla svårigheter, eftersom den endast består av en generalklausul vars egentliga innebörd till stor del beror på rättstillämpningen.”[134]

Vid fastställande av behörig domstol är hemvistfrågan av avgörande betydelse i flera av de centrala reglerna i RB 10 kap. samt i Bryssel- och Luganokonventionerna och i Bryssel I-förordningen. Trots att det är fråga om regelverk av varierande ålder och ursprung har tolkningen av begreppet inte tidigare föranlett några större problem eller lett till disparata förståelser. I Bryssel- och Luganokonventionerna, och numera tillika Bryssel I-förordningen, finns inte någon egen definition av begreppet hemvist avseende *fysiska personer*. I stället hänvisas de nationella domstolarna till att, vid avgörandet huruvida part har hemvist på den ort där målet

[133] Se NJA 1986 s. 729. Jfr Bryssel I-förordningen art. 59.

[134] *Bogdan (2004)*, s. 148 f. och där anförda hänvisningar.

är väckt, använda sin egen lag.[135] För svensk del innebär detta att avgörandet grundas på samma principer som gäller för fastställande av svenskt hemvist vid tillämpning av RB 10 kap.

Avseende *bolag och juridiska personer* råder motsvarande förhållande vid tillämpningen av Bryssel- och Luganokonventionerna. I art. 53 anges att en juridisk persons säte anses vara dess hemvist. Var sätet är beläget skall domstolen fastställa genom en tillämpning av sin egen internationella privaträtt, vilket medför att avgörandet även i dylika fall grundas på samma principer som gäller för RB 10 kap.

Det som sedermera förändrat denna tolkningskongruens är att det i Bryssel I-förordningen införts ett autonomt fastställande av bolags och andra juridiska personers hemvist. Enligt art. 60.1 skall en juridisk person anses ha hemvist på orten för dess a) stadgeenliga säte, eller b) huvudkontor, eller c) huvudsakliga verksamhet. Dessa tre kriterier är desamma som återfinns i art. 48 (f.d. art. 58) i EG-fördraget rörande juridiska personers etableringsrätt i inom gemenskapen. Eftersom det är fråga om tre alternativa bestämningar är konsekvensen att en juridisk person i vissa fall kan anses ha hemvist i upp till tre olika stater.[136] Skulle en juridisk person ha fördelat de tre anknytningsmomenten till olika medlemsländer blir följden således den att domstolar i samtliga tre länder är behöriga att ta upp en talan mot den juridiska personen i enlighet med förordningens art. 2. Vidare är det för förordningens tillämplighet tillräckligt att en juridisk person förvärvar hemvist i en medlemsstat i enlighet med ett av de tre kriterierna.

7.3 Bestämning av hemvist vid elektronisk handel – fysiska personer

Bestämning av hemvist vid elektronisk handel skall ske i enlighet med de angivna bestämmelserna. För *fysiska personer* innebär det att man främst hänvisas till den ovan nämnda definitionen av begreppet samt till den rättspraxis som utmejslats kring RB 10:1 i denna bestämmelses funktion som analogiskt tillämpad domsrättsregel. Noterbart rörande tillämpningen av RB 10:1 är att man härvid skall bortse från den betydelse som folkbokföringsorten enligt paragrafens st. 2 har vid interna forumfrågor.[137]

Rent generellt förefaller frågan om fysiska personers hemvist sällan ha orsakat några större problem och av den relevanta rättspraxisen på området finns ingenting som antyder att frågeställningen skulle kompliceras på den grund att den emanerar från ett rättsförhållande baserat

[135] Jfr. Bryssel- och Luganokonventionerna art. 52.

[136] *Pålsson (2002)*, s. 89.

[137] Jfr NJA 1980 s. 340, där en person, trots att hon var mantalsskriven i Sverige inte ansågs ha hemvist här. Domsrätt kunde därmed inte grundas på RB 10:1. Omvänt kan en person i vissa fall anses ha hemvist här, trots att vederbörande inte är mantalsskriven här i riket, se t.ex. NJA 1956 s. 1.

på elektronisk handel. Det väsentliga är att såväl ett objektivt som subjektivt kriterium kan anses uppfyllt, dvs. att det föreligger en faktisk bosättning av stadigvarande karaktär.[138]

7.4 Bestämning av hemvist vid elektronisk handel – juridiska personer

7.4.1 Bakgrund

Fastställande av hemvistet för *juridiska personer* har i och med bestämningen av hemvistbegreppet i Bryssel I-förordningen kommit att förenas med en ovisshet som endast kan uppklaras genom förtydliganden i den framtida rättstillämpningen. Denna ovisshet omfattar den svenska internationella privat- och processrätten som helhet och rör inte endast frågor förenade med elektronisk handel, även om sådana självfallet kommer att påverkas av de framtida vägvalen.

Frågeställningen blir inte mindre komplex av att den gränsöverskridande elektroniska handeln genom sin natur ger upphov till möjligheter för verksamheter att i komplicerade mönster förgrena sig till flera länder, varvid ledande organ som styrelser och förvaltningar kan förekomma på flera håll. Oavsett vilka regler som kommer att läggas till grund för bedömningen av hemvistet är det långtifrån givet hur de skall appliceras.

7.4.2 Situationer då Bryssel I-förordningen är tillämplig

Antag att det irländska mjukvarubolaget Derrydata med huvudkontor i Dublin har som enda verksamhet att via Internet mot ersättning tillhandahålla datorprogram. Företaget agerar via en webbplats på en server i Lund och all kommunikation sker via e-post. Antag vidare att talan mot Derrydata väcks vid en svensk domstol. Enligt käranden är domstolen behörig på den grund att svaranden har hemvist här i riket. Efter vilka bedömningsgrunder skall domstolen avgöra om käranden har rätt i detta påstående?

Eftersom Bryssel I-förordningen är tillämplig så skall domstolens bedömning ske på grundval av art. 60.1 i denna förordning. Av de tre alternativa kriterier som medför att en juridisk person skall anses ha hemvist i Sverige föreligger knappast några tveksamheter rörande de två första. Skulle svaranden sålunda ha haft sitt *stadgeenliga säte* eller sitt *huvudkontor* här i riket är utgångspunkten att vederbörande också har hemvist här. Svårare är bedömningen av det tredje kriteriet som anger att svaranden har hemvist här om dennes *huvudsakliga verksamhet* bedrivs här i landet.

För att kunna avgöra om så är fallet måste kriteriet ”orten för den huvudsakliga verksamheten” (*principal place of business*, *der Ort der Hauptniederlassung*) mera ingående undersökas. Härvid kan konstateras att det av förordningstexten inte framgår enligt vilka bedömningsgrunder det skall avgöras huruvida ett bolag har sin huvudsakliga verksamhet i ett visst land. Måhända kan viss hjälp hämtas från EG-fördragets art. 48. Eftersom det är ett medvetet drag att låta de

[138] *Bogdan (2004)*, s. 149; *Dennemark*, s. 80 ff.; *Pålsson (1989)*, s. 58.

tre kriterierna i Bryssel I-förordningens art. 60.1 motsvara de som återfinns i nämnda art. 48 i EG-fördraget rörande juridiska personers etableringsrätt[139], faller det sig naturligt att åtminstone söka vägledning i de bedömningsgrunder som utpekar det land där ett bolag anses ha sin huvudsakliga verksamhet enligt sistnämnda artikel.[140]

I enlighet med art. 48 (f.d. art. 58) i EG-fördraget skall bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen, i vissa avseenden likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna. Bestämmelsens syfte är således att främja den fria rörligheten för bolag genom att upprätta en etableringsrätt.

Artikeln som sådan är flitigt kommenterad i litteraturen, men avseende det här väsentliga kriteriet är kommentarerna tämligen återhållsamma. I tysk litteratur tycks inställningen vara att det väsentliga är att lokalisera den centrala platsen för verksamheten, *der Geschäftsschwerpunkt*.[141] I brist på fabriks- eller andra produktionslokaler, anses detta vara den plats där de huvudsakliga personal- och materialresurserna befinner sig (*der Ort, an dem sich die wesentlichen Personal- und Sachmittel eines Unternehmens befinden*).[142] I engelsk litteratur tycks inställningen vara mindre resursfixerad, i stället bereds verksamhetsaktiviteterna som sådana större utrymme: *The principal place of business is located where the most important business activities of the entity are carried out*.[143] För tolkningen av EG-fördragets bestämmelser är GD:s praxis av stor betydelse. Artikel 48 har också vid flera tillfällen varit föremål för GD:s bedömning.[144] I dessa avgöranden sägs emellertid ingenting om vilka bedömningskriterier som skall tillämpas vid lokaliseringen av bolagens huvudsakliga verksamhet. Vid ett sökande efter sådana bedömningskriterier är således GD:s praxis inte särskilt givande.

De knapphändiga kommentarerna, som dessutom har andra och mer traditionella verksamheter för ögonen än e-handelsverksamhet, gör det svårt att dra några egentliga konklusioner av hur lokaliseringen av ett bolags huvudsakliga verksamhet skall förstås i ljuset av EG-fördragets art. 48. Som följd därav uppkommer frågan om det alls är korrekt att tolka kriterierna i Bryssel I-förordningens art. 60.1 efter de tolkningskriterier som anses böra användas vid tolkningen av EG-fördragets art. 48. Intrycket av att så skall ske har kanske främst sin upprinnelse i de identiska ordalydelserna av kriterierna och intrycket förstärks ytterligare av att det i Bryssel I-förordningens förarbeten påpekas att ”rekvisiten är desamma som återfinns i artikel 48” i EG-fördraget.

---

[139] Se förslaget till Bryssel I-förordningen, KOM 1999 (348) slutlig, s. 24.

[140] Jfr *Kropholler (2001)*, s. 497.

[141] *Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, s. I/1426.

[142] *EU-Kommentar*, s. 741. Se även *Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, s. I/1426 och *Geiger*, s. 316.

[143] Se t.ex. *Law of the European Communities*, s. 473 och där anförda hänvisningar.

[144] Se t.ex. målen 79/85 Segers [1986] ECR 2375; 81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483 samt C-212/97 Centros REG 1999, s. I-1459.

Det finns dock vissa moment av sådan betydelse att det kan finnas skäl att iaktta försiktighet när man tyder bestämmelserna i Bryssel I-förordningen i skenet av art. 48 i EG-fördraget. Ett sådant moment är just det faktum att det i så ringa omfattning är utrett vilka de egentliga bedömningsgrunderna faktiskt är. Ett annat moment är att det föreligger en i subjektivt hänseende väsentlig skillnad mellan de objektivt identiskt utformade kriterierna i EG-fördragets art. 48 respektive Bryssel I-förordningens art. 60.1. Detta moment framträder tydligt när man ser till GD:s praxis på området. Även om några svar angående de viktiga bedömningskriterierna inte gick att utläsa av denna praxis är det noterbart att det gemensamma för dessa avgöranden är att de avser situationer när en part anser sig diskriminerad pga. att denne förhindrats att etablera sig en medlemsstat. EG-fördragets art. 48 är för bolaget av *fördelaktig* natur, eftersom det genom denna artikels bestämmelser kan förverkliga en önskan om att anses etablerad i en viss stat. Bryssel I-förordningens art. 60.1 kan å andra sidan resultera i *nackdelen* att bolaget är skyldigt att svara vid domstol i en stat där det mot sin vilja anses ha sin huvudsakliga verksamhet. Det är alltså tänkbart att två företag i identiska situationer skiljer sig åt på så sätt, att det ena argumenterar för att det skall anses etablerat i Sverige för att uppnå de fördelar detta kan innebära, samtidigt som det andra bestrider att hemvist föreligger i föresats att svensk domstol därmed inte skulle vara behörig. Om man därav skall dra några slutsatser om huruvida, och i så fall i vilken utsträckning, förståelsen av kriterierna i Bryssel I-förordningens art. 60.1 skall vara fullständigt identisk med förståelsen av motsvarande kriterier i EG-fördragets art. 48, vill jag låta vara osagt. Mycket talar för att så trots allt är fallet. Det finns ett klart tilltalande drag i tanken att en juridisk persons etablering är baserad på ett objektivt grundlag så att det med i etableringsstaten förvärvade rättigheter följer vissa skyldigheter. Intill dess att GD har markerat huruvida tolkningskongruens föreligger är det dock tillrådligt att endast försiktigtvis tillämpa tolkningskriterierna avseende art. 48 i EG-fördraget vid bedömningen av begreppet huvudsaklig verksamhet i Bryssel I-förordningen.

I nuläget är det således svårt att klart uttala sig om huruvida Derrydata anses ha hemvist i Sverige i den mening som avses i Bryssel I-förordningens art. 60.1. Skäl som kan tala för att hemvist föreligger är att det vid elektronisk handel är möjligt att med mycket små medel bedriva verksamhet i olika länder, t.ex. genom att som Derrydata tillhandahålla datorprogram via en server i Sverige. E-handelsföretag som Derrydata kan agera med en mycket liten eller till och med ingen personalstyrka. Ägarna kan på eget initiativ ombesörja att materialet placeras på servern i Sverige och, när detta väl är gjort, sköter verksamheten sig själv. Någon personal skulle i så fall inte vara nödvändig, alla transaktioner skulle ha en anknytning till Sverige där de materiella resurserna är placerade och där avtalen med kunderna ingås. I så fall är det, *prima facie*, mycket som talar för att den huvudsakliga verksamheten måste anses bedriven i Sverige.

Samtidigt som situationer likt den ovan beskrivna visar på stark anknytning till Sverige finns det även skäl som talar mot att svenskt hemvist skall anses föreligga. Ser man till de faktiska anknytningarna är den personal som ombesörjer att verksamheten rent faktiskt fun-

gerar, står för uppdateringar av material och eventuell hjälpcentral (eng. *helpdesk*) förmodligen placerad i Irland. Vidare kan man fråga sig vad de materiella resurserna egentligen består av. Datorprogrammen eller andra digitala produkter som är placerade på servern är upphovsrättsligt skyddade. Även om användarna laddar ned programmet från servern i Sverige, så är det inte orimligt att betrakta upphovsrätten till programmet, och därmed såväl rätten att tillhandahålla detta som rätten att utfärda eventuella licenser för användandet av programmet, som är företagets egentliga resurser.

Frågan var sådana resurser skall anses lokaliserade är obesvarad. Som utgångspunkt får de i likhet med andra immaterialrättigheter lokaliseras till den plats där de åtnjuter rättslig skydd.[145] En sådan plats är emellertid lättare att identifiera när det är fråga om rättigheter som t.ex. är registrerade. För upphovsrätter är denna plats inte lika tydlig. Närmast till hands är att lokailsera dem till den plats där rättigheten finns, vilket torde vara bolagets huvudkontor, men härvid råder som sagt osäkerhet. [146] Det finns emellertid lite som talar för att rättigheterna skall anses lokaliserade till Sverige. Bortsett från det faktum att den egentliga verksamheten genom avtalsingående och inkomsternas förvärv sker i Sverige innebär detta att anknytningarna till, för Derrydatas del, Irland också är starka.

Ytterligare skäl som talar mot svensk hemvist är det faktum att ytterst få, om ens någon, av Derrydatas kontrahenter torde ha en aning om att affären sluts via en server lokaliserad i Sverige. Vid direkt elektronisk handel på Internet kan det utbjudna materialet placeras på en server som i princip är lokaliserad var som helst där en Internetuppkoppling med tillräcklig kapacitet finns att tillgå. Trots att Derrydatas huvudsakliga verksamhet kanske kan anses utföras här i riket, är det nödvändigt att beakta att detta är ett okänt faktum för den stora majoriteten Internetanvändare. I samband med detta beaktande bör man dessutom fästa avseende vid den flyktighet som anknytningen är förenad med – den kan i princip när som helst upphöra utan att några åtgärder måste vidtas i Sverige. Medelst några enkla dispositioner företagna i Irland kan Derrydata förflytta sin verksamhet till ett eller flera andra länder. Genom att tillhandahålla sitt material via en eller flera *spegelservrar* kan det i princip vara omöjligt att på förhand avgöra på vilken ort den huvudsakliga verksamheten är placerad.

Allt ovanstående taget i betraktande menar jag att övervägande skäl talar för att enbart faktorer som den tekniska utrustningens geografiska placering, eller via denna bedriven verksamhet av flyktig karaktär, inte bör medföra att hemvist är etablerad i den mening som föreskrivs i Bryssel I-förordningen – oaktat att den huvudsakliga verksamheten faktiskt kan komma att anses bedriven på den ort där nämnda tekniska utrustning är placerad.[147] Detta utesluter inte att den nationella domstolen kan vara behörig på annan grund.

---

[145] Denna plats gällerför varumärken och patent, se *Bogdan (2004)*, s. 300.

[146] *Dicey & Morris*, s. 934 anför att "*It follows that a patent, a trade mark or a copy right is situate in the country whose law governs its existence.*" Enligt *Torremans*, s. 239, är upphovsrätter, jämte patent och varumärken, lokaliserade till det land "*where they can be effectively transferred under the law governing their creation*".

[147] Jfr *Stone (2002)*, s. 127 f.

Skulle hemvist grundas på det faktum att den huvudsakliga verksamheten får anses bedriven via teknisk utrustning (en server) här i riket så innebär det dessutom att Bryssel I-förordningens regler i viss utsträckning vore oförenliga med reglerna i e-handelsdirektivet. Enligt det sistnämnda anges i art. 2 c) att förekomst och användning av teknisk utrustning för att tillhandahålla informationssamhällets tjänster inte i sig innebär att tjänsteleverantören är etablerad i en viss stat.[148] Här måste tydligt framhävas att e-handelsdirektivet inte avser att införa några nya regler om internationell privaträtt[149], varför en sådan bristande förenlighet formellt sett är oväsentlig. Sett till önskemålet om att även rättsliga medel skall gagna den elektroniska handeln inom EU är det ändock av stor vikt att det finns en grundläggande samstämmighet vid bedömningen av de för den elektroniska handeln fundamentala dragen. Att vid tillämpning av Bryssel I-förordningen tillerkänna en servers placering i ett land en sådan betydelse att tjänsteleverantören i vissa sammanhang anses ha hemvist i där, samtidigt som detta förhållande enligt e-handelsdirektivet inte är tillräckligt för att samme tjänsteleverantör skall anses etablerad i detta land, underminerar alla tankar om en grundläggande samstämmighet.

Avslutningsvis skall undersökas i vad mån det gör någon skillnad om det är fråga om en webbplats under den nationella .se-domänen. Antag att Derrydata har agerat via webbplatsen www.derrydata.se. I vad mån kan detta leda till att företaget anses ha hemvist i Sverige i enlighet med Bryssel I-förordningens regler? Inledningsvis kan konstateras att det svenska systemet för domännamnstilldelning reformerats i och med att ett nytt regelverk trädde i kraft i april 2003.[150] I enlighet med de tidigare reglerna var juridiska personer tvungna att ha en sådan anknytning till Sverige att hemvist definitivt förelegat antingen på grunden stadgeenligt säte eller huvudkontor. Med de nya reglerna kan Derrydata fortfarande ha nämnda anknytningar till Irland, men bedriva sin verksamhet via en webbplats under toppdomänen .se.

Varken registreringen eller verksamheten som sådan förändrar emellertid någonting i sak. För att Derrydata skall anses ha hemvist i Sverige vid tillämpning av Bryssel I-förordningens regler gäller alltjämt att åtminstone ett av de tre rekvisiten är uppfyllda. Frågan om bolagets eventuella hemvist i Sverige aktualiseras därmed endast om den huvudsakliga verksamheten bedrivs via nämnda webbplats. Enligt mitt förmenande är det fråga om en starkare anknytning till Sverige än vad som är fallet då endast servern är placerad här. Det är inte främmande att dra paralleller till andra situationer då registreringar i sig uppvisar starka anknytningar till registreringslandet, såsom t.ex. ett fartyg som seglar under viss flagg.[151] Det är helt enkelt en

---

[148] Av ingresspunkt 19 framgår visserligen att tjänsteleverantörens etableringsort bör fastställas i enlighet med EG-domstolens praxis, enligt vilken etableringsbegreppet omfattar det faktiska bedrivandet av näringsverksamhet under viss tid. Det framgår dock explicit även vid detta stadgande att detta inte är den plats där enbart utrustningen för webbplatsen finns.

[149] Jfr e-handelsdirektivets art. 1.4 samt ingresspunkt 23.

[150] Se ovan, avsnitt 2.2.2.

[151] Jfr *Bogdan (1998)*, s. 828.

fråga om att beakta de moment som genom sin karaktär kan anses ge upphov till berättigade förväntningar hos motparten.

Återigen finns det, *prima facie*, anledning att bedöma verksamheten som bedriven i Sverige och återigen finns det skäl att förhålla sig skeptisk till en sådan konklusion. Tveksamheten kan motiveras med i stort sett samma skäl som angivits ovan rörande varför en servers placering inte bör föranleda att hemvist skall anses föreligga. Även om parallellen kan dras till t.ex. ett fartyg som seglar under svensk flagg måste beaktas att verksamheter bedrivna med fartyg skiljer sig avsevärt från verksamheter bedrivna via webbplatser. De sistnämnda är som tidigare nämnts oerhört flyktiga – på kort tid kan Derrydata flytta sin verksamhet till en annan domän eller placera webbplatsen på en eller flera spegelservrar under andra domäner, varefter det blir i det närmaste omöjligt att avgöra via vilken den huvudsakliga verksamheten sker.

Utgångspunkten är enligt min bedömning att det är olämpligt att över huvud taget använda kriteriet ”huvudsaklig verksamhet” i samband med den tekniska utrustningen eller därtill hörande moment som t.ex. domännamn. Detta är dock endast en utgångspunkt, eftersom det är fullt tänkbart att den huvudsakliga verksamheten bedrivs på en server under .se-domänen under sådana förhållanden att hemvistkriteriet måste anses uppfyllt, även om det torde vara sällsynt att verksamheter bedrivs under sådana förutsättningar. De aspekter som här bör vägas in är de som i övrigt gäller för kriteriet ”huvudsaklig verksamhet”. I den mån den nationella registreringen fortsatt får en lika stark anknytning till ett land som t.ex. .se-domänen hittills har haft till Sverige, så finns det inga egentliga hinder att i sådana undantagsfall anse att hemvist är etablerad. I och med liberaliseringen av regelverket rörande den svenska toppdomänen får det hållas för tveksamt om anknytningen för svensk del fortsättningsvis kan anses lika stark. Något svar därpå kan inte ges på förhand – den framtida utvecklingen får utvisa om utländska rättssubjekt erhåller domännamn under .se-domänen i en sådan mån att anknytningen till Sverige förringas. För den händelse att utvecklingen rörande den svenska toppdomänen skulle ändras i sådan utsträckning att toppdomänen inte längre kan anses kvalificera en webbplats såsom unikt anknuten till Sverige faller också argumenten för att en sådan webbplats skall kunna anses utgöra ett fast driftställe i Sverige. Ett exempel på en sådan ändring vore om utländska myndigheter skulle administrera webbplatser under .se-domänen.[152]

7.4.3 Situationer då Bryssel I-förordningen inte är tillämplig

Vid situationer utanför Bryssel I-förordningens tillämpningsområde får man falla tillbaka på de nationella reglerna. Härvid öppnar sig två möjligheter. Enligt RB 10 kap. 1 § 3 st. gäller som hemvist den ort där styrelsen har sitt säte eller, om säte för styrelsen ej är bestämt eller

[152] Detta kan i dagens läge förefalla osannolikt, men exempel på myndigheter som agerar under utländska toppdomäner finns redan. Så har t.ex. premiepensionsmyndigheten (PPM) valt att agera under den lilla söderhavsnationen Niues toppdomän .nu. Se www.ppm.nu (senast besökt 2004-09-09).

styrelse ej finnes, där förvaltningen föres. Alternativet är att fastställa hemvistet genom en analog tillämpning av Bryssel I-förordningens bestämmelser.

En tillämpning av principen i RB 10 kap. 1 § 3 st. vid elektronisk handel synes inte framkalla några särskilda problem utöver dem som annars uppträder i anknytning till regeln. Att dessa problem är få till antalet framgår bl.a. av att det i rättspraxis är tunnsått med fall där frågor rörande regelns tillämpning behandlas.[153] Bedömningen av om svenskt hemvist föreligger skall enligt denna bestämmelse ske enligt svensk rätt, oavsett om tvisten i sig är underkastad utländsk rätt.[154] Därmed omfattas även den som bedriver e-handelsverksamhet i form av näringsidkare. I allmänhet är det tämligen okomplicerat att fastställa var styrelsen har sitt säte eller var förvaltningen föres. Förvisso kan man föreställa sig att svårigheter uppstår vid den för elektroniska handeln signifikanta problematiken rörande osäkerhet var en aktör egentligen befinner sig och var denne agerar ifrån. Den avgörande frågan i sådana fall är att fastställa om det finns ett säte, eller i annat fall en central förvaltning med relevans för det aktuella fallet som kan lokaliseras till Sverige. Någon egentlig vägledning till hur frågan skall angripas föreligger inte i rättspraxis.[155] Dennemark är av den grundläggande uppfattningen att för ”juridiska personer som blivit registrerade eller oktrojerade i främmande land gäller att de i princip icke kunna anses ha forum domicilii här i riket, därest styrelse eller därmed jämförligt förvaltningsorgan för dem *statutenligt* har sitt säte utomlands.”[156]

I de bestämmelser som särskilt reglerar den elektroniska handeln finns det tydligt angivet på vilken plats en tjänsteleverantör är etablerad. I den tidigare nämnda e-handelslagens 2 § framgår att etableringsstaten är den stat där tjänsteleverantören har sitt fasta driftställe.[157] I det bakomliggande direktivet[158] framhålls i art. 2 c) att förekomsten och användningen av teknisk utrustning och teknik inte i sig innebär att tjänsteleverantören är etablerad. Denna lag är i och för sig inte av internationellt processrättslig karaktär, men ett av lagens fundament är just den väsentliga frågan om var en ”tjänsteleverantör” av ”informationssamhällets tjänster” är etablerad.

Skulle vid elektronisk handel tveksamhet råda beträffande den avgörande frågan om huruvida tjänsteleverantören skall anses ha hemvist i Sverige förefaller det inte finnas någon

---

153 Se *Pålsson (1989)*, s. 59. Generellt om hemvistbegreppet i RB 10 kap. 1 § 3 st, se *Dennemark*, s. 84 ff. Se även *Bogdan (2004)*, s. 133.

154 Jfr. NJA 1986 s. 729. Se även *Dennemark*, s. 72 ff.

155 Jfr. *Pålsson (1989)*, s. 59, som endast hänvisar till ett opublicerat fall från Svea HovR år 1933 (*Continental Investment Aktiengesellschaft*). Fallet rör det i och för sig intressanta förhållandet att en utländsk bolagsregistrering ansågs vara av skenbar karaktär och att svensk domsrätt därmed förelåg. Liknande scenarier är fullt tänkbara vid elektronisk handel, emedan det kan vara attraktivt för aktörer att agera från länder med i vissa avseenden för tjänsteleverantören mindre stränga regler.

156 *Dennemark*, s. 87.

157 Tjänsteleverantörens etableringsort bör enligt det bakomliggande direktivets ingresspunkt 19 fastställas i enlighet med EG-domstolens praxis, vilket anges omfatta det faktiska bedrivandet av näringsverksamhet med hjälp av fast driftställe under obestämd tid, även om det endast skulle vara ett företag bildat för en viss tid.

158 2000/31/EG.

anledning att inte söka vägledning i de bestämmelser som gäller för etablering av tjänsteleverantörer av informationssamhällets tjänster enligt e-handelslagen. Konsekvensen vore att Sverige inte kan gälla som hemvist för en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan etableringsstat än Sverige, även om denne bedriver elektronisk handel via en webbplats på en server belägen här i riket. Följaktligen är svensk domstol inte heller behörig att pröva en talan väckt mot en sådan tjänsteleverantör på grundval av RB 10:1.

När en tjänsteleverantör är etablerad i flera stater, något som redan påpekats inte är ovanligt vid elektronisk handel, är det enligt direktivet ”den ort där centrumet för leverantörens verksamhet ligger” som skall utgöra etableringsort.[159] Denna uppfattning framförs även i förarbetena till den svenska e-handelslagen.[160] På vilket sätt detta centrum skall fastställas framgår inte av vare sig direktiv eller förarbeten så i avvaktan på rättspraxis från GD kan endast hypotetiska resonemang föras härom. Den för svensk domsrätt väsentliga frågan är om nämnda centrum kan anses beläget i Sverige. Avgörande för om så är fallet bör lämpligen kunna träffas med fortsatt hjälp av e-handelslagens bestämmelser. Enligt denna lags 8 § skall tjänsteleverantören informera om bl.a. namn och adress i etableringsstaten.[161] Såvida ett sådant informationstvång omfattar tjänsteleverantören får svensk domstol också anses behörig att ta upp en talan mot vederbörande på grundval av RB 10:1.

I enlighet härmed är således de tekniska aspekterna av underordnad betydelse. Var den tekniska utrustningen är placerad eller vilken toppdomän som används påverkar inte resultatet. Skulle däremot en utländsk, ex. en amerikansk, aktör agera via en svensk server eller en webbplats under .se-domänen och inte omfattas av nämnda bestämmelser är RB 10:1 således inte tillämplig.

En alternativ lösning är att låta hemvistbedömningen ske i analogi med de regler som gäller fastställande av hemvist enligt Bryssel I-förordningen. Det finns klara fördelar med ett sådant tillvägagångssätt eftersom det inte är helt lyckat att låta olika kriterier vara avgörande för huruvida svenskt hemvist föreligger eller ej i jurisdiktionsfrågor. En fortsatt tillämpning av RB 10 kap. 1 § 3 st. parallellt med Bryssel I-förordningens bestämmelser då denna är tillämplig kan leda till en i dessa sammanhang inkoherent förståelse av hemvistbegreppet. Detta är i och för sig inte ovanligt. Olika ämnesområden opererar med olika definitioner[162] och även inom andra delar av den internationella privaträtten finns exempel på hur kriterierna vid fastställandet av svenskt hemvist kan variera.[163]

---

[159] Se ingresspunkt 19.

[160] Se t.ex. Prop. 2001/02:50, s. 110

[161] Jfr även den för elektronisk handel likaledes relevanta distansavtalslagen 9 §.

[162] Se t.ex. SOU 1976:39 s. 235 f.

[163] Hemvistbedömningen inom den internationella familjerätten utgår från generalklausulen i IÄL 7:2 och den praxis som emanerar från bestämmelsen, se t.ex. NJA 1994 s. 302 och NJA 1995 s. 238. Hemvist anses föreligga om såväl det objektiva rekvisitet, att personen ifråga faktiskt har sin vanliga vistelseort i landet, som det subjektiva rekvisitet, att vederbörande har för avsikt att stanna där (*animus remanendi*) är uppfyllda.

Vid frågor om svensk domstols behörighet finns en öppning som kan leda till ett undvikande av nämnda inkoherens. I och med att domstolen i fall NJA 1994 s. 81 menade att Luganokonventionen fick anses ”ge uttryck för vad som numera är internationellt vedertagna principer i fråga om kompetenskonflikter mellan domstolar i olika länder” (jfr ovan, 4.3) har HD öppnat dörren för en vidare analog tillämpning av, numera, Bryssel I-förordningens regler vid tillfällen då lagfästa domsrättsregler saknas.[164] I enlighet därmed kan svenska domstolar i framtiden analogt tillämpa Bryssel I-förordningens art 60.1 för att fastställa huruvida svenskt hemvist föreligger.

8 DE ELEKTRONISKA PRESTATIONERNAS KATEGORISERINGSPROBLEM I ETT INTERNATIONELLT PRIVAT- OCH PROCESSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV

8.1 Problemets beskrivning

I avsnitt 7.1 framhölls att vissa frågor utmärker sig när gällande internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser skall tillämpas vid elektronisk handel, dels för att dessa frågor återkommer i samband med tillämpningen av flera bestämmelser, dels för att det inte finns några givna svar på dem. Till denna kategori frågor hör även spörsmålet om hur de digitala prestationernas bör kategoriseras.

Om man studerar bestämmelserna i Bryssel I-förordningen art. 5.1) b)[165], Bryssel- och Luganokonventionernas art. 13.1[166] samt Romkonventionens art. 5.1[167], bestämmelser som samtliga är relevanta vid elektronisk handel, finner man att det är av avgörande betydelse om det är fråga om förpliktelser som avser *varor* eller om det är förpliktelser som avser *tjänster*. Som exempel kan anföras just Bryssel I-förordningens art. 5.1 där det föreskrivs att:

> Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan väckas i en annan medlemsstat
>
> a) om talan avser avtal, vid domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser;
>
> b) i denna bestämmelse, och såvida inte annat avtalats, avses med uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser
>
> - vid försäljning av varor, den ort i en medlemsstat dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats,
>
> - vid utförande av tjänster, den ort i en medlemsstat där enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts;
>
> c) om punkt b inte gäller skall punkt a gälla.

---

[164] Jfr *Bogdan (2004)*, s. 113.

[165] Bestämmelsen presenteras mera ingående nedan, se 10.4.

[166] Bestämmelsen presenteras mera ingående nedan, se 10.4.

[167] Bestämmelsen presenteras mera ingående nedan, se 12.2.

Frågan om hur uppfyllelseorten skall bestämmas är alltså inledningsvis beroende av om det är fråga om en prestation som kan karakteriseras som en vara eller som en tjänst. Denna uppdelning blir därmed relevant även vid elektronisk handel.

Kategoriseringsproblemet som sådant har presenterats ovan, se avsnitt 3. Som där framgick kan det vara svårt att avgöra hur parternas prestationer skall kvalificeras vid fr.a. *direkt* elektronisk handel. Vid *indirekt* elektronisk handel torde prestationerna sällan orsaka några besvär – att en förpliktelse som innebär leverans av en fysisk produkt, t.ex. en bok eller en film på dvd, till sin natur är att betrakta som en förpliktelse om leverans av vara ifrågasätts knappast av någon, inte heller att en förpliktelse att måla ett staket, utföra en transport eller tillhandahålla teaterbiljetter skall betraktas som en förpliktelse rörande utförande av tjänst.[168] Kategoriseringsproblemet uppstår i stället typiskt när det sluts ett avtal som medför att en kontrahent ges rätt att nyttja en digital produkt av något slag, som t.ex. att ladda ned och använda ett datorprogram, se en film, lyssna till ett stycke musik eller få tillgång till annan information på en server. Det är nämligen vid tillfällen som detta som det är oklart hur förpliktelsen bör rubriceras.

I den internationellt privat- och processrättsliga litteraturen har problemet uppmärksammats i viss utsträckning. Även om beskrivningen av problemet i stort sett är identisk, varierar konklusionerna. Av särskilt intresse är två nyligen utgivna avhandlingar författade av Larsson respektive Østergaard. Larsson avhandlar det gränsöverskridande konsumentskyddet och har därmed inte den elektroniska handeln i fokus. Hon behandlar dock ”köp på Internet”, varvid kategoriseringsproblemet indirekt kommer att beröras.

> Larsson identifierar inte kategoriseringsproblemet som sådant utan konstaterar enbart att Romkonventionens art. 5 för sin tillämplighet kräver att avtalet måste avse antingen leverans av vara eller utförande av tjänst. Hennes uppfattning är att ”Uttrycket vara bör förstås i betydelsen lös sak, och inte i betydelsen lös egendom”.[169] Konklusionen blir följaktligen att ”Utanför artikel 5 faller därför avtal om köp av annan lösegendom som inte är lösa saker, exempelvis digitala produkter…”.[170] Att avtalsförpliktelserna eventuellt skulle kunna kategoriseras som tjänster avvisas utan diskussion av Larsson som menar att bestämmelsen överhuvudtaget inte kan bli tillämplig vid indirekt elektronisk handel: ”Skyddsbestämmelsen i artikel 5 synes däremot inte omfatta köp av digitala produkter som inte är att anse som en lös sak, och som säljs och ibland även fullgörs genom Internet”.[171]

Østergaard menar också att avtalsförpliktelserna inte kan kategoriseras som varor, men menar att de faller in under begreppet tänster. Han tar sin utgångspunkt i de offentligrättsligt präglade definitioner av begreppen varor och tjänster som används inom EG-rätten vid regleringen av den fria rörligheten på den inre marknaden, och låter dessa definitioner vara avgörande även vid tillämpningen av de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna.

---

168 Se t.ex. *Reed & Angel*, s. 106; *Stone (2002)*, s. 122.

169 *Larsson*, s. 95.

170 *Larsson*, s. 96.

171 *Larsson*, s. 249.

> Østergaard beskriver kategoriseringsproblemet på följande sätt: ”Digitaliseringen af forskellige typer af produkter og elektronisk kommunikation bevirker, at de realydelser, der gøres til genstand for omsætningen i forbindelse med direkte elektronisk handel, får en anden framtrædelsesform. Produkterne ændres fra at være løsøregenstande til at have en immateriel karakter.”[172]
>
> Konsekvensen av detta är enligt Østergaard tydlig: ”Direkte elektronisk handel indebærer udelukkende en mulighed for omsætning af tjenesteydelser med det nuværende begrebsdannelsesapparat i privatretlig henseende, men vel at mærke tjenesteydelser af meget forskellig beskaffenhed.”[173]

En tredje inställning företräds av bl.a. Foss och Bygrave. Redan före tidpunkten för färdigställandet av ovan nämnda avhandlingar publicerade de en artikel där de menar att avtalsförpliktelserna bör betraktas såsom gällande varor.[174]

> Foss och Bygrave tar sin utgångspunkt i konsumentköpet och de uttrycker kategoriseringsproblemet på följande sätt: “However, more complex questions arise when products that have been traditionally delivered in the form of a physically tangible object (good) are instead delivered through the Internet in digital, non-tangible form. Such transactions are hereinafter termed as (*online*) delivery of *digitized products*.”[175]
>
> Även om författarna vidgår att *digitized products* vid en första betraktelse synes falla utanför det traditionella varubegreppet eftersom det inte är fråga om några fysiska föremål, menar de att det finns skäl att ändock betrakta produkterna som varor: ”However, when the products which are delivered would not be classified as services if they were to be delivered by other (offline) means, it is hard to see why they should be classified as services simply because they are delivered *online*.” [176]

Kategoriseringsproblemet vållar således osäkerhet. De nämnda studierna presenterar, i likhet med andra studier på området,[177] divergerande resultat. Innan det är möjligt att närmare studera dessa tre alternativ menar jag att det nödvändigt att ytterligare fastslå förutsättningarna för problemets uppkomst. För att det skall vara möjligt att identifiera problemställningen och utföra en rättslig bedömning är det nödvändigt att se till den komplexa helhet som ger upphov till kategoriseringsproblemet.

8.2 Kategoriseringsproblemets rättsliga bakgrund

De flesta beskrivningar av kategoriseringsproblemet baseras på ordalydelsen av bestämmelserna. Eftersom de begrepp som återfinns i dessa endast är *varor* respektive *tjänster* blir utgångspunkten att avtalet måste röra antingen en vara eller en tjänst, avtalet skall helt enkelt ”klämmas in” i ettdera begreppet. Detta leder till teoretiska resonemang, oftast med inslag av tekniska förutsättningar, varvid den typiska utgångspunkten är jämförelsen med traditionella situationer. Det kan t.ex. gälla frågan om på vilket sätt en transaktion där t.ex ett datorspel laddas ned från en server kan jämföras med det traditionella köpet av ett datorspel på en cd.

---

172 *Østergaard (2003)*, s. 169.

173 *Østergaard (2003)*, s. 173.

174 *Foss & Bygrave.*

175 *Foss & Bygrave*, s. 108.

176 *Foss & Bygrave*, s. 109.

177 Se t.ex. *Debusseré*, s. 349 ff.; *Mankowski (1999)*, s. 232 f.; *Reed (2000)*, s. 182 ff.; *Reed & Angel*, s. 106 ff.; *Stone (2000)*, s. 8 och *densamme (2002)*, s. 122.

Det sistnämnda köpet kan alla förhålla sig till, varför det kan utgöra en naturlig bas för problembeskrivningen.

För att kunna göra en rättslig bedömning av kategoriseringsproblemet menar jag att det är nödvändigt att höja blicken över den internationella privat- och processrätten och även beakta att det här diskuterade kategoriseringsproblemet har rötter såväl i den *offentligrättsligt präglade delen av gemenskapsrätten* som i den traditionella *privaträtten*. Vidare påverkas problematiken av *upphovsrättsliga kriterier* eftersom transaktioner vid direkt elektronisk handel oftast rör sådana produkter som är upphovsrättsligt skyddade.[178] Upphovsrättsliga rättigheter utgör därvid en del av transaktionen och det är bl.a. dessa som kategoriseringen avser.

Den upphovsrättsliga aspekten skall inte underskattas. Ämnet är såväl komplicerat som komplext och det är lätt för den oinvigde att förirra sig i dess bestämmelser, något som oftast leder till bristfälliga slutsatser. Som exempel kan anföras en kommentar av Hunnings:[179]

> ”We are faced in reality with two different forms of transportation, the difference being that between sending a photographic print or matrix from the Financial Times in London to its second printing plant in Frankfurt by post or by special messenger and sending it by wireless or teleprinter or fax. The end result is exactly the same: the physical object in London has been transported into the hands of the recipient in Frankfurt. The conceptual blockage which prevents this equivalence being acted upon is the lawyers reluctance to move from Newtonian physics to quantum physics, an inability to attribute physical characteristics to anything that cannot be held in the hand and thus an unwillingness to accept that one can “import” electronic signals.”

Kommentaren brister i upphovsrättsligt hänseende därför att det inte är fråga om att objektet ”transporteras” till mottagaren i Frankfurt. I stället framställs ett nytt exemplar av verket. Detsamma är fallet vid direkt elektronisk handel. Någon fysisk bärare av exemplaret överlåts inte vid transaktionen. I stället skapas en kopia, ett nytt exemplar, som i sin tur inte kan överlåtas (men väl kopieras). När Hunnings menar att ”*The end result is exactly the same*” är det fråga om en villfarelse. Effekten, att tryckeriet i Frankfurt får tillgång till objektet, är i och för sig identisk. Skillnaden är att tidigare fanns det endast ett exemplar, nu finns det två. Som exempel på en upphovsrättslig aspekt som berörs av den direkta elektroniska handeln kan alltså nämnas *rätten till exemplarframställning*, vilken som utgångspunkt endast tillkommer upphovsmannen. En annan aspekt är frågan om vilka förfoganden som tillkommer användaren när denne erhåller ett exemplar som inte är knutet till en fysisk bärare.

Exemplet visar att en otillräcklig insikt i den upphovsrättsliga bakgrunden kan leda till felaktiga bedömningar. Skall man kategorisera avtalsobjekt som omfattas av upphovsrättigheter krävs en förståelse för dels vilka dessa rättigheter är, dels för vilket sätt de har betydelse för avtalet som helhet.

---

[178] Att den påverkan rättighetsinnehavarnas rätter har på immaterialrättsliga avtalsobjekt kan få betydelse för handeln med varor och tjänster på den inre marknaden har fastställts av GD, se de förenade målen C-92/92 och C-326/92 Phil Collins m.fl. [1993] S. I-5145, p. 22: ”…de ensamrätter som följer av litterär och konstnärlig äganderätt [kan] påverka handeln med varor och tjänster…inom gemenskapen. Av detta skäl och som följer av domstolens fasta rättspraxis är dessa ensamrätter – trots att de regleras av de nationella lagstiftningarna – underkastade fördragets krav och omfattas av dess tillämpningsområde.”

[179] *Hunnings*, s. 568.

Den traditionella privaträtten berörs för att begreppen ”leverera en vara” respektive ”utföra en tjänst”, oavsett hur man vänder och vrider på dem, inte är anpassade för den typ av digitala transaktioner som i huvudsak karakteriserar den direkta elektroniska handeln. Vid en första bedömning är det lätt att, närmast reflexbetonat, instämma med domaren i en engelsk domstol som kom att ställas inför uppgiften att bedöma ett avtal om tillhandahållande av programvara – hans utförliga resonemang har av Reed kortfattat uttryckts som att ”*the subject matter is neither goods or services*”.[180] Det aktuella resonemanget gällde i och för sig tolkningen av begreppet *goods* i de engelska lagarna *Sale of Goods Act* (1979) och *Supply of Goods and Services Ac*t (1982), varför domen i övrigt inte har någon större påverkan på tolkningen av begreppen i de internationellt privat- och processrättsliga regelverk som behandlas här.[181] Den visar dock på de privaträttsliga aspekterna. Vid direkt elektronisk handel av ett datorprogram ingås licensavtal som ger mig rätt att mot ersättning och vissa villkor använda programmet. En nyttjanderätt innebär inte i privaträttslig mening att det är fråga om att utföra en tjänst eller att leverera en vara. Skulle jag under en semester ge en god vän rätt att använda min bostad är det inte fråga om att jag i privaträttslig mening förpliktar mig till att leverera en vara, inte heller att utföra en tjänst. Eftersom den internationella privaträtten reglerar privaträttsliga förhållanden finns det skäl att ta stor hänsyn till den privaträttsliga förståelsen av begreppen vara och tjänst.

Slutsatsen blir följande: är tanken att de internationellt privat- och processrättsliga regelverken skall kunna tillämpas även vid direkt elektronisk handel synes *begreppsapparaten otidsenlig och det mest lämpliga vore att ersätta den med en ny eller åtminstone genomföra kompletteringar*.[182]

Här tillstöter emellertid en annan sida av problemet, nämligen den gemenskapsrättsliga. Hit räknas i och för sig också Bryssel I-förordningen, men det bör beaktas att den reglerar privaträttsliga förhållanden. Därvid skiljer den sig från den del av den offentligrättsligt präglade delen av gemenskapsrätten som reglerar den fria rörligheten för kapital, personer, varor respektive tjänster på den inre marknaden och vars terminologi är sådan att alla ekonomiska transaktioner måste kategoriseras som *antingen* varor eller tjänster. En sådan tvingande uppdelning kan inte utan vidare användas i privaträttsliga sammanhang. Trots detta kan man konstatera att den gemenskapsrättslige lagstiftaren fortsätter att använda begreppen även vid regleringar som rör privaträttsliga förhållanden.

Frågan som ställs på sin spets rör således relationen mellan den offentligrättsligt präglade förståelsen av begreppen varor respektive tjänster och den privaträttsliga förståelsen av samma begrepp; skall även privaträttsliga förbindelser ”pressas in” i ettdera begreppet eller

---

[180] *Reed (2000)*, s. 183.

[181] Resonemanget fördes av Sir Ian Glidewell i avgörandet St Albans City and District Council v International Computers Ltd [1996] E.W.J No. 239 QBENF 94/1521/C. I p. 55 uttalade han: “*In both the Sale of Goods Act 1979 s.61 and the Supply of Goods and Services Act 1982 s.18 the definition of "goods" is "includes all personal chattels other than things in action and money …." Clearly a disc is within this definition. Equally clearly, a program, of itself, is not*.”

[182] Jfr *Reed (2000)*, s. 183 f. Liknande tankar framförs av *Foss & Bygrave*, s. 111.

kan man inom gemenskapsrätten acceptera att det finns privaträttsliga avtalstyper som varken rör leverans av varor eller utförande av tjänster?

Svaret på frågan får utvisas av framtida avgöranden. Med tanke på att den gemenskapsrättsliga mallen med en tvingande uppdelning är starkt förankrad i GD:s tidigare avgöranden är det närmast troligt att GD förr eller senare kommer att följa denna mall och kategorisera även avtal rörande digitala produkter som antingen leverans av varor eller utförande av tjänster. De internationellt privat- och processrättsliga konsekvenserna av ett sådant avgörande är svåröverskådliga. Lika svåröverskådliga skulle emellertid konsekvenserna vara för andra regleringar som har betydelse för den elektroniska handeln om GD skulle bedöma att avtal rörande digitala produkter inte kan anses utgöra vare sig vara eller tjänst. Så skulle t.ex. en stor del av distansavtalsdirektivet inte få det tillämpningsområde som det i allmänhet förmodas ha. Detta direktiv är nämligen endast tillämpligt på avtal om ”varor och tjänster” som ingås på distans. Att direktivet i sin slutgiltiga form tar sikte även på den elektroniska handeln är oomstritt. [183]

I nuläget råder osäkerhet och intill dess att GD meddelat sin inställning kvarstår frågan: Skall digitala produkter vid tillämpning av de internationellt privat- och processrättsliga regelverken bedömas som varor, tjänster eller någonting helt tredje?

8.3 Kategoriseringsproblemet – två problem

8.3.1 Inledning

I det följande kommer några synpunkter på hur kategoriseringsproblemet bör behandlas i ett internationellt privat- och processrättsligt perspektiv att presenteras. Som nämnts i föregående avsnitt påverkas problemet av privaträttsliga, gemenskapsrättsliga och upphovsrättsliga aspekter, varför det finns anledning att närmare undersöka förhållandet till dessa ämnesområden.

Den allmänna uppfattningen och beskrivningen av kategoriseringsproblemet grundas på en problemformulering som innebär att avtalet betraktas i sin helhet. I själva verket kan kategoriseringsproblemet omformuleras om man väljer att beakta att transaktionen inte innehåller en avtalsförpliktelse utan flera, och att dessa bör behandlas var för sig. Detta kan visas med ett enkelt exempel. Antag att tre personer väljer att införskaffa var sitt exemplar av ett och samma datorspel. Transaktionerna kan ha följande utseende:

1. Ida Marie går in i en affär och köper spelet på en cd. Därefter går hon hem och installerar spelet på sin dator och roar sig.
2. Mattias beställer spelet på postorder. Det skickas till honom på en cd som han efter betalning mot postförskott hämtar på posten. Därefter går han hem och installerar spelet på sin dator och roar sig.
3. Jakob laddar ned spelet från en webbplats efter att ha uppgett sitt kredtikortsnummer. Han öppnar den nedladdade filen och installerar spelet på sin dator och roar sig.

[183] Direktivets ingresspunkt 4. Se även Prop. 1999/2000:89, s. 20.

Om man ser till de tre transaktionerna kan tre avtalsförpliktelser urskiljas. Den första är att de tre personerna skall erlägga betalning. Den andra är att de skall få tillgång till den avtalade produkten. Den tredje är att de skall ha rätt att använda produkten. Den första förpliktelsen, betalningen, är mindre väsentlig i sammanhanget och bortses från i fortsättningen – det är de två andra som i egenskap av karaktärisitiska prestationer är intressanta vid en kategoriseringsdiskussion.

I princip kan man till följd av ovanstående exempel säga att de två kvarvarande transaktionsförpliktelserna leder till att avtalet utgörs av två olika delar. Den ena delen rör *tillhandahållandet av produkten*, den andra rör *rätten att använda produkten*. Dessa två delar har väsentlig betydelse för transaktionen som helhet, men spelar något varierande roller beroende på vilken av avtalsparterna man utgår ifrån. För användaren är tillgången till datorspelet typiskt det mest betydelsefulla. För upphovsmannen är regleringen av tillåtelsen att använda datorspelet den mest väsentliga delen av avtalet. Båda delarna måste föreligga för att ett fullständigt avtal skall vara för handen, varför ingen av dem kan anses viktigare än den andra vid en helhetsbedömning. Betraktat på detta vis framträder kategoriseringsproblemet i en ny dager. Det är inte en, utan två, kategoriseringar som måste utföras: Dels att fastställa på vilket sätt tillhandahållandet av produkten skall bedömas, dels att fastställa hur rätten att använda produkten skall bedömas. Följaktligen är det inte heller möjligt att sätta en etikett på transaktionen som helhet i form av vara eller tjänst eller ingetdera.

Vilken av de två delarna som sedermera kommer att ådra sig internationellt privat- och processrättsligt intresse är givetvis beroende av vad tvisten gäller. En tvist som t.ex. gäller fel i datorprogrammet beroende på att cd:n var oläsbar eller att den nedladdade filen var ofullständig faller under den del av avtalet som innebär att leverantören var skyldig att tillhandahålla den avtalade produkten. Skulle tvisten däremot gälla frågan om produkten helt eller delvis är oanvändbar beroende på att det finns begränsningar för användaren som strider mot den rätt att använda programmet som framgår av licensavtalet, då är det den andra delen av avtalet som aktualiseras.

8.3.2 Kategoriseringsproblem I: Tillhandahållandet av produkten

Den första delen av avtalet innebär att produkten skall tillhandahållas beställaren. Som framgår av de tre exemplen kan denna förpliktelse lösas på olika sätt. Hämtningsköpet i exempel 1 torde inte orsaka några problem vid tillämpningen av de berörda internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna. Leveransköpet i exempel 2 kommer att definieras som *leverans av en vara* eftersom programmet finns tillgängligt på en fysisk bärare. Kategoriseringsproblemet uppstår sålunda vid exempel 3. Skall förpliktelsen att tillhandahålla datorspelet betraktas som en vara, en tjänst ellert ingetdera när fysisk bärare saknas?

8.3.3 Kategoriseringsproblem II: Rätten att använda produkten

När produkten väl kommit beställaren tillhanda vill denne använda den. För att kunna använda ett datorprogram måste detta installeras på datorn. I samband därmed framträder ofta

villkoren för användandet, vilka måste accepteras för att programmet överhuvudtaget skall kunna användas, i ett *licensavtal* som innehåller förpliktelser för båda parterna.

Till skillnad från vad som gäller för *tillhandahållandet* finns det när det gäller rätten att *använda* produkten kategoriseringsmässigt inte lika tydliga skillnader mellan de olika exemplen. Oavsett om datorspelet köps i affär, på postorder eller laddas ned via Internet är det oklart om rätten att använda spelet kan kategoriseras som en vara, en tjänst eller ingetdera..

8.4 Om varu- och tjänstebegreppen i de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna

8.4.1 Inledning

Avsikten med innevarande avsnitt (avsnitt 8) är att undersöka om avtalsförpliktelserna rörande *tillhandahållandet av produkten* respektive *rätten att använda produkten* skall kategoriseras som leverans av varor, utförande av tjänster eller något tredje vid tillämpningen av de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna. För att en sådan undersökning skall låta sig göras är det nödvändigt att fastställa hur varu- och tjänstebegreppen i dessa bestämmelser skall tolkas. Detta kommer att ske i det följande. Det första steget är att utröna om det är möjligt att ge begreppen endast en förståelse trots att det rör sig om tre olika bestämmelser i tre olika regelverk. Det andra steget är att söka fastställa vilka kriterier som skall läggas till grund för förståelsen av begreppen. Eftersom såväl gemenskapsrättsliga som privaträttsliga kriterier kan komma att beaktas är det nödvändigt att även söka fastställa hur varor och tjänster definieras i gemenskapsrätten.

8.4.2 Allmänt om tolkningen av varu- och tjänstebegreppen i de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna

Eftersom Bryssel I-förordningen, Romkonventionen och Bryssel- och Luganokonventionerna saknar definitioner av begreppen vara och tjänst blir första frågan om denna avsaknad skall innebära att begreppen bör ges en för respektive regelverk autonom förståelse eller om de skall tolkas i enlighet med *lex causae*. Ett annat svar än autonom tolkning får närmast bedömas som uteslutet.[184] För det första är det en närmast generell huvudregel vid tolkningen av dessa regelverk att tillhörande begrepp skall ges en självständig förståelse.[185] För det andra skulle en tolkning enligt *lex causae* medföra risker för att identiska situationer bedöms olika beroende av vilket lands lag som är tillämpligt, en inkonsekvens som GD i möjligaste mån bemödar sig för att undvika vid tolkningen av gemenskapsrättsliga instrument.[186]

---

[184] Se t.ex. *Kropholler (2002)*, s. 138; *Donzallaz*, p. 6086 ff. och *Hertz (1998)*, s. 200. För en avvikande uppfattning, se *Østergaard (2003)*, s. 136, som menar att det må ”antages, at vare- og tjenesteydelsesbegrebet skal fastlægges i overensstemmelse med kontraktens lex causae”.

[185] Jfr t.ex. Romkonventionen art. 18.

[186] *Pålsson (2002)*, s. 38, menar att frågan främst aktualiseras då en enhetlig förståelse av regelverkens begrepp saknas i medlemsländerna. GD har därför i sin verksamhet strävat efter att ge dylika begrepp en ”självständig, av nationell rätt oberoende och för samtliga stater gemensam, tolkning…”.

Om man sålunda utgår ifrån att varu- respektive tjänstebegreppet skall tolkas autonomt blir nästa fråga om den autonoma tolkningen skall dras till sin spets i en sådan grad att begreppen ges en för respektive regelverk självständig förståelse, eller om de skall ges en tolkning som är enhetlig och användbar, oavsett om det är fråga om en tillämpning av Romkonventionen, Bryssel-/Luganokonventionerna eller Bryssel I-förordningen. Svaret kan knappast vara annat än en gemensam förståelse. Inte minst med tanke på regelverkens nära släktskap är det naturligt att klä begreppen i en uniform tolkning, dvs. att de skall ges samma innebörd oavsett vilket av de berörda regelverken man befinner sig i. I litteraturen används också korsvisa hänvisningar när det gäller de berörda bestämmelserna som helhet.[187]

Såvitt kan bedömas är det alltså fråga om en autonom, men för samtliga regelverk gemensam, förståelse av varu- respektive tjänstebegreppet som söks. Om begreppen skall tolkas i enlighet med den gemenskapsrättsliga förståelsen av vad som är vara respektive tjänst eller om det är en privaträttslig tolkning som bör anläggas kan dock inte utläsas av regelverken, tillknutna kommentarer eller av gängse tolkningsprinciper. Detta får således avgöras särskilt.

8.4.3 En EG-rättslig eller en privaträttslig förståelse

När man studerar de berörda bestämmelserna framgår det att begreppen *vara* och *tjänst* har en framträdande position. Att just dessa begrepp kommer till användning är på inget vis märkligt eftersom de båda är väl etablerade och fyller särskilda funktioner såväl i den offentligträttsligt präglade EG-rättsliga som i den privaträttsliga terminologin. Begreppens framträdande position gör att det vid en första bedömning är frestande att endast förhålla sig till bestämmelsernas ordalydelse och försöka avgöra om de berörda prestationerna skall utgöra varor eller om de skall utgöra tjänster.[188] Måhända är detta också en korrekt angreppsmetod. Anledningen skulle i så fall vara att bestämmelserna härstammar från gemenskapsrätten där alla kommersiella förpliktelser endast kan avse antingen en vara eller en tjänst.

I den internationellt privat- och processrättsliga litteraturen anförs ofta att begreppen vara respektive tjänst rent generellt skall förstås i ljuset av hur dessa begrepp kommer till uttryck i EG-fördraget.[189] För ett sådant antagande talar dessutom att GD vid flera tillfällen har påpekat att tolkning av sekundärrättsliga föreskrifter skall ske i överensstämmelse med EG-

---

[187] Se t.ex. *Kropholler (2002)*, s. 138, där han för tolkningen av Bryssel I-förordningen art. 5.1) b) hänvisar till Bryssel-/Luganokonventionerna art. 13.1 och Romkonventionen art. 5.1. För liknande hänvisningar, se t.ex. *Donzallaz*, p. 6093; *Philip (1994)*, s. 92 och s. 152; *Pålsson (2002)*, s. 148 f.

[188] Så t.ex. *Debusseré*, s. 350; *Foss & Bygrave*, s. 108 ff. och *Østergaard (2003)*, s. 169 f.

[189] Så t.ex. *Kropholler (2002)*, s. 138 och *Hertz (1998)*, s. 200, som anför att det är ”reasonable to assume that the Court of Justice will seek guidance in its decisions on the concepts of goods and services in the Treaty of Rome”. Även i schweizisk rätt, där Luganokonventionen i rättspraxis till viss del tolkas självständigt, se t.ex. kommentar av *Donzallaz*, p. 6086, har man i doktrinen givit uttryck för att EG-fördragets tolkning är användbar:: ”…la définition donnée à la notion de fourniture de services par le traité de Rome est utile à la bonne compréhension de l’art. 13 al. 1 ch. 3 CB/CL”, *Donzallaz*, p. 6091 f.

fördraget och med gemenskapsrättens allmänna principer.[190] Betydelsen av en gemenskapsrättslig tolkning är generellt stor eftersom flertalet av de avtal som kommer i betraktande vid en tillämpning av de internationellt privat- och processrättsliga regelverken även på andra sätt kan komma att omfattas av EG-rättsliga normer. Detta kan förklara varför t.ex. Kropholler hållning rörande tolkningen av Bryssel I-förordningen formuleras på följande vis:[191]

> Der Kauf beweglicher Sachen ist vor allem der Warenkauf. Die Abgrenzung zu unbeweglichen Sachen, deren Kauf nicht erfasst ist, hat gemeinschaftsrechtlich autonom zu erfolgen.
>
> …
>
> Der Begriff Dienstleistungen ist im Zusammenhang mit dem sonstigen Gemeinschaftsrecht zu sehen.

I vilken utsträckning denna uppfattning kommer att delas av GD är emellertid oklart – ännu saknas relevant rättspraxis rörande frågeställningen. Intressant är däremot att det tycks råda en konsensus om att den gemenskapsrättsliga förståelsen skall läggas till grund och vara vägledande vid tolkningen av begreppen vara och tjänst. Inte i något sammanhang har, såvitt är känt, det framförts några skäl eller övertygande argument för åsikten att begreppen skall definieras *exakt* så som i EG-fördraget.

Ovan påpekades att det kunde vara frestande att enbart se till ordalydelsen och försöka kategorisera alla typer av avtalsförpliktelser som antingen rörande varor eller rörande tjänster. Denna frestelse dämpas emellertid avsevärt om man beaktar den privaträttsliga innebörden av begreppen vara och tjänst. Som nämnts är t.ex. ett avtal om nyttjanderätt i en gemenskapsrättslig kontext att betrakta som en tjänst, är det långtifrån säkert att förpliktelsen kan anses falla under den klassiskt privaträttsliga förståelsen av att *utföra* en tjänst, jämför tillfället då jag under en semester gav en god vän rätt att använda min bostad.

Det faktum att begreppen vara och tjänst återfinns såväl i det offentligrättsligt präglade gemenskapsrättsliga som i det privaträttsliga systemet leder dessvärre inte till någon ökad klarhet om hur de skall förstås vid tillämpningen av de nämnda internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna. Min slutsats är att det är rimligt att utgå ifrån att en gemenskapsrättslig förståelse kommer att tillerkännas ett betydligt inflytande vid tolkningen av begreppen vara och tjänst i de internationellt privat- och processrättsliga regelverken, men samtidigt att det är sannolikt att dessa definitioner inte kommer att vara allenarådande. Anledningen är att det är nödvändigt att ta hänsyn till utformningen av de konkreta avtalsförpliktelser som kommer i betraktande när de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna skall tillämpas – avtalsförpliktelser som i privaträttsligt avseende har liten eller ingen anknytning till begreppen varor och tjänster. En stötesten i sammanhanget är att det saknas tydliga definitioner av begreppen varor och tjänster i gemenskapsrätten. Om det skall vara

---

[190] Se t.ex. mål C-98/91, Herbrink, REG 1994 s. I-223, p. 9, vari GD uttalade att "where it is necessary to interpret a provision of secondary Community law, preference should as far as possible be given to the interpretation which renders the provision consistent with the Treaty and the general principles of Community law".

[191] *Kropholler (2002)*, s. 138.

möjligt att låta den gemenskapsrättsliga tolkningen av begreppen vara vägledande är det nödvändigt att undersöka hur denna tolkning ser ut.

8.4.4 Allmänt om den gemenskapsrättsliga tolkningen av begreppen vara och tjänst

I sökandet efter en gemenskapsrättslig förståelse av begreppen vara respektive tjänst får vägledning sökas såväl i den primära rätten som i sekundärrätten. I EG-fördragets art. 50 definieras tjänstebegreppet negativt som ”prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer”. Konsekvensen av denna definition är att så länge en prestation inte avser kapital, måste den avse antingen en vara eller en tjänst.[192] Därmed bortfaller prestationer som avser värdepapper eller betalningsmedel, eftersom dessa i allmänhet omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet för kapital.[193]

EG-fördragets begreppssfär är sådan att samtidigt som tjänstebegreppet definieras negativt saknas en definition av begreppet vara. Därmed uppstår en stor osäkerhet om vilka produkter som skall anses utgöra varor, vilket i sig försvårar arbetet med att försöka urskilja en avgränsning mot begreppet tjänst.[194] Osäkerheten rörande definitionen av varubegreppet blir inte mindre av att detta i vissa språk uttrycks med flera olika ord.[195] I nordisk rättstradition avser vara i normalfallet gods i sådan fysisk form som även uttrycks med begreppet ”lösöre”. I den engelska lydelsen av art. 50 används uttrycket goods, vilket i vid betydelse åsyftar egendom med visst förmögenhetsvärde och som är rörligt (movable). Detta innebär att även lös egendom utöver de lösa saker som begreppet lösöre normalt åsyftar skulle kunna tolkas in i varubegreppet.[196] Om så också är fallet är oklart.

Eftersom innebörden av varubegreppet inte framgår tydligare av EG-fördraget är det relevant att undersöka hur det definierats i rättstillämpningen. Någon precisering av en skiljelinje mellan varor och tjänster har visserligen inte kommit till uttryck i något avgörande, men i ett antal fall har GD klargjort vissa principer som skall läggas till grund för avgörandet om huruvida det är fråga om vara eller tjänst.

---

[192] Sett till den elektroniska handeln påverkas avgränsningen mot kapital i mycket liten mån av att prestationen är digital. En eventuell avgränsning mellan varor och kapital får ske i enlighet med gemenskapsrättsliga principer. Angående dessa, se t.ex. *Oliver*, s. 17 ff. och *Quitzow*, s. 92 f.

[193] Jfr mål 7/78 Thompson [1978] ECR 2247. Skulle en digital prestation utgöras av elektroniska värdeenheter, t.ex. elektroniska pengar, får denna som utgångspunkt också hänföras till kategorin kapital.

[194] Problematiken har behandlats i ett flertal sammanhang, se t.ex. *Oliver*, kap. 2; *Quitzow*, kap. 4, *Moëll*, kap. 1.8.

[195] Medan den svenska versionen av fördraget genomgående använder uttrycket varor, liksom den tyska använder *Waren* och den danska *varer*, finner man i den engelska versionen såväl uttrycket *goods* i några artiklar som uttrycket *products* i vissa andra. Liknande uppdelning återfinns i den franska versionen, *marchandises* resp. *produits* och i den italienska, *merci* resp. *produtti*. Enligt *Oliver* skall detta dock mera ses som ett uttryck för en önskan om omväxling snarare än som uttryck för en faktisk skillnad mellan innehållet i uttrycken, se *Oliver*, s. 16.

[196] Se Prop. 1999/2000:89, s. 23 f.

För det första har GD givit uttryck för att med varor förstås ”*produkter som kan värderas i pengar och som i den egenskapen omfattas av handel*”.[197] Hur vitt detta uttalande kan tolkas är omdiskuterat. Medan Quitzow anser att uttalandet skall ges en vid tolkning[198] menar Oliver att den av GD uttalade uppfattningen inte kan betraktas som en uttömmande definition. Enligt Oliver är det endast fråga om att domstolen har gett företräde åt en princip som innebär att den i varje givet fall ”*[must] follow a functional approach*”.[199] Det finns enligt Oliver produkter som både kan värderas i pengar och bli föremål för kommersiella transaktioner, men som ändå inte skall betraktas som varor – i annat fall skulle varubegreppet bli för omfattande.

För det andra har GD givit uttryck för att *immateriella rättigheter* i sig inte är att betrakta som varor. Historien kom att visa att Olivers mera försiktiga inställning ovan stämde överens med GD:s uppfattning. I fallet Jägerskiöld[200] inskränkte GD nämligen den nyss uttryckta definitionen. I fallet behandlades frågan om huruvida rätt till spinnfiske samt de fisketillstånd som följer av en sådan rätt skulle kunna utgöra varor. Detta hävdades av käranden som menade att både fiskerätten och tillhörande tillstånd kunde såväl värderas i pengar som överlåtas till annan, varför dessa var att betrakta som varor i enlighet med GD:s tidigare uttalande. Domstolen underkände resonemanget och påpekade att dessa kriterier inte nödvändigtvis medförde att fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor blir tillämpliga. Den avgörande skillnaden mellan fallen var enligt GD:s motivering att det i förstnämnda fallet inte var ”stridigt huruvida varorna ifråga utgjorde produkter”. En immateriell rättighet är inte en produkt och följaktligen inte heller en vara. Slutsatsen blir således att det krävs att det är fråga om en produkt för att GD skall klassificera någonting som vara. *För det tredje*, och i enlighet med nyss nämnda avgöranden, har GD givit uttryck för att *ett immateriellt verk knutet till en fysisk bärare* är att anse som ett exemplar av en vara. Fallet GEMA m.fl. gällde import till Tyskland av ljudinspelningar av skyddade musikaliska verk som saluförts i andra medlemsstater i gemenskapen.[201] GEMA, som tillvaratog upphovsrättsinnehavarnas intressen, gjorde gällande att importen utgjorde ett intrång i rättighetsinnehavarnas upphovsrätt. De sistnämnda hade i för sig gett samtycke till tillverkning och spridning av de berörda verken, men de avtalade licensavgifterna hade endast beräknats på grundval av spridning i tillverkningslandet England. När inspelningarna spreds till Tyskland menade GEMA att rättighetsinnehavarna också hade rätt att kräva licensavgifter för denna marknad. Angående inspelningarnas status uttalade domstolen följande:

---

[197] Se mål 7/68 Commission v. Italy [1969] ECR 423.

[198] *Quitzow*, s. 89. Han hänvisar vidare till det senare avgörandet, mål 72/83, Campus Oil [1984] ECR 2727, där GD uttalar att principen om fria varurörelser omfattar alla varor bortsett från dem som uttryckligen undantas från fördragets tillämpningsområde (dvs. vapen, ammunition och krigsmaterial).

[199] *Oliver*, s. 16. Citatet hämtar Oliver från generaladvokaten N. Fennellys uttalande i målet C-97/98 Jägerskiöld v. Gustafsson [1999] ECR I-7319.

[200] Mål C-97/98 Jägerskiöld mot Gustafsson [1999] ECR I-7319.

[201] De förenade målen 55/80 och 57/80 Musik-Vertrieb membran mot GEMA REG 1981 s. 147.

> ”Det bör först och främst understrykas att ljudinspelningar, även om de innehåller skyddade musikaliska verk, är varor som omfattas av den ordning med fri rörlighet för varor som föreskrivs i EEG-fördraget.” [202]

Den ekonomiska aspekten av upphovsrätten (som frågan gällde) kunde enligt domstolen inte beaktas eftersom varken en rättighetsinnehavare, en licenstagare eller av någon till dessa parter knuten organisation kan hindra eller begränsa importen av ljudinspelningar som lagligen förts ut på en medlemsstats marknad. Eftersom den gemensamma marknaden kännetecknas av fri rörlighet för varor kan upphovsmannen välja från vilken medlemsstat verket skall föras ut på marknaden, men när så väl har skett kan några inskränkningar i rörligheten inte motiveras genom hänvisningar till den ensamrätt att utnyttja verket som upphovsrätten ger. En sådan praxis, fortsätter domstolen, ”skulle innebära att ett privat företag skulle kunna införa en avgift på import av ljudinspelningar som redan omsatts fritt på den gemensamma marknaden, på grund av att dessa passerat en gräns”. Fallet ger en god inblick i några av de upphovsrättsliga frågeställningar som uppstår när exemplar av immateriella verk förs över nationella gränser. Dessutom bekräftar det att ett verksexemplar som är knutet till en överlåtbar fysisk bärare (i fallet en ljudinspelning) skall betraktas som en vara.

För det fjärde har GD slutligen givit uttryck för att även om ett verk knutet till en fysisk bärare, t.ex. en film, skall betraktas som en vara så skall en transmission i form av en TV-sändning av samma film betraktas som en tjänst. Fallet Sacchi[203] gällde TV-sändningar i Italien som utfördes i strid mot det rådande TV-monopolet. GD ställdes bl.a. inför frågan huruvida det var reglerna om varors fria rörlighet eller reglerna om fritt tjänsteutbyte som skulle tillämpas. Svaret blev att TV-sändningar är sådana tjänster som faller under fördragets bestämmelser om fritt tjänsteutbyte. Av särskilt intresse är att man gjorde en skillnad mellan TV-sändningen å ena sidan och handeln med materiel och annan utrustning, såsom ljudupptagningar och filmer, som används för TV-sändning å andra sidan. De sistnämnda klassificerades explicit som varor.[204] I domen görs således en åtskillnad mellan identisk information beroende av om den transmitteras (TV-sändningen) eller om den är bunden till en fysisk bärare (ljudupptagning och film). Transmitteringen är tjänst medan ljudupptagning resp. film är varor.

De ovan nämnda principerna ger inget entydigt svar på vad som är vara och vad som är tjänst i en gemenskapsrättslig kontext. I brist på bättre ger de dock viss vägledning i strävan att finna en lösning på kategoriseringsproblemet vid elektronisk handel.

---

[202] De förenade målen 55/80 och 57/80, 1981, p. 8.xx

[203] C-155/73 Sacchi [1974] ECR 409. Jfr C-52/79 Debauve [1980] ECR 833.

[204] C-155/73 Sacchi [1974] ECR 409, p. 7.

8.5 Förslag till lösning – vara, tjänst eller något tredje?

8.5.1 Inledning

Som framgår av tidigare avsnitt skyms utsikten över en tydlig och lättöverskådlig lösning på kategoriseringsproblemet av oklarheter. Det är oklart hur kategoriseringsproblemet egentligen skall formuleras – som anförts i avsnitt 8.2 finns det skäl att utgå ifrån att direkta elektroniska transaktioner innehåller flera avtalsförpliktelser. Det är vidare oklart vilken innebörd begreppen vara och tjänst egentligen har i de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna – bland annat är frågan om det är en offentligrättslig präglad gemenskapsrättslig eller privaträttslig förståelse som bör läggas till grund vid tolkningen av begreppen. Sistnämnda oklarhet kompliceras ytterligare av att oklarhet även råder rörande begreppens innebörd i gemenskapsrättsligt hänseende. Det enda som egentligen är klart är att den rådande skymningen kommer att kvarstå tills GD genom framtida avgöranden bringar klarhet på dessa punkter.

I det följande skall ett förslag till lösning presenteras. Resonemanget kommer att baseras på förutsättningen att transaktionen bör delas upp i två avtalsförpliktelser som måste bedömas var för sig, nämligen *tillhandahållandet av den avtalade produkten* respektive *rätten att använda produkten*. Den oklarhet som råder rörande den egentliga innebörden av begreppen vara och tjänst i de internationellt privat- och processrättsliga regelverken är svår att komma till livs. Som angetts i avsnitt 3.3 kommer definitionerna i EG-fördraget sannolikt att vara vägledande vid tolkningen, men rimligen finns det även utrymme för privaträttsliga synpunkter. Att på förhand ange hur stort ett sådant utrymme bör vara synes ogörligt. Det är först vid en konkret bedömning som det framgår i vilken utsträckning det uppstår disharmoni mellan de EG-rättsliga och det privaträttsliga tolkningarna.

8.5.2 Kategoriseringen av förpliktelsen att tillhandahålla den avtalade produkten

Av de exempel som beskrevs i avsnitt 8.1 visar det sig att tillhandahållandet av ett exemplar kan ske på flera sätt. Skillnaden mellan exemplen beskrevs under 8.2.2 som att så länge exemplaret är bundet till en fysisk bärare kommer tillhandahållandet att bedömas som en *leverans av en vara*. Denna konklusion orsakar inga svårigheter i vare sig EG-rättslig eller privaträttslig mening. När förpliktelsen att tillhandahålla ett *exemplar som inte är knutet till en fysisk bärare* skall kategoriseras faller det sig därmed naturligt att som utgångspunkt pröva förutsättningarna för att även betrakta detta tillhandahållande som leverans av en vara i de internationellt privat- och processrättsliga regelverkens mening.

I avsnitt 8.3.3 antogs att den gemenskapsrättsliga förståelsen av begreppet vara har stor betydelse för tolkningen av varubegreppet i de internationellt privat- och processrättsliga regelverken. Därmed är förutsättningen för att ett exemplar som inte är knutet till en fysisk bärare skall kunna kategoriseras som en vara i dessa regelverk att den också kan göra det i en gemenskapsrättslig mening. I brist på tydliga definitioner i gemenskapsrätten får de av GD fastslagna principerna för vad som skall anses utgöra vara respektive tjänst, se avsnitt 8.3.4, bilda underlag för en sådan undersökning.

Den första principen innebär att med begreppet varor förstås produkter som kan värderas i pengar och som i den egenskapen omfattas av handel. Att exemplar som inte är knutna till fysiska bärare är föremål för transaktioner är obestridligt. Därmed står också klart att de utgör produkter som kan värderas i pengar. Frågan är däremot *vad* det är som kan värderas i pengar. Är det själva exemplaret i sig eller rätten att använda produkten. Är svaret det senare kan ett exemplar som inte är knutet till en fysisk bärare inte anses utgöra en vara i gemenskapsrättslig mening: den av GD uttryckta *andra principen* innebär nämligen att *immateriella rättigheter* inte är att betrakta som varor. För att besvara frågan är det ånyo nödvändigt att beakta att transaktionen består av flera delar.

> Att hävda att det endast *är rätten att använda produkten* som skall värderas i pengar kan, starkt förenklat, framkalla den märkliga situationen att en användare har rätt att använda spelet, utan att få tillgång till själva spelet. Att å andra sidan argumentera för att det endast är *exemplaret* som skall värderas i pengar kan, lika starkt förenklat, framkalla den märkliga situationen att användaren får tillgång till själva spelet, men ingen rätt att använda det.

Det är således nödvändigt att beakta transaktionens komplexitet och acceptera att värderingen i pengar omfattar såväl den digitala produkten i sig som rätten att använda densamma. Så är också fallet vid köp av t.ex. ett datorprogram på en cd. Som framgår av den *tredje principen* anses sådana produkter utgöra varor. Om man accepterar att såväl produkten som rätten att använda densamma kan värderas i pengar när t.ex. ett datorspel tillhandahålls på en cd, saknas anledning att inte acceptera att så även kan vara fallet när spelet tillhandahålls som ett exemplar som inte är knutet till en fysisk bärare.

Den tredje principen är svårbedömd i ett annat hänseende. Frågan är om det immaterialrättsliga verket som är knutet till en fysisk bärare betraktas som vara just av den anledningen att det är fråga om ett fysiskt föremål.[205] Begreppet vara är någonting som vanligen associeras med fysiska föremål, varför ett exemplar av en produkt som inte är knutet till en fysisk bärare kan synas falla utanför definitionen. Något egentligt svar på frågan är svårt att utläsa av såväl fördraget som tolkningar från GD. Ett steg närmare svaret kan tas genom tankeexperimentet att vända på frågan: Finns det någonting som talar *mot* att en produkt kan anses som vara, trots att den inte är knuten till en fysisk bärare? Svaret är nekande – någon grund för ett sådant påstående kan inte utläsas. Om man dessutom rör sig in på andra rättsområden av gemenskapsrätten, vilket i och för sig bör ske med största försiktighet, kan man konstatera att det finns områden där begreppet vara i vissa sammanhang omfattar storheter som inte är av beröringsbar beskaffenhet. Så har t.ex. på *mervärdesskatteområdet* klargjorts att varubegreppet är såpass vidsträckt att det även omfattar elektricitet, gas, värme och kyla – storheter som samt-

[205] Jfr *Larsson*, s. 95 som vid tillämpning av Romkonventionen anser att ”Uttrycket vara bör förstås i betydelsen lös sak, och inte lös egendom”. I sammanhanget hänvisar hon till att det stämmer överens med vad som gäller enligt konsumentköplagen. Även om det endast är i ytterst begränsad omfattning som svenska domstolar vid tillämpning av Romkonventionen har rätt att begära tolkningsbesked från GD, är det tveksamt om betydelsen av den svenska konsumentköplagens bestämmelser bör tillmätas något större värde vid tolkningen av konventionen. Eftersom det är en del av den traktatstyrda lagstiftningen bör begreppen ges en autonom förståelse, jfr *Pålsson (1998)*, s. 25, som anser att den bör ”rimligtvis också tolkas i ett gemenskapsrättsligt perspektiv”.

liga anses utgöra materiell egendom, liksom vissa sakrätter.[206] Med tanke på att sekundärrätten omfattar flera olika rättsområden med olika regleringsmål för ögonen bör man vara försiktig med att dra allt för stora växlar på sådana definitioner och uttryck som formuleras i dessa, särskilt när det inte är privaträttsliga förhållanden som regleras. Icke desto mindre, och framför allt mot bakgrund av att ingenstans har motsatsen hävdats, finns det skälig anledning att antaga att åtminstone vissa exemplar som inte är knutna till fysiska bärare kan kvalificeras som varor. Så torde åtminstone vara tillfället då ett datorspel, ett stycke musik eller en film laddas ned för att kunna användas vid upprepade tillfällen. Är det däremot fråga om en digital produkt som endast används för stunden, som t.ex. vid direktuppspelning av musik eller film, talar ingenting för att produkten utgör en vara. Detta i analogi med den av GD uttryckta *fjärde principen* om att även om ett verksexemplar knutet till en fysisk bärare, t.ex. en film, skall betraktas som en vara så skall en transmission i form av en TV-sändning av samma film betraktas som en tjänst. Även om man utsträcker varubegreppet till att omfatta en film som laddas ned i form av en digital produkt är det varken möjligt, lämpligt eller ens önskvärt att göra detsamma med transmissionen av en film. Såväl radio- som TV-sändningar tillhandahålls i dag via Internet och kan direktuppspelas och avnjutas genom användarens dator. Dessa transmissioner utgör inte varor då de riktas mot radio- respektive TV-apparater och kan följaktligen inte heller göra det då de nås via Internet eller andra digitala nätverk. Denna slutsats omfattar givetvis all form av direktuppspelning (eng. *streaming*), varvid det vid sidan av musik och film främst torde vara spel som spelas *online* utan att ha föregåtts av en nedladdning som aktualiseras.

Även om det inte kan utläsas av den fjärde principen i sig får likaledes avtal som innebär att man ges rätt att inhämta information via databaser som utgångspunkt kvalificeras som tjänster. Köper jag Nationalencyklopedin i bokform är det fråga om en vara. Ingår jag däremot ett sådant avtal om tillträde till Nationalencyklopedins webbplats som innebär att jag har rätt att använda deras databas torde det i en gemenskapsrättslig mening vara fråga om en tjänst.

Slutsatsen är alltså att det i en gemenskapsrättslig kontext finns förutsättningar för att betrakta vissa digitala produkter som varor, nämligen de som laddas ned och sparas för att kunna användas vid framtida tillfällen.[207] Andra typer av digitala produkter, d.v.s. sådana som endast är avsedda att komma till användning för stunden saknar dock nämnda förutsättningar och får sålunda kvalificeras som tjänster i ett gemenskapsrättsligt sammanhang. Det gäller främst vid direktuppspelning av produkten eller andra tillfällen då nedladdning till den egna datorn inte är nödvändig för att produkten skall kunna användas.

---

[206] Se rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter, art. 5.

[207] Jfr *Debusseré*, s. 350 f., som utan djupare analys når samma resultat med hänvisning till främst holländsk och fransk doktrin. Se även *Schmitt*, s. 145 ff. och *Mankowski (2004)*, s. 128 f.

Nästa fråga är om denna slutsats är i överensstämmelse med den privaträttsliga förståelsen av begreppet vara. Så torde vara fallet. Frågan har behandlats i anknytning till frågan om huruvida digitala produkter är omfattade av begreppet gods i den mening som det kommer till uttryck i CISG. Även om det kan anses helt utrett har under senare tid åsikten att så skall vara fallet framförts.[208] Sett med nordiska ögon räcker det att hänvisa till de respektive ländernas köplagar som explicit förklarar att de är tillämpliga på lös egendom (dvs. inte det lösöresbetingade begreppet lösa saker). Av köplagarnas fortsatta terminologi används begreppet vara genomgående för att beskriva egendomen – någon distinktion mellan lösa saker å ena sidan och lös egendom i övrigt å andra sidan går ej att utläsa. Den ovan presenterade slutsatsen synes således giltig även i ett privaträttsligt perspektiv.

8.5.3 Kategoriseringen av rätten att använda produkten

Rätten att använda ett datorspel är oberoende av frågan om spelet köps i affär, på postorder eller laddats ned via Internet, se ovan under avsnitt 8.3.3. Oavsett vilket är det, som framgår i avsnitt 8.2, nämligen svårt att privaträttsligt kategorisera ett licensavtal som en vara eller en tjänst. I den internationellt privat- och processrättsliga litteraturen har också framförts åsikten att licensavtal inte inkluderas vare sig i sådana avtal som rör leverans av varor eller i sådana som rör utförande av tjänster.[209]

Förpliktelsen att tillhandahålla rätten att använda en digital produkt som laddas ned på användarens dator är detsamma som förpliktelsen att tillhandahålla en immateriell rättighet. Enligt den *andra principen* i avsnitt 8.4.4 har GD givit uttryck för att immateriella rättigheter i sig inte är att betrakta som varor. Därmed kvarstår frågan om det är möjligt att karaktisera förpliktelsen som en tjänst. I gemenskapsrättslig mening är det inte svårt – om de nämnda rättigheterna inte är varor så måste de vara tjänster. I flera direktiv karakteriseras också förpliktelsen som ”*online*-tjänster” eller liknande. I ett fall har även GD bedömt att under vissa omständigheter så kan tillhandahållandet av en nyttjanderätt till en fastighet anses utgöra en tjänst.[210]

Men kan det motiveras att denna tjänst ”blir utförd” vid tillämpning av de internationellt privat- och processrättsliga regelverken? Ingår jag ett avtal med en målare om att få mitt staket målat är prestationen uppenbar, tjänstens utförande ställer krav på ett visst agerande som leder till förändring. Är jag inte nöjd med tjänstens utförande framför jag krav om en förbättring eller att tjänsten skall utföras på nytt. Erhåller jag licens att använda ett datorprogram saknas en uppenbar tjänsteprestation: jag kan välja att använda programmet och jag kan välja att låta bli att göra det. Resultatet är beroende av mitt eget agerande, inte någon annans. Mot bakgrund av strukturen i ett licensavtal, främst att detta reglerar förutsättningarna för ett an-

---

208 Se t.ex. *Debusseré*, s. 350; *Mankowski (1999)*, s. 232; *Schmitt*, s. 155.

209 *Plender & Wilderspin*, s. 144 f.; *Pålsson (2002)*, s. 102. Jfr även *Blok*, s. 58.

210 Mål C-423/97 Travel Vac, REG 1999 s. I-2195. Domstolen betonade dock omständigheten att värdet av vissa tjänster som också utgjorde en del av avtalet översteg värdet av rätten att utnyttja fastigheten.

vändande av den digitala produkten, förefaller det långsökt att tala om ett agerande i form av leverans av en vara eller utförande av en tjänst.

Långsökt eller ej är det emellertid inte omöjligt att även licensavtalet står inför en kategorisering i ett framtida avgörande; i bakgrunden spökar nämligen gemenskapsrättens ofrånkomliga uppdelning av transaktioner i kategorierna varor och tjänster. En framtvingad argumentation för att en rätt att använda en digital produkt skall ses som leverans av en vara eller utförande av en tjänst förefaller närmast malplacerad, men utgör likväl inget scenario som helt kan uteslutas. Pressad dithän skulle möjligen följande argumentation kunna tillgripas, om inte annat som en utmanande tankemodell:

> I sin avhandling *Immaterialretspositioner* konstaterade Koktvedgaard, en av de största auktoriteterna i Norden inom ämnet immaterialrätt, att immaterialrätten (och upphovsrätten) betraktat rent konstruktivt-analytiskt utgör en *förbudsrätt*.[211] Konstaterandet bygger på ett tankeexperiment där han undersöker vad immaterialrätten fyller för funktion för upphovsmannen:
>
> ”Når man … spørger, hvad immaterialretten i grunden så bringer ham, må svaret blive, at han i hovedsagen tillægges nogle rent negative beføjelser, der ganske vist er særdelse betydningsfulde, men som dog ikke kan beskrives positivt af den grund. Han kan forbyde andenmand at offentliggøre værket, fremstille exemplarer af dette, udnytte opfindelsen o.s.v., men hans egen positive råden (över verket, *min anm.*) ændrer i hovedsagen ikke karakter.”
>
> Betecknandet av upphovsrätten som förbudsrätt medför att prestationen kan betraktas i ett nytt sken. En jämförelse med staketmålarens prestation kan användas som exempel – det målaren gör får *alla* göra, men det upphovsmannen har gjort får *ingen* göra. Licensgivarens tjänsteprestation i licensavtalet skulle därmed inte baseras på en aktiv handling, utan i stället på ett *passivt agerande*, nämligen att inte göra gällande den förbudsrätt som tillkommer honom. Staketmålarens uppgift startar från en slags nollpunkt och avslutas då staketet är fullständigt färdigmålat. Upphovsmannens verk är fullständigt färdigt vid avtalets ingående, prestationen är att inte stoppa andra att använda detsamma i enlighet med avtalet.

Argumentationen fyller närmast en funktion som teoretisk modell och förefaller, om än korrekt i detaljerna, något krystad vid en bedömning av licensavtalet vid direkt elektronisk handel. Frågan om i vilken utsträckning ett licensavtal kommer att kategoriseras som vara, tjänst eller ingetdera står fortfarande öppen och får avgöras av rättstillämpningen, i sista hand GD.

8.5.4 Är slutsatserna förenliga med upphovsrätten?

I ett inledande skede visades att upphovsrättsliga aspekter måste beaktas för att en korrekt kategorisering skall kunna genomföras. Det finns således skäl att undersöka hur slutsatserna i de två tidigare avsnitten förhåller sig till upphovsrätten. Vid en första bedömning tycks det inte föreligga några problem. Upphovsrätten synes varken påverka eller påverkas av den genomförda kategoriseringen, vilket främst torde ha sin grund i att denna kategoriseringsproblematik är mindre relevant i ett upphovsrättsligt hänseende. Det förefaller helt enkelt inte finnas något behov av att förhålla sig till begreppen varor och tjänster; en indelning av prestationer som det ena eller det andra fyller inte någon funktion och blir därmed ovidkommande för detta rättsområde.

---

[211] *Koktvedgaard*, s. 196 f.

Mot denna bakgrund är det beaktansvärt att begreppen vara respektive tjänst utgör en del av terminologin i det s.k. Infosocdirektivet,[212] ett direktiv vars syfte är att anpassa upphovsrätten till den digitala teknikens möjligheter. I ingressen uttalas bl.a. följande:

> (28) I det upphovsrättsliga skyddet enligt detta direktiv ingår ensamrätt att bestämma över spridning av verk som ingår i en fysisk vara. Genom den första försäljningen inom gemenskapen av originalet eller kopior av ett verk, om den görs av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke, konsumeras bestämmanderätten över vidareförsäljningen av föremålet inom gemenskapen.
>
> …
>
> (29) Frågan om konsumtion uppstår inte då det gäller tjänster, särskilt inte i fråga om *online*-tjänster.
>
> …
>
> Till skillnad från cd-rom och cd-i, där immateriella rättigheter ingår i ett fysiskt medium, nämligen ett exemplar av en vara, är varje *online*-tjänst en handling för vilken tillstånd krävs, om den omfattas av upphovsrätt eller en närstående rättighet.

I punkterna används begreppen vara och tjänst på ett sådant sätt att de ger intryck av att verk knutna till fysiska medium utgör varor, medan verk som ingår i *online*-tjänster ses som tjänster. Frågan blir därför om användningen av begreppen i dessa punkter skall ses som uttryck för en upphovsrättslig kategorisering, förstått på så vis att det *inom upphovsrätten* uppstått ett behov av att kategorisera prestationerna vid bl.a. elektronisk handel såsom varande antingen varor eller tjänster. En sådan upphovsrättslig kategorisering skulle helt naturligt kunna inverka på de ovan presenterade konklusionerna rörande det internationellt privat- och processrättsliga kategoriseringsproblemet.

Såvitt kan bedömas skall frågan besvaras nekande; det tycks inte föreligga något sådant upphovsrättsligt behov och de nämnda konklusionerna påverkas därmed inte heller. Motiveringen till denna bedömning skall presenteras i det följande.

För att förstå innebörden av ingresspunkterna 28 och 29 är det nödvändigt att se till deras syfte. Detta är inte att definiera en indelning av avtalsobjekt i kategorier avseende varor och tjänster. Syftet är i stället att klargöra hur den inom upphovsrätten betydelsefulla *konsumtionsprincipen* skall tillämpas när exemplar av skyddade verk omsätts genom elektroniska transaktioner. Begreppen vara respektive tjänst synes därvid fylla en funktion som ”förklaringstermer” eftersom de underlättar förståelsen för tillämpningen av konsumtionsprincipen i en digital miljö. För att till fullo förstå hur så kan vara fallet krävs en insikt i konsumtionsprincipens betydelse vid transaktioner som rör upphovsrättsligt skyddade objekt. En förklarande utvikning är därför på sin plats.

För att en upphovsman skall kunna leva av sitt verk måste det föras ut på marknaden. Antag att verket utgörs av ett musikstycke. Enligt upphovsrätten har upphovsmannen såväl

---

[212] Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället., ingresspunkt 9. Direktivet avser att genomföra de konventioner som WIPO antog 1996 för att anpassa upphovsrätt och närstående rättigheter till den digitala teknologin, WIPO Copyright Treaty (WCT) och Wipo performances and Phonograms Treaty (WPPT). Direktivet är i skrivande stund på väg att införlivas i svensk rätt, se DS 2003:35.

exklusiv rätt att framställa nya exemplar av musikstycket som att bestämma om och hur dessa exemplar skall spridas på marknaden. Just spridningsrätten blir emellertid problematisk när ett exemplar väl har omsatts. Säg att musiken säljs på en cd – hur skall upphovsmannens rätt att bestämma om och hur ett exemplar skall spridas stå i relation till den *äganderätt* som en förvärvare av cd:n kan åberopa? Denna konflikt mellan två rättigheter löses på följande sätt inom upphovsrätten: En lovlig försäljning av ett *exemplar knutet till en fysisk bärare* medför att upphovsmannen förlorar rätten att bestämma över vidarespridning av det sålda exemplaret, man säger att dennes rättigheter härvidlag *konsumeras*.[213] Exemplarägaren har äganderätten till det fysiska exemplaret och kan fritt t.ex. sälja det eller ge bort det. Upphovsmannens rätt att bestämma över *vidarespridningen* av det fysiska exemplaret har konsumerats, *men* han har fortfarande upphovsrätten till verket som sådant.

Konsumtionsprincipen gäller alltså så länge det är fråga om exemplar av verk som är knutna till fysiska bärare. Det fysiska exemplaret av verket lämnar upphovsmannen och blir en del av förvärvarens egendom. När upphovsrättsrättsligt skyddade verk vid direkt elektronisk handel tillhandahålls *utan* att vara knutna till fysiska bärare är det svårt att upprätthålla den vedertagna tankegången.[214] Rognstad beskriver skillnaden på följande vis:[215]

> En grunnleggende forskjell mellom digitale overføringer og spredning av fysiske eksemplarer, er at avgiveren – eller formidleren – av åndsverket i den sidstnevnte situasjon *avgir rådighet* over det *eksemplar* han besitter. Ved digitale overføringer derimot er det kun tale om overføring av *data*, hvilket innebærer at avgiveren normalt beholder sin verkstilgang uforandret. I nær tilknytning til dette er verkstilgangen ved fysiske eksemplarer knyttet til en *bærer* med en bestemt økonomisk verdi. Videreomsætning av eksemplarerne innebærer slik set, at man kvitter seg med de enkelte *bærere* av åndsverket som man selv har kjøpt eller fått. Situasjonen vil kunne være helt anderledes ved digitale overføringer, der verkstilgangen ikke er knyttet til noen fysisk bærer. Her er det i større grad den avtalte bruk som bestæmmer verkstilgangens økonomiske verdi, samtidig som potensialet for videreformidling er langt større; ettersom man ikke er bundet til et antall bærere, kan man i prinsippet et utall ganger videreformidle verket til et ukjent antall mottakere over hele verden via Internett eller andre digitale nettverk.

När Ida Marie och Mattias i det inledande exemplet köpte ett datorspel på en cd var det fråga om köp av sådana exemplar av spelet som var knutna till fysiska bärare. Dessa köp var förenade med en sådan upphovsrättslig konsumtion som innebar att Ida Marie och Mattias erhöll rätten att t.ex. sälja deras respektive cd vidare om de tröttnar på programmet. Jämför man med Jakob, som laddade ned spelet direkt från servern, är situationen annorlunda. Det exemplar Jakob använder har inte lämnat upphovsmannen. I stället har en kopia, ett helt nytt exemplar, framställts. Den intressekonflikt mellan upphovsmannen och exemplarinnehavaren som i normalfallet löses av konsumtionsprincipen ställs nu på sin spets – innebär Jakobs förvärv av exemplaret att upphovsmannens rätt till detta konsumeras i samma utsträckning som var fallet vid Ida Maries och Mattias köp?

---

[213] För vidare studier av de immaterialrättsliga konsumtionsreglerna, se t.ex. *Koktvedgaard, M.*: Konsumptionsprincipet indenfor immaterialretten, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 1970, s. 227; *Koktvedgaard & Levin*, s. 122 f.

[214] De svårigheter som digitalisering för med sig har diskuterats i den upphovsrättsliga litteraturen, se t.ex. *Koktvedgaard & Levin*, s. 119 f. och där angivna hänvisningar. Se även *Bing, Olsson*, s. 314 ff.; *Rognstad.*

[215] *Rognstad*, s. 455 f.

Svaret på frågan är nej. Det är nämligen här punkterna 28 och 29 i Infosocdirektivets ingress kommer in. I dessa klargörs hur konsumtionsprincipen skall tillämpas i en digital miljö. I p. 28 föreskrivs att ensamrätten att bestämma över spridning av verk som ingår i en fysisk vara är en del av det upphovsrättsliga skyddet i direktivet, samt att denna bestämmanderätt konsumeras genom den första försäljningen av exemplaret inom gemenskapen. Att uttrycket *fysisk vara* används är irrelevant, det kunde lika gärna ersatts av ”fysisk bärare” eller ”fysiskt medium”.[216] Det relevanta är att fastställa omfattningen av den upphovsrättsliga konsumtionen vid tillämpningen av direktivet, *inte* att införa några nya upphovsrättsliga definitioner.

Även i p. 29 används uttrycket *vara* och här på ett sådant sätt att en vara likställs med ett fysiskt medium. Att så är fallet bör emellertid inte tillmätas någon större uppmärksamhet. Syftet med p. 29 är att klargöra att konsumtionsprincipen *inte* är tillämplig när produkter levereras *online*, dvs. så som är fallet vid direkt elektronisk handel. Lagstiftaren har, förmodligen i syfte att förtydliga bestämmelserna, valt att försöka beskriva vilken skillnaden är mellan de tillfällen då verket är knutet till en fysisk bärare och de tillfällen då verket inte är det. Härvid kommer de tillfällen då verket *ingår* i ett fysiskt medium att uttryckas som ”ett exemplar av en vara”. Lagstiftarens mening kan emellertid inte anses vara att ge uttryck för en upphovsrättslig kategorisering av begreppet *vara.* Ordet tjänar förmodligen mest en funktion som förklaringsterm i ett komplicerat sammanhang.

Slutsatsen är att en uppdelning av prestationer i kategorierna varor och tjänster fortsatt är ovidkommande för upphovsrätten som ämne. Om något behov av en sådan kategorisering uppstått hade det varit nödvändigt att motivera detta särskilt och en sådan motivering hade tilldelats ett betydligt utrymme i direktivet. Att begreppen vara och tjänst används i direktivet på ett sätt som inte fullständigt är i överensstämmelse med de konklusioner som gjorts i tidigare kapitel, bör främst ses som ett uttryck för den grundläggande osäkerhet som avsaknaden av tydliga gemenskapsrättsliga definitioner medför. Därmed kan konstateras att konklusionerna i tidigare avsnitt rörande det internationellt privat- och processrättsliga kategoriseringsproblemet förefaller vara förenliga med upphovsrätten.

8.6 Särskilt om vissa produkter

Digitala produkter som tillverkats och utformas enligt beställarens specifikation, s.k. *bespoken software* (ung. ”skräddarsydda” datorprogram) är svåra att kategorisera på förhand.[217] Om ett avtal innebär att beställaren erhåller ett helt datasystem med tillhörande rättigheter finns det skäl att även betrakta denna produkt, datasystemet, mer som en vara än som en tjänst. Mot detta kan i sin tur anföras att det karakteristiska för produktionen av beställda digitala produkter är att de utvecklas och tas fram efter givna anvisningar på ett sätt som närmast för

[216] I t.ex. den engelska versionen används uttrycket ”*tangible article*”.

[217] Jfr *Reed & Angel*, s. 50 f.

tankarna till en tjänsteprestation. Dessutom kräver dylika leveranser fortsatt underhåll och service i en omfattning som medför att avtalet som helhet i större grad kännetecknas av att det är fråga om en tjänst.[218] För att kunna kategorisera denna typ av produkter är det nödvändigt att förhålla sig till de samlade omständigheterna i det enskilda avtalet.

8.7 Särskilt avseende IKL

Eftersom IKL har sin bakgrund i en Haagkonvention och inte i gemenskapsrätten skall inte den gemenskapsrättsliga förståelsen av olika begrepp automatiskt appliceras vid tillämpning av lagens bestämmelser. Eftersom lagen utgör en del av den traktatstyrda lagstiftningen är det inte självklart att nationella tolkningar av begrepp finner användning vid tillämpning av lagen. All tolkning bör ske uniformt för samtliga konventionsstater i enlighet med den bakomliggande Haagkonventionens mål och syften.

Den avgörande frågan i sammanhanget rör inte distinktionen vara eller tjänst – dessa begrepp existerar inte i vare sig konventionen eller den svenska lagen. I stället är det frågan om digitala prestationer i någon omfattning kan klassificeras såsom lös sak, vilket är en förutsättning för att reglerna överhuvudtaget skall bli tillämpliga.

Inte mycket, om ens något, talar för att så kan anses vara fallet. För det första tar lagen enligt sin ordalydelse sikte på lösa saker. Hit räknas inte immateriella rättigheter.[219] För det andra är samtliga konventionsstater med undantag av Nigeria medlemmar av EU och skall således vid de tillfällen då gemenskapsrätten är tillämplig följa de bestämmelser, för vilka ovan redogjorts, rörande klassificering av digitala prestationer såsom vara respektive tjänst. Att samtliga dessa stater skulle utveckla en praxis som innebär en uppfattning diametralt motsatt den gemenskapsrättsliga är föga troligt. Naturligare vore att anlägga en enhetlig syn på de grundläggande begreppen och fortsatt låta begreppet lösa saker utgöras av fysiska föremål. För det tredje är samtliga konventionsstater bundna av WIPO:s konventioner som anpassar upphovsrätt och närstående rättigheter till den digitala teknologin. Dessa konventioner och tillhörande protokoll reglerar som ovan nämnts bl.a. vilka begränsningar som gäller rörande spridning av immaterialrättsliga verk som inte är knutna till en överlåtbar fysisk bärare. En uppfattning som innebär att en digital produkt utgör en lös sak är i princip oförenlig med dessa konventioner, eftersom det skulle leda till att den immateriella rätten till det verk som prestationen består av skulle konsumeras på ett sätt som annars förekommer endast då verket är knutet till en överlåtbar fysisk bärare.

8.8 Sammanfattande konklusioner

Kvalifikationsproblemet uppstår till följd av att den traditionella synen på begreppen varor och tjänster inte är förenlig med de transaktionsmönster som den direkta elektroniska han-

[218] Jfr *Azmi*, s. 138.

[219] Prop. 1964:149, s. 12; *Bogdan (2004)*, s. 267.

deln representerar. Den balans som etablerats mellan främst privaträttsliga, upphovsrättsliga samt, åtminstone i viss mån, gemenskapsrättsliga bestämmelser har medfört att immateriella verk har kunnat säljas och användas på ett sätt som är förenligt med grundläggande principer på nämnda rättsområden. När verken omsätts utan att vara knutna till fysiska bärare försvinner fundamentet för denna balans. De traditionella transaktionerna med verk knutna till fysiska exemplar är, jämte att de är möjliga att betrakta som varor i både en privaträttslig och en gemenskapsrättslig kontext, förenade med konsumtion av vissa av upphovsmannens rättigheter.

Vid direkt elektronisk handel försvinner möjligheten att fokusera på den fysiska bäraren. Det som i stället träder i fokus är licensavtalet som reglerar förutsättningarna för användandet av produkten. Upphovsrättsligt är den centrala frågan hur upphovsmannens rättigheter skall skyddas, privaträttsligt är frågan hur avtalet skall betecknas och gemenskapsrättsligt blir frågan hur avtalet skall kunna styras in i någon av de tvingande begreppsformerna vara respektive tjänst.

Den egentliga konflikten uppstår i förhållandet mellan privaträtten och gemenskapsrätten. De berörda internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna reglerar privaträttsliga förhållanden och vid tillämpning av dessa finns därför särskild grund att beakta den privaträttsliga terminologin. Samtidigt är det nödvändigt att förhålla sig till det faktum, att nämnda internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser har sin upprinnelse i gemenskapsrätten och därför står under stark påverkan av dess terminologi. Rätten att använda ett datorprogram är inte att betrakta som vara eller tjänst i privaträtten, men måste nödvändigtvis vara det ena eller andra i en gemenskapsrättslig mening.

Konklusionen blir därmed att om syftet är att de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna skall omfatta avtal som emanerar från direkt elektronisk handel är det nödvändigt att omformulera eller komplettera bestämmelserna. Ett exempel på en sådan omformulering framgår av Brysselkonventionens transformering till Bryssel I-förordningen. I konventionen framgår att de särskilda behörighetsreglerna i viss utsträckning bara blir gällande vid ”avtal om tillhandahållande av varor eller tjänster” (art. 13 p. 3). När bestämmelsen fick ny utformning i förordningen fick begreppen varor och tjänster underordnad betydelse och i den bestämmelse som direkt tar sikte på elektronisk handel, art. 15 p. 1c, är begreppen borttagna.[220] Om avlägsnandet av begreppen skedde på grundval av kategoriseringsproblemet eller om det skall tillskrivas andra orsaker är oklart. Det kan konstateras att någon diskussion kring denna fråga inte tycks ha kommit till uttryck vid arbetet med att omvandla 1980 års Romkonvention till ett gemenskapsinstrument.[221]

---

[220] Bestämmelsen inleds med ”I övriga fall, om avtalet har ingåtts med…”. Se vidare nedan, avsnitt 10.6.

[221] Se Grönbok om omvandlig av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser till ett gemenskapsinstrument och dess revidering i samband därmed. KOM(2002) 654 slutlig. Konsumentreglerna diskuteras på s. 28 ff., men förutom frågan om gällande bestämmelser är tillräckliga, i synnerhet mot bakgrund av den elektroniska handelns utveckling, finns det få tecken på hur bestämmelserna rent faktiskt skulle kunna utformas med hänsyn till den elektroniska handeln.

Den yttersta konsekvensen av konklusionen är att i samtliga fall då begreppen vara respektive tjänst används i de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna är dessa inte tillämpliga på avtal baserade på direkt elektronisk handel. Även om denna konsekvens inte medför någon revolutionerande förändring vid tillämpningen av de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna är frågan om GD accepterar en så kategorisk verkan. Det finns fler privaträttsliga regleringar som hyser samma problemställning, varför det är sannolikt att GD i framtiden kommer att klargöra om avtal rörande digitala produkter skall anses gälla varor eller tjänster.

Härvid är det av betydelse att avtalet kan sägas bestå av två delar: dels den del som reglerar tillhandahållandet av produkten, dels den del som reglerar användandet av produkten. Även om fokus har flyttat från den första till den andra delen vid digitaliseringen av produkten är båda fortfarande av betydelse för transaktionen. Den första delen, dvs. den som rör tillhandahållandet av produkten torde kunna omfattas av begreppet vara både i en gemenskapsrättslig och en privaträttslig förståelse. Den andra delen, dvs. den som rör regleringen av användandet av produkten, är svårare att kategorisera i ett internationellt privat- och processrättsligt perspektiv. Att det är fråga om en tjänst i gemenskapsrättslig mening är ostridigt, men att försöka hänföra den till en tjänst även i ett privaträttsligt perspektiv leder lätt till en vriden och långsökt argumentation.

DEL III – DOMSRÄTT OCH ELEKTRONISK HANDEL

9 DOMSRÄTT VID EJ LAGREGLERADE FALL

9.1 Inledning

För att en domstol skall vara behörig i en tvist av gränsöverskridande karaktär krävs att vissa i lag angivna eller i rättspraxis uttalade kriterier är uppfyllda. Avsikten med denna del av arbetet är att undersöka hur dessa kriterier, huvudsakligen tillkomna i och formulerade för en tid då elektronisk handel var en okänd företeelse, bör förstås vid tillämpningen på rättsförhållanden baserade på elektroniska transaktioner. De berörda bestämmelserna har presenterats allmänt, se avsnitt 5. Som där framgick är det nödvändigt att skilja mellan domsrättsfrågor som faller utom respektive inom Bryssel-/Luganoreglernas tillämpningsområde. Inledningsvis skall de först nämnda behandlas.

I nuläget talar mycket för att svensk domsrätt i icke lagreglerade fall i stor utsträckning kommer att avgöras med en analog tolkning av Bryssel I-förordningens regler, jfr det tidigare nämnda avgörandet NJA 1994 s. 81. Eftersom en sådan analog tolkning sannolikt är begränsad till tillfällen då den utvidgar svensk domsrätt är det svårt att formulera en exakt regel för när Bryssel I-förordningen äger analog tillämpning. Att så inte är fallet avseende de tillfällen då en dylik tillämpning skulle resultera i en inskränkning av svensk domsrätt torde stå klart, varför vissa av bestämmelserna, ex. förmögenhetsforum i RB 10:3, fortsatt bör kunna läggas till grund för bedömningen när förutsättningar därför föreligger.[222] Det bör återigen erinras om att i den utsträckning behörighet kommer att fastställas med härledning ur de interna domsrättsreglerna i 10 kap. RB är det fråga om en analog tillämpning.

9.2 RB 10:1 – svarandens allmänna forum

Regeln i 1 § överensstämmer med huvudregeln i Bryssel-/Luganoreglernas art. 2, nämligen att svarandens hemvist är avgörande för domstols behörighet. För juridiska personer gäller enligt st. 3 som hemvist den ort ”där styrelsen har sitt säte eller, om säte för styrelsen ej är bestämt eller ej finnes, där förvaltningen föres”. De frågor som är förenade med denna bestämmelse behandlas särskilt, se 7.4.

---

[222] *Bogdan (2004)*, s. 114. Jfr dock *Pålsson (2001)*, som är av en annan uppfattning.

9.3 RB 10:3 – förmögenhetsforum

9.3.1 Inledning

Genom bestämmelsen om förmögenhetsforum kan svensk domstols behörighet i tvist rörande betalningsskyldighet grundas på enbart det faktum att svaranden har egendom lokaliserad i Sverige. Därmed får bestämmelsen naturligt stor betydelse för den internationella processrätten, något som också var en del av förutsättningarna vid bestämmelsens tillkomst.[223]

RB 10:3 1 st. innehåller egentligen två forumregler. Den första rör allmänt förmögenhetsforum och kan aktualiseras vid tvist om betalningsskyldighet: ”*Den som icke äger känt hemvist inom riket må i tvist rörande betalningsskyldighet sökas där honom tillhörig egendom finnes.”* Den andra regeln, *forum rei sitae*, äger tillämpning då tvisten rör själva rätten till egendomen: *”Rör tvisten lös egendom, må han sökas där egendomen finnes.*” Av RB 10:3 2 st. framgår vidare att fordringar i viss utsträckning kan utgöra behörighetsgrundande egendom.

En fråga som kan uppkomma i samband med elektronisk handel är i vilken utsträckning digitalt material placerat på en fysisk bärare, ex. en dator, i Sverige kan leda till svensk domsrätt.[224]

9.3.2 Allmänt förmögenhetsforum

Antag att det amerikanska företaget Constrictor placerat material på en server hos firman Webbhotellet AB i Lund. Antag vidare att Constrictor inte erlägger avtalad ersättning för denna tjänst. Då kan frågan uppkomma om Lunds tingsrätt kan utgöra behörigt forum vid tvist om betalning på den grund att det digitala materialet skulle utgöra behörighetsgrundande egendom.

För tillämpningen av RB 10:3 krävs att ett antal förutsättningar är för handen. Det måste *för det första* vara fråga om att egendomen i form av digital information i sig utgör sådan egendom som åsyftas i RB 10:3, *för det andra* att det i så fall är fråga om egendom av visst förmögenhetsvärde samt, *för det tredje*, att en eventuell behörighet inte bör avfärdas som *forum non conveniens*, dvs. att svensk domsrätt befinns olämplig pga. att andra fora är bättre lämpade att avgöra tvisten.

Inledningsvis måste alltså undersökas huruvida den digitala informationen utgör egendom av det slag som åsyftas i den aktuella bestämmelsen. Avgörande för att så skall vara fallet är enligt lagförarbetena att informationen har ett förmögenhetsvärde: ”Med egendom … avses egendom av vad slag som helst med förmögenhetsvärde”.[225] Av detta drar Dennemark slutsatsen att ”egendom av vad slag som helst” kan konstituera domsrätt – enda begränsningen

---

[223] NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap., s. 99 f.

[224] I ett vidare perspektiv kan även andra typer av egendom beröras, bland dem olika former av rättigheter och registreringar. Så har t.ex. Maunsbach behandlat frågan om domännamn kan anses utgöra domsrättsgrundande egendom, se NIR 2002 nr 4, s. 357-379.

[225] NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap., s. 99.

är att egendomen skall kunna lokaliseras till Sverige. Som exempel på egendom nämner han även immateriella företeelser som nyttjanderätt till fast eller lös egendom eller att en utomlands bosatt person innehar ett i Sverige meddelat patent.[226] Digital information som placeras på en server i Sverige synes rent generellt kunna betraktas som sådan egendom som avses i RB 10:3.

Att egendomen som sådan kan anses domsrättsgrundande är förmodligen av underordnad betydelse eftersom den sällan torde vara *utmätningsbar*. Dennemark är av den åsikten att enbart utmätningsbar egendom kan anses grunda domsrätt.[227] Han anför förvisso att det finns skäl att bortse från ett sådant krav, men förordar det likväl ”med bestämdhet”. Som skäl framhålls att det vore i ”bästa överensstämmelse med *ratio legis*” och dessutom skulle medföra praktiska fördelar i tolkningshänseende.[228] Också Bogdan har framfört liknande synpunkter och menar att utmätningskriteriet också kan vara avgörande för frågan om egendomen kan anses lokaliserad till Sverige.[229]

Svårigheten att utmäta egendomen är såväl rättsligt som tekniskt motiverad. Dessutom finns det en praktisk aspekt som inte skall underskattas: egendomen är så lätt att avlägsna att det helt enkelt inte finns något att utmäta. Antag i det inledande fallet med Constrictor och Webbhotellet AB att Webbhotellet väcker talan inför svensk domstol. När Constrictor får vetskap om detta utnyttjas den digitala informationens natur och raderas efter att ha kopierats till en server ett annat land. I Sverige finns ingen information, och därmed ingen egendom, kvar. Det är nödvändigt att beakta att det är fråga om en egendom som inte bara är lättkopierad utan även är lättflyktig. Mot detta exempel kan invändas att också annan egendom som i sig är domsrättsgrundande kan förstöras eller föras ut ur landet. Då bör man emellertid beakta den skillnad som ligger i att sådana frakter förutsätter mera omfattande fysiska manövrar i form av transport eller långsammare postförsändningar. Constrictors åtgärd sker utan fysiskt ingripande här i Sverige, vilket i viss mån ställer den digitala informationen i en särställning som egendom betraktat.

Möjligheten att utmäta digital information torde även rättsligt sett vara begränsad. För att förstå varför måste man dels se till den digitala informationens nära anknytning till upphovsrätten, dels till den tekniska strukturen hos informationen. Den digitala informationen saknar värde i sig, det är endast i kombination med rätten att använda informationen som en värdering är möjlig. Rättigheten att utfärda licenser tillkommer endast rättighetsinnehavaren, i det nämnda exemplet det amerikanska företaget Constrictor.

Vidare är den i dag existerande tekniken så beskaffad att det måste ifrågasättas om en utmätning ens är möjlig att genomföra. Den digitala informationen existerar på en fysisk bärare,

---

[226] *Dennemark*, s. 162 f.

[227] *Dennemark*, s. 158.

[228] *Dennemark*, s. 158. Som undantag anför han tillfällen då en kärandens önskan om en exekutionstitel kan vara av framtida värde, jfr även s. 154.

[229] *Bogdan (2004)*, s. 119 f.

i det aktuella fallet en server. Den kan inte flyttas över till en annan bärare eftersom det skulle innebära framställning av ett nytt exemplar på den nya bäraren. Någon rätt att framställa nya exemplar föreligger inte i utmätningssammanhang. Den enda möjligheten att lägga beslag på den digitala egendomen är att lägga beslag på bäraren, en åtgärd som sällan torde vara förenlig med serverns ägares intressen. Förutsättningarna för svensk domstols behörighet som förmögenhetsforum i det aktuella fallet synes begränsade eftersom det varken är möjligt att utmäta egendomen eller i ett senare skede omsätta den på marknaden. Enligt Dennemark är uppenbart värdelösa fordringar eller tillhörigheter utan marknadsvärde ej är domsrättsgrundande, dock med undantag av vissa tvister rörande egendomen som sådan.[230]

Det sagda innebär inte att bestämmelsen om allmänt förmögenhetsforum kan leda till svensk domstols behörighet vid andra tillfällen. Skulle egendomen t.ex. utgöras av elektroniska pengar kan knappast några motargument göras gällande mot att behörighet skall anses föreligga, måhända med undantag för summor som tillfälligt placerats i Sverige avser svarandens privata bruk.[231] Mera osäkert är dock om förekomsten av elektroniska pengar skall betraktas som en sådan fordran som avses i 3 § 2 st. – de elektroniska pengarna utgör ju enligt sin definition en fordran på utgivaren – eller om lokaliseringen av pengarna skall fastställas på annat vis. Detta spörsmål behandlas närmare nedan, se 9.3.4.

9.3.3 Forum rei sitae

Den andra meningen i RB 10:3 st. 1 stadgar att svaranden i tvist om lös egendom må sökas där egendomen finnes. Vid gränsöverskridande elektroniska transaktioner kan frågan uppkomma om svensk domstol är behörig att slita en tvist om digital egendom som är lokaliserad i Sverige.

Antag att det danska företaget NetBiffen A/S har en verksamhet som bygger på direktuppspelning av film via Internet. Verksamheten riktas mot den nordiska marknaden och filmerna placeras på en server i Malmö. NetBiffen ingår ett avtal med det amerikanska företaget Constrictor som innebär att NetBiffen får rätt att inkludera en av Constrictors filmer i sitt utbud. Filmen placeras således också på servern i Malmö. Efter ett tag blir parterna oense och Constrictor menar att NetBiffen inte längre har rätt att fortsatt erbjuda filmen till sina kunder och kräver därför att den skall avlägsnas från servern. NetBiffen å sin sida menar sig ha rätten på sin sida och låter filmen vara kvar på repertoaren. Constrictor väcker därför talan vid Malmö tingsrätt.

Tvisten gäller således egendomen i form av det exemplar av filmen som finns på servern i Malmö. Detta är en förutsättning för att den aktuella bestämmelsen om *forum rei sitae* skall vara tillämplig.[232] Att NetBiffen inte innehar detta exemplar med äganderätt är i sig oväsent-

---

[230] *Dennemark*, s. 164 f.

[231] I rättsfallet NJA 1981 s. 286 ansåg HD att en amerikansk medborgares egendom bestående av reskassa, nödigt handbagage samt särskild mätutrustning inte kunde anses behörighetsgrundande då den endast var avsedd för gäldenärens privata bruk under ett tillfälligt besök i Sverige. Jfr även 5 kap. 1 § p. 7 utsökningsbalk (1981:774).

[232] Det är således fråga om *forum rei sitae* i inskränkt bemärkelse, jfr *Dennemark*, s. 182.

ligt för tillämpning av den aktuella regeln.[233] Även det faktum att egendomen kan sakna förmögenhetsvärde får anses vara utan betydelse. I likhet med vad som ovan anförts om förmögenhetsvärdet vid bestämmelsen om allmänt förmögenhetsforum kan även här framhållas att avsaknaden av rätten att visa eller på något vis omsätta filmen innebär att den måste anses sakna ekonomiskt värde. Detta kriterium spelar emellertid ingen roll vid fråga om behörighet *forum rei sitae* eftersom det är egendomen som sådan som är föremål för tvisten.[234]

Då tvisten handlar om huruvida exemplaret skall avlägsnas från servern eller ej finns inte heller några teknologiska hinder för domstolens behörighet. Så länge Constrictor endast är intresserat av att materialet skall raderas från servern eller att skaffa sig en kopia som de som rättighetsinnehavare har rätt till finns är åtgärden tekniskt möjlig att genomföra.

Följaktligen finner jag i det givna exemplet inga hinder mot att svensk domstol är behörig såsom *forum rei sitae* i enlighet med RB 10:3 st. 1 andra meningen.

Annorlunda vore det om tvisten på något sätt gällde någon immateriell rättighet till den digitala informationen. Dennemark menar härvidlag att upphovsrätten ”icke kan lokaliseras till annat land än där upphovsrättens innehavare är bosatt.”[235] Även Strömholm anser att specialregeln i RB 10:3 rent generellt inte kan bedömas ha särskilt intresse i upphovsrättstvister.[236]

9.3.4 RB 10:3 2 st. – Fordringar som behörighetsgrundande egendom

Av det berörda lagrummets st. 2 framgår att fordringar i viss utsträckning utgör behörighetsgrundande egendom. Fordringar som grundas på löpande skuldebrev eller presentationspapper anses ”finnas där handlingen är”. Andra fordringar lokaliseras till gäldenärens hemvist.

Majoriteten av e-handelstransaktioner är sådana att betalningen initieras i samband med avtalsslutet. Prestationerna utförs mer eller mindre samtidigt och någon utestående fordran uppkommer sällan. Undantag finns dock, främst vid de tillfällen då avtalsobjektet utgörs av en tjänst som tillhandahålls över en längre tid och där betalningen antingen sker kontinuerligt eller vid avslutande av tjänsten. Vid de flesta av dessa tillfällen torde det vara tal om enkla fordringar som därmed kan lokaliseras till gäldenärens hemvist.

I dag är de fordringar som kan kategoriseras som löpande mindre vanliga i e-handelssammanhang, men det är inte osannolikt att de blir vanligare i framtiden. Genom företeelser som elektroniska signaturer och elektroniska pengar har såväl den tekniska som den rättsliga utvecklingen givit upphov till möjligheter att ersätta traditionella pappersurkun-

---

[233] Jfr *Dennemark*, s. 182.

[234] *Dennemark*, s. 164 f, s. 182. *Pålsson (1989)*, s. 76. Paralleller kan göras till äldre rättspraxis, NJA 1936 s. 114, där tvisten gällde en notering, en ”kladd”, i en på ett fartyg förd loggbok. Noteringen saknade förmögenhetsvärde i sig, men var likväl av sådan betydelse för parterna att tvist därom uppkom.

[235] *Dennemark*, s. 164.

[236] *Strömholm*, s. 105.

der med elektroniska data, vilket även kan komma att påverka de sätt på vilka fordringar kan utformas.

I danskt lagstiftningsarbete återfinns begreppet ”elektroniske fordringer” i samband med fordringar som *inte* är bundna till *individualiserade konton* och som kan vara lagrade på datorer.[237] I och med att sådana fordringar inte registreras eller på annat sätt knutits till särskilda konton är de att betrakta som överlåtbara värdeinstrument. Begreppet elektroniska fordringar tycks ännu inte ha etablerats i svenskt lagstiftningsarbete, men vid åtminstone ett tillfälle har begreppet ”individualiserande konton” använts för att vid beskrivning av rättsliga problem vid införandet av e-pengar beteckna ”traditionella (inlånings-)konton hos finansiella institut”.[238]

Just elektroniska pengar utgör ett belysande exempel på vad som i Sverige skulle kunna benämnas elektroniska fordringar. Enligt definitionen, se ovan 2.2.4, består e-pengar av ”ett penningvärde som representerar en fordran på utgivaren”. Vidare skall detta kunna godkännas som betalningsmedel ”av andra företag än utgivaren”. Det sistnämnda kriteriet är tillkommet för att ge elektroniska pengar en karaktär som för tankarna till vanliga pengar i form av sedlar och mynt samt för att de skall kunna användas som ett allmänt betalningsmedel.[239] Innehavaren av de elektroniska pengarna skall enligt 4 kap. 3 § lag (2002:149) om utgivning av elektroniska pengar på begäran ovillkorligen få dessa inlösta mot det nominella beloppet i sedlar och mynt alternativt insatta på ett konto.

De civilrättsliga frågeställningarna, framför allt rörande fordringens status, kom endast att övervägas översiktligt i själva lagstiftningsärendet som föregick nämnda lag.[240] I propositionen förekommer dock en diskussion kring de rättsliga utgångspunkterna i det bakomliggande direktivets[241] definition av elektroniska pengar, frammanad av bl.a. flera remissinstansers önskemål om ett klargörande av just definitionens fordringsbegrepp. Utan att vilja föregripa de ställningstaganden som beredningen i Justitiedepartementet slutligen kommer att presentera konstateras sammanfattningsvis i propositionen att elektroniska pengar uppvisar väsentliga likheter med kontanter och lösöre, men också att de kan ses som en särskild typ av lös egendom som liknar löpande skuldebrev:[242]

---

[237] Lovforslag nr. L 63 til Lov om visse betalingsmidler, fremsat den 27. oktober 1999. I lagtexten talas i 1 § st. 2 p. 4 om ”elektroniskt registrerade fordringar”, varvid åsyftas att fordringen skall vara av elektronisk natur; enligt motiven utesluts därmed en mängd förutbetalda produkter såsom flaskpant eller klippkort från lagens tillämpningsområde.

[238] SOU 1998:122 s. 15.

[239] Prop. 2001/02:85, s. 81.

[240] En mera ingående behandling av civilrättsliga och konsumenträttsliga frågor med anknytning till elektroniska pengar utfördes i slutbetänkandet från Utredningen om elektroniska pengar, E-pengar – civilrättsliga frågor m.m. SOU 1998:122. I propositionen till den berörda lagen markeras att sådana frågor endast kunde övervägas översiktligt i lagstiftningsarbetet, men att de fortsatt bereds inom Justitiedepartementet, Prop. 2001/02:85, s. 50 f.

[241] Direktiv 2000/46/EG av den 18 september 2000 om rätten att starta och driva affärsverksamhet i institut för elektroniska pengar samt tillsyn av sådan verksamhet.

[242] Prop. 2001/02:85, s. 60.

> ”De rättsprinciper som gäller för andra traditionella bärare av rättigheter, som löpande skuldebrev, sedlar och mynt eller en lös sak borde därför kunna tillämpas även för elektroniska pengar. Eftersom det lagrade penningvärdet lämnas över vid en betalning kan däremot inte reglerna om enkla skuldebrev tillämpas på elektroniska pengar.”

I väntan på Justitiedepartementets slutgiltiga ställningstagande får de elektroniska pengarnas civilrättsliga status som fordringar betraktas som oklar. I här diskuterat avseende om elektroniska pengars domsrättsgrundande kapacitet jämlikt RB 10:3, är det enligt min mening i ett praktiskt perspektiv oväsentligt om de elektroniska pengarna betraktas som egendom likställd med vanliga sedlar och mynt eller som löpande skuldebrev. Avgörande för svensk domsrätt är, oavsett vilket, frågan om egendomen kan lokaliseras till Sverige.

Fråga kan därvid uppstå om det vid lokaliseringsbestämningen av e-pengarna skall tas särskild hänsyn till att det rör sig om elektroniska handlingar. Utgångspunkten bör enligt min mening vara att samma principer som äger tillämpning i övriga, ”icke-elektroniska”, sammanhang skall användas, dvs. att minsta möjliga hänsyn bör tas till handlingarnas form och beskaffenhet i sig. Följaktligen beaktas lämpligen att en elektronisk handling endast kan existera på en fysisk bärare. Om denna bärare kan lokaliseras till svenskt territorium är konsekvensen att detsamma får anses gälla för den elektroniska handlingen.

Mot detta synsätt kan argumenteras att de elektroniska handlingarna i flera avseenden skiljer sig från de traditionella och därmed måste särbehandlas eller kanske t.o.m. anses omöjliga att lokalisera. Grunden för en sådan argumentation är främst att avsaknaden av fysisk existens gör dem svårare att binda till viss plats än vad som är fallet med traditionella, fysiska handlingar. Om en traditionell handling är placerad i Sverige och skall förflyttas utomlands krävs det mera omfattande åtgärder än om en elektronisk handling skall flyttas till annan plats. Den traditionella handlingen måste bäras, skickas eller på annat sätt genomgå en hantering som kräver att dess ägare vidtar dispositioner på plats i Sverige alternativt låter dem genomföras med hjälp av en här betrodd person. Skall en elektronisk handling flyttas utomlands kan detta utan vidare åtgärder ske från en plats i utlandet, dessutom med en snabbhet som gör det svårt att i Sverige förhindra förflyttningen. Ägaren kan helt enkelt via en dator flytta de berörda handlingarna från den fysiska bäraren, datorn, i Sverige till en dator i utlandet. Den flyktighet som de elektroniska handlingarna är förenade med skulle sålunda kunna utgöra argument för en särbehandling av de elektroniska handlingarna.

Det har förvisso gjorts gällande att det vore önskvärt om bestämmelsen rörande förmögenhetsforum får en något restriktiv tillämpning[243], men ändock, och till trots för att denna argumentation i vissa avseenden har fog för sig, menar jag att skälen inte är tillräckligt starka för att grunda en särbehandling av elektroniska handlingar i förhållande till traditionella sådana avseende tillämpningen av RB 10:3 st. 2.

Skillnaden måste i sammanhanget betraktas som tämligen marginell. Även om hanteringen av handlingen förutsätter vissa dispositioner är även en traditionell handling ytterst lättrörlig. Detta faktum har inte föranlett någon särskild åtgärd från lagstiftarens sida vid formuleringen

---

[243] *Dennemark*, s. 148.

av bestämmelsen. Rent generellt vid tillämpningen av RB 10:3 gäller att själva graden av egendomens stadigvarande anknytning till Sverige saknar grundläggande betydelse.[244] Hur stark och stadigvarande anknytning en löpande fordran i form av en elektronisk handling har till Sverige spelar således mindre roll och härmed torde det också vara oväsentligt i vilken grad sådana fordringar är lättrörliga, oavsett om de är elektroniska eller ej. Enligt mitt förmenande bör en elektronisk fordran anses lokaliserad till den plats, där den fysiska bäraren av fordran är placerad.

9.3.5 En avslutande reflektion

Vid problematiken rörande egendomens domsrättsgrundande kapacitet har utmätningskriteriet kommit att spela en avgörande roll, ett förhållande som tveklöst bör tillskrivas Dennemark. Dennes motivering var att den begränsningseffekt kriteriet medförde ”stode icke blott i bästa överensstämmelse med ratio legis utan innebure dessutom praktiska fördelar i tolkningsavseende”.[245] Noterbart är att lagtexten i sig inte uppställer några krav om utmätningsbarhet och några dylika anspråk kan inte heller utläsas av praxis.

Kan utmätningskriteriet fortfarande anses fylla någon funktion när såväl den tekniska som den globala utvecklingen lett till möjligheter att placera och förflytta egendom i en utsträckning som var mer eller mindre otänkbar vid lagens tillkomst? Avgörande för denna fråga är också det faktum att senare tillkomna internationellt processrättsliga instrument i avsevärd omfattning förändrat förutsättningarna för verkställighet av svenska domar.

På Dennemarks tid fanns i princip ingen anledning att skapa domsrätt i en svensk domstol om det saknades förutsättning för att svaranden helt eller delvis förmåddes till uppfyllelse i enlighet med den avkunnade domen. Härvid var det naturligt att se till om egendomen var utmätningsbar eller ej – om inte vore det ur bl.a. processekonomisk synvinkel olämpligt att skapa svensk domsrätt.

I dag kan ett krav om utmätningsbarhet fortfarande spela en viss roll i tolkningshänseende, men i övrigt har sakläget förändrats genom Bryssel-/Luganoreglernas försorg. Dessa innehåller som bekant regler om erkännande och verkställighet som medför att den svenska domen kan verkställas i de andra Bryssel-/Luganostaterna. Ett krav om att utmätningsbar egendom måste vara lokaliserat i Sverige kan i det perspektivet te sig (omotiverat?) begränsande. Om det finns tillgångar i en annan Bryssel-/Luganostat som är lika nåbara genom en svensk dom i dag, som utmätningsbara tillgångar i Sverige var på Dennemarks tid, kan det principiellt sett vara i överensstämmelse med *ratio legis* att låta egendom i denna stat grunda domsrätt utan att egendomen i fråga är utmätningsbar här i riket.

Även om egendomen inte skulle vara nåbar vid tidpunkten för avgörandet är effekten av en svensk exekutionstitel att t.ex. en amerikansk svarande framöver inte kommer att kunna

---

[244] NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap., s. 99; *Pålsson (1989)*, s. 63.

[245] *Dennemark*, s. 158, som dock vidgår att den inom doktrinen förhärskande meningen (vid tidpunkten för framförandet av hans åsikter) var att egendomen ej behövde vara utmätningsbar, se, s. 157.

placera egendom eller t.ex. etablera en filial i någon av Bryssel-/Luganostaterna utan att riskera att exekutionstiteln verkställs. En sådan risk kan vara nog så verksam som hotet om utmätning och därmed bidra till ett agerande från svarandens sida som innebär att denne omedelbart tar konsekvenserna av det rättsliga avgörandet.[246]

Vilka invändningar kan då resas mot resonemanget? Några materiella hinder i den svenska rätten torde inte vara förhanden.[247] Mot bakgrund av det politiska målet att bland de berörda länderna skapa en fri rörlighet för domstolsavgöranden finns det heller ingenting i gemenskapsrätten som föranleder en annan bedömning. De starkaste argumenten mot en dylik utvidgning av svensk domsrätt utgör förmodligen de just nämnda faktorerna tolkningshänseendet och processekonomin samt bestämmelsens exorbitanta karaktär.

Beträffande tolkningshänseendet innebär utmätningskriteriet att man undviker ett antal besvärliga ställningstaganden rörande egendomen som sådan vid fastställandet av dess domsrättsgrundande kapacitet. Detta argument väger till synes mindre tungt – även avgörandet om egendomens utmätningsbarhet måste föregås av ställningstaganden som kan vara nog så besvärliga.

Det processekonomiska perspektivet bör spela en större roll. Frågan varför en svensk domstol skall befatta sig med krav om betalning när det finns ringa eller ingen möjlighet att exekvera en eventuell dom i Sverige är svårbesvarad. Lämpligast förefaller i sådana fall att med hänvisning till *forum non conveniens* avvisa talan samt eventuellt hänvisa käranden till domstolen i den (fördrags-)stat där utmätningsbar egendom befinner sig.[248]

Det som talar för en förändring skulle kunna vara att i en föränderlig värld måste rättsväsendet vara flexibelt. I dag finns helt andra möjligheter att förflytta såväl sig själv som egendom jämfört med vad som var fallet på Dennemarks tid. Härmed kan oseriösa personer leka katt och råtta med såväl kreditorer som rättsväsendet i olika länder, vilket riskerar att framkalla ett löjets skimmer över gällande ordning. Inte minst möjligheten till snabba gränsöverskridande överföringar av digital egendom såsom elektroniska pengar kan medföra att en svarande kan ge upphov till ett sådant scenario så länge annan utmätningsbar egendom saknas i Sverige.

Det i mina ögon starkaste argumentet mot en utvidgning av svensk domsrätt genom fjärmandet av utmätningsbarhetskriteriet utgör önskemålet om en restriktiv tillämpning av RB 10:3 1 st. 1 p. pga. av dess exorbitanta karaktär. Detta kommer bl.a. till uttryck i Bryssel-/Luganokonventionernas art. 3 där bestämmelsen kategoriseras som en av dem som särskilt

---

[246] Ett liknande resonemang framfördes redan av Dennemark, men då inte mot bakgrund av de möjligheter som internationella fördrag kan tillhandahålla, utan istället med tanke på att en svensk exekutionstitel vore av framtida värde t.ex därför att ett behov av kvittning kunde uppkomma, se *Dennemark*, s. 154.

[247] Jfr *Dennemark*, s. 157. Se dock motiven som anger att det ”Ur exekutionssynpunkt är av vikt att den som icke äger känt hemvist här i riket, vare sig han är svensk medborgare eller utlänning, kan i tvist rörande betalningsskyldighet sökas å ort, där honom tillhörig egendom finnes, samt att han, då tvisten rör lös egendom, kan sökas i den ort, där egendomen finnes”. Jfr NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap., s. 99.

[248] Det bör dock noteras att det inte är säkert att den berörda statens domstolar godkänner en dylik talan.

inte får tillämpas mot en svarande i en annan konventionsstat. I syfte att fortsatt upprätthålla en restriktiv tillämpning av förmögenhetsforum förefaller utmätningsbarhetskriteriet som ett särdeles gott redskap. Den stora frågan är väl hur pass starkt detta syfte står sig i framtiden.

För egen del menar jag att tiden under alla omständigheter inte är mogen för en utvidgning av svensk domsrätt genom avlägsnandet av utmätningsbarhetskriteriet. Detta spelar förvisso mindre roll i tolkningshänseende, men argumenten för en förändring är i skrivande stund knappast tillräckligt starka i för att uppväga de olägenheter en förändring skulle innebära såväl processekonomiskt som för önskemålet om en restriktiv tillämpning. Därmed inte sagt att en förändring inte kan vara nödvändig i framtiden pga. att de tekniska och de faktiska omständigheterna förorsakar behov av en förändring. Det kan finnas anledning att vända tillbaka till diskussionen.

9.4 RB 10:4 – Kontraktsforum

Bestämmelser om kontraktsforum finns i 4 §. Enligt denna kan en svarande i tvist rörande en förbindelse sökas på den ort där förbindelsen ingåtts.[249] Regeln om kontraktsforum är enligt Ekelöf ursprungligen tillkommen ”för att en svensk affärsman, som här landet kontraherat med en representant för en utländsk firma, skall kunna väcka talan vid svensk domstol”.[250]

Vid sin tillkomst var bestämmelsen i 4 § nära sammankopplad med bestämmelserna om förmögenhetsforum i 3 §. Syftet med båda dessa bestämmelser var att etablera svensk domsrätt vid tillfällen då svaranden saknar känt hemvist i riket. Ett alternativ till reglering av sådana tillfällen som diskuterades vid RB:s tillkomst var att införa en bestämmelse om fullgörelseforum, en forumregel som var etablerad i flera främmande rättsordningar och sedermera kom till uttryck i Bryssel-/Luganoreglernas art. 5. Detta alternativ ansågs emellertid som mindre lämpligt av skäl som kan hänföras till den tvekan som ofta råder rörande var en förpliktelse skall fullgöras.[251] Farhågan var att en bestämmelse om fullgörelseforum därmed enbart skulle vara tillämplig då det förelåg ett skriftligt avtal med angivande av uppfyllelseorten. Så som bestämmelsen sedermera utformades i Bryssel-/Luganoreglernas art. 5 kom farhågan att visa sig åtminstone delvis besannad; bestämmelsen om fullgörelseforum kan tillämpas utan att skriftligt avtal om uppfyllelseort är för handen, men det är förenat med omfattande besvär att fastställa vilken orten är.

---

[249] Fördjupningen i detta avsnitt fokuserar på bestämmelsen om *forum contractus* i 4 §. Även 6 § innehåller en liknande bestämmelse. Skillnaden mellan bestämmelserna är främst att 4 § tar sikte på svaranden som saknar känt hemvist här i riket, medan 6 § rör en svarande som ”mera varaktigt” uppehåller sig vid en annan ort där han har sitt hemvist. Med tanke på att 6 § genom sin utformning tillhandahåller ett ännu snävare tillämpningsområde kan konklusionerna avseende denna bestämmelse endast sammanfalla med dem som nedan presenteras för *forum contractus*.

[250] *Ekelöf*, s. 27, menar vidare att stadgandet är mer extensivt än så, vilket han beskriver som ”ett utslag av en – åtminstone numera – förfelad nationalism”.

[251] NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap., s. 100.

Med tanke på att bestämmelsen explicit omfattar utländska svarande är 4 § av intresse även vid gränsöverskridande elektroniska transaktioner. Därvid uppkommer frågan om de automatiska avtalsslut som är karakteristiska för e-handeln överhuvudtaget kan anses falla inom ramen för sådana förbindelser som avses i bestämmelsen. Kan användningen av något av de redskap som brukas vid elektronisk kommunikation i allmänhet och för elektronisk handel i synnerhet leda till att det uppstår en sådan förbindelse som grundar svensk domsrätt i enlighet med bestämmelsen? Frågeställningen skall ses i ljuset av att den baseras på en företeelse och ett kontraheringsförfarande som i stor utsträckning skiljer sig från vad som någonsin kan ha antagits förekomma vid bestämmelsens tillkomst.

Utgångspunkten för bedömningen kan illustreras med det tidigare nämnda amerikanska företaget Constrictors verksamhet på Internet. Antag att verksamheten riktas mot bl.a. Sverige och dessutom bedrivs via en webbplats placerad på en server här i riket. Om man vidare antar att medkontrahenten, Mr. Jones i Sydney, Australien, vid tidpunkten för förbindelsens ingående befinner sig i Sverige och via webbplatsen sluter ett avtal med Constrictor tyder åtminstone de yttre omständigheterna på att denna förbindelse kan anses vara ingången i Sverige och därmed vara domsrättsgrundande.

I såväl praxis som av doktrin framgår att frågan om när en förbindelse ingåtts här i riket skall besvaras strängt efter ordalydelsen. Dennemark menar således att svaranden, alternativt en representant med behörighet att handla med bindande verkan, under personlig vistelse här måste ha ingått förbindelsen.[252] Denna förståelse styrks också av flera rättsfall. Av särskilt intresse är NJA 1940 s. 354 och RH 1986:122. I båda fallen väcktes vid svensk domstol talan mot utländsk person med motiveringen att avtal, som ingåtts via telefonsamtal med part som befunne sig i utlandet, skulle anses ingångna i Sverige. Högsta domstolen respektive Hovrätten för västra Sverige ansåg att förbindelserna inte kunde anses ingångna här i riket. *Konklusionen är att svaranden måste ha befunnit sig i Sverige vid avtalsslutet för att bestämmelsen i RB 10:4 skall bli tillämplig.*

Av exemplet framgår att den australiske medkontrahenten Jones befann sig i Sverige vid avtalsslutet. Kan detsamma sägas om Constrictor? Kravet om fysisk närvaro av svaranden eller åtminstone en befullmäktigad representant är vid elektroniska avtalsslut inte att anse som uppfyllt i traditionell mening, emedan avtalsslutet sker automatiskt utan mänsklig inblandning när en beställning effektueras. Därmed måste undersökas, *för det första*, om det automatiska avtalsslutet överhuvudtaget kan likställas med ett avtal slutet av en representant och, *för det andra*, om bestämmelsen i RB 10:4 är tänjbar i en sådan utsträckning att analoga resonemang faller inom dess ramar.

I litteraturen om elektronisk avtalsrätt är det automatiska avtalsslutet omdiskuterat. Diskussionen har bl.a. berört den här aktuella frågan om i vilken utsträckning en dators meddelanden skall utgöra rättshandlingar som är bindande för datorns ägare. Argument har före-

[252] *Dennemark*, s. 188.

kommit för att införa ett fullmaktstänkande, på så sätt att datorns dispositioner skulle vara baserade på en fullmakt från huvudmannens sida.[253] Senare har starka skäl mot en sådan teori anförts. Både Bryde Andersen och Hultmark pekar på att ett IT-system saknar rättssubjektivitet och därmed inte kan vara bärare av rättigheter och skyldigheter.[254] Bryde Andersen anser vidare att fullmaktstanken ger en förvrängd och missvisande syn på de problem som kan uppkomma.[255] Mera relevant är i mina ögon att alla som på något sätt berört frågeställningen är eniga om att ett bindande avtal uppstår genom datorns dispositioner, dvs. bindande för den som initierat att datorn skall kunna genomföra nämnda disposition. De rent avtalsrättsliga förklaringarna skiljer sig något åt, men ingen ifrågasätter att datorsystemet tillerkänns en avslutningsrätt som sådan. Att rättssystemet skall tillåta att avtal ingås på elektronisk väg är även fastslaget i e-handelsdirektivets art. 9.1. Vid tidpunkten för lagens tillkomst och Danmarks kommentar till densamma var det automatiska avtalsslutet, om ens känt, åtminstone någonting som måste ha inordnats under avdelningen sällsyntheter i gränsöverskridande sammanhang.

Finns det då förutsättningar för att kategorisera ett avtal, slutet via automatiska dispositioner på en till Sverige knuten webbplats, såsom ingånget i Sverige på samma sätt som vore det ingånget av en i Sverige behörig representant? Under förutsättning att den svenska anknytningen inte är dold för medkontrahenten kan man som utgångspunkt anta att så är fallet. Den bakomliggande viljan hos den som agerar via en sådan webbplats är identisk med en som agerar via en representant; båda söker sig till Sverige i syfte att ingå förbindelser. Om förbindelserna ingås via bemyndigande av en representant eller via programmering av en dator är av underordnad betydelse. Situationen kan jämföras med tillfällen då personer med utländsk hemvist via automater säljer t.ex. drycker eller biljetter här i riket.

Kan då bestämmelsen om kontraktsforum anses så vidsträckt att de automatiskt ingångna avtalen ryms inom dess begrepp ”ingångna förbindelser”. Dennemark förordar en restriktiv tolkning, men denna restriktivitet gäller framför allt svarandens eller dennes ombuds närvaro i riket vid avtalsslutet. Av rättspraxis framgår endast att avtal slutna via telefonsamtal till utlandet ej befanns som tillräckliga anknytningsfaktum i detta avseende. Några restriktioner i övrigt synes inte föreligga. Av detta drar jag slutsatsen att ett avtal slutet via en webbplats placerad på en server i Sverige kan, åtminstone analogt, *bilda utgångspunkt* för svensk domsrätt inom de ramar som framgår av RB 10:4. I sig är det emellertid inte tillräckligt. För att bestämmelsen skall aktualiseras krävs ytterligare anknytningsmoment.

Frågan är vilka anknytningsmoment som sålunda krävs. I exemplet Constrictor var utgångspunkten att verksamheten riktades bl.a. mot Sverige och bedrevs via en server här i

---

[253] Jfr *Einersen*, s. 88 ff.

[254] *Andersen (1991)* , avsnitt 19.3.c; Hultmark (1998), s. 27 f. Einersen var i och för sig medveten om denna problematik och valde därför att arbeta med begreppet ”edb-fuldmagt”.

[255] *Andersen (1991)*, avsnitt 19.3.c. Här berör han främst automatiska avtalsslut vid användandet av EDI, men tankegången som sådan är applicerbar även vid andra former av automatiska avtalsslut.

riket. Nödvändig utrustnings fysiska placering i Sverige kan måhända medföra att bestämmelsens rekvisit objektivt sett är uppfyllda och förstärka intrycket av att förbindelsen ingås här i riket. För egen del är jag emellertid av den uppfattningen att en sådan placering är av ytterst underordnad betydelse som anknytningsmoment i detta sammanhang. För det första är utrustningens, i detta fall serverns, placering okänd för den allmänne besökaren på webbplatsen. Att en domstol skulle vara behörig som *forum contractus* vid tillfälle då käranden inte kunde vara medveten om att förbindelsen ingicks i Sverige är knappast möjligt. För det andra kan en och samma webbplats vara placerad på flera servrar i olika länder, vid varje nytt besök på webbplatsen kan informationen hämtas från olika servrar. Att en eventuell förbindelse ingås via den i Sverige befintliga servern kan då vara resultatet av en slump, som det i sig vore orimligt att tillerkänna relevans vid bedömning av svensk domsrätt. För det tredje kan informationen på en webbplats i sig vara så uppdelad att informationen ligger på olika servrar, t.ex. bilder på en server i Sverige, texten på en server i England och rörlig animation på en server i USA. Även om just den information som innebär att avtal kan ingås är placerad på en server i Sverige kan man enligt min mening inte se förbindelsen som ingången här.

För att svensk domstol skall vara behörig som *forum contractus* måste det således finnas ytterligare något annat anknytningsmoment av sådan karaktär att förbindelsen får anses ingången i Sverige. För att så skall vara fallet bör rimligen krävas att att båda parter förstår, eller åtminstone ges ett tillräckligt starkt intryck av, att det är fråga om en förbindelse som ingås i Sverige. En besökare på en webbplats kan av sidans utformning ges ett betydande intryck av att det är fråga om en förbindelse som ingås i Sverige.

Den anknytning som närmast kommer i åtanke utgörs av någon slags registrering som medför att webbplatsen associeras till Sverige. Detta är möjligt eftersom domännamnsreglerna ändrats så att en utländsk leverantör av informationssamhällets tjänster kan agera med webbplatser under .se-domänen. Antag att Jones finner Constrictors webbplats på webbadressen www.constrictor.se. I så fall menar jag att det inte är orimligt att svenska domstolars behörighet skall kunna grundas på bestämmelsen om *forum contractus* (och dessutom oberoende av om webbplatsen är placerad på en server i utlandet). Påståendet baseras på den starka anknytning som en registrering av en .se-domän får anses ha till Sverige, vilket i sig torde vara tillräckligt för att kravet om objektiva egenskaper är uppfyllda.[256] Vidare är signalen till webbplatsens besökare så stark att även de subjektiva egenskaperna i normalfallet kan anses uppfyllda. I ett övergripande perspektiv kan även anföras att det finns en slags ekvivalent logik i att de fördelar som ligger i signalvärdet i toppdomänen .se motsvaras av den olägenhet det kan innebära att behöva svara inför svensk domstol.

[256] Bogdan har framfört ståndpunkten att en nationell toppdomän kan liknas vid flaggan på ett fartyg och att på samma sätt som fartyget är inskrivet i flagglandets fartygsregister är en nationell toppdomän införd i ett för sådana motsvarande register. Därmed menar Bogdan att det är naturligt att betrakta en webbplats såsom hemmahörande (belägen) i registreringslandet. Se *Bogdan (1998)*, s. 828. Jämförelsen med webbplatsen haltar såtillvida att få skulle betrakta ett avtal slutet på ett svenskflaggat fartyg såsom ingånget i Sverige.

Även om sålunda svensk domsrätt vid elektroniska avtalsslut skulle kunna grundas på bestämmelsen om kontraktsforum finns det vissa begränsningar för domsrättens räckvidd. Dessa har noga beskrivits av Dennemark och berör tillfällen ”då eljest nöjaktig anknytning till Sverige saknas”.[257] Antag att en amerikansk resenär på väg från Moskva hem till New York anländer till Arlanda och där, i väntan på nästa plan, via Internet sluter ett avtal som enligt beskrivningen ovan innebär att svensk domstol skulle kunna vara behörig som *forum contractus*. I sådana tillfällen är det spörsmål om det finns en så pass påtaglig anknytning till Sverige att svenskt rättsskipningsintresse föreligger. Jag ansluter mig här till Dennemarks uppfattning att det vid dylika tillfällen är en fråga om ”kärandens rimliga rättsskyddsintressen icke kunna tillgodoses på annat sätt än genom en process vid svensk domstol”.[258] Att på förhand fastsätta gränser för när sådana intressen kan anses föreligga är närmast ogörligt, varför anledning saknas att här fördjupa sig vidare i frågan.

9.5 RB 10:5 – fast etablering

Enligt bestämmelsen i RB 10:5 kan den som idkar jordbruk, gruv- eller fabriksdrift, hantverk, handel eller annan dylik rörelse med fast driftställe i Sverige vid tvist, som uppkommit omedelbart på grund av rörelsen, sökas där driftstället är beläget.

Att tillerkänna ett fast driftställe eller motsvarande (t.ex. filial eller agentur) en sådan betydelse vid fastställandet av svensk domsrätt innebär att käranden ibland kan väcka talan vid annan domstol än den som utgör svarandens allmänna forum. Denna alternativregels tillkomst har motiverats med att kärandens ställning i annat fall skulle kunna bli mera oförmånlig än vad som kan anses skäligt.[259] Behörig domstol kan således även tillhandahållas på den ort där driftstället är beläget, under förutsättning att tvisten hänför sig direkt till rörelsen.

Den fråga som här skall behandlas är om verksamhet bedriven på Internet kan betraktas såsom bedriven via ett fast driftställe och därmed medföra att en domstol i enlighet med RB 10:5 är behörig att pröva kärandens talan. För att så överhuvudtaget skall kunna vara fallet måste vissa grundläggande förutsättningar vara för handen. Resonemanget bakom dessa förutsättningar sammanfaller i princip med det som fördes ovan rörande *forum contractus*. Det måste sålunda vara fråga om en webbhandelsplats med en sådan anknytning till Sverige att såväl de subjektiva som de objektiva förutsättningarna är uppfyllda. Parterna skall alltså förstå, eller åtminstone ges ett tillräckligt starkt intryck av, att avtalet sluts via en webbplats som kan associeras till Sverige. Vidare krävs en faktisk anknytning av sådant slag att rekvisiten i bestämmelsen sakligt sett är uppfyllda.

---

[257] *Dennemark*, s. 190 och 173 ff.

[258] *Dennemark*, s. 176.

[259] NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap., s. 100.

Frågeställningen har behandlats av Bogdan i artikeln *Kan en Internethemsida utgöra ett driftställe vid bedömningen av svensk domsrätt och tillämplig lag?*.[260] Utgångspunkten i Bogdans behandling av den svenska domsrätten i enlighet med RB 10:5 är ett exempel rörande ett amerikanskt företag, Joystick, som via en server i Sverige bedriver försäljning av datorprogram på den nordiska marknaden. Härvid förutsätts att webbplatsen ligger under toppdomänen .se och att den innehåller text på de nordiska språken.[261] Slutsatsen är att en sådan webbplats normalt kan anses utgöra ett driftställe i vid tillämpning av RB 10:5.

I sin analys tar Bogdan fasta på två förutsättningar. För det första konstaterar han att det måste vara fråga om att webbplatsen utgör ett fast driftställe, vilket det enligt förarbetena är om det finns en särskild anläggning för stadigvarande bruk.[262] För det andra utgår han ifrån att driftstället (webbplatsen) är bemyndigat att sluta avtal å det utländska företagets vägnar.

Avseende det första kriteriet tar argumentationen fasta på just förarbetenas uttalanden om ett driftställe för stadigvarande bruk och även om han vidgår att en ”hemsida utan tvekan kan läggas ner på ett enklare och billigare sätt än exempelvis ett inrett försäljningskontor” menar Bogdan att det inte kan ”förnekas att även en hemsida kan vara avsedd att vara stadigvarande eller i varje fall avsedd att fungera tills vidare”.[263] Skulle sålunda en missnöjd dansk kund som via det amerikanska företagets webbplats www.joystick.se förvärvat ex. ett datorprogram vilja stämma det amerikanska företaget anser Bogdan således att svensk domstol enligt RB 10:5 är behörig att pröva danskens talan.

Vad angår det andra kriteriet – driftställets kapacitet att sluta avtal å huvudmannens vägnar – kommer Bogdan fram till slutsatsen att så är fallet.[264] Slutsatsen sammanfaller väl med min konklusion ovan under behandlingen RB 10:4, varför ytterligare fördjupning i frågan inte är nödvändig här.

Bogdans resonemang är i huvudsak oantastligt och slutsatsen får anses välmotiverad. Det finns dock anledning att mer inträngande behandla några särskilda aspekter.

Bogdan menar att Joysticks webbplats skall vara placerad på en server här i Sverige. Som tidigare torde ha framgått är det enligt min mening olämpligt att tillerkänna den fysiska utrustningens lokalisering någon avgörande betydelse i något sammanhang. Det relevanta är om den subjektiva respektive objektiva sidan kan anses uppfylld. I likhet med vad som gällde för svensk domstols behörighet som forum contractus krävs en anknytning till Sverige med

---

[260] Se *Bogdan (1998)*.

[261] Bogdans artikel författades innan reglerna rörande domännamnstilldelning liberaliserats, jfr ovan 2.2.2. Det scenario som han utgår ifrån är dock fullt förenligt med dagens regler.

[262] NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap., s. 101. Med anläggning menas ”kontor, fabrik, verkstad, handelsbod eller annat försäljningsställe”.

[263] *Bogdan (1998)*, s. 830.

[264] Bogdan liknar härvid programmeringen av webbplatsen som innebär att anbud automatiskt accepteras och bekräftas med en obemannad bensinstation där kunderna betjänas via en sedelautomat; ”få skulle förneka att en sådan bensinmack utgör driftställe vid tillämpning av rättegångsbalkens 10 kap. 5 §.” Se *Bogdan (1998)*, s. 831.

den styrka som t.ex. en registrering som associerar webbplatsen hit kan innebära. Bogdan laborerar själv med tanken att en registrerad .se-domän skall anses innebära att den är belägen i registreringslandet.[265] En sådan omständighet, jämte att övriga subjektiva kriterier i form av webbplatsens utformning ger vid handen att webbplatsen riktas mot bl.a. den svenska marknaden, bör i sig vara tillräcklig för att en webbplats skall kunna anses som verksamhetsställe i Sverige.

Bogdan är också av den uppfattningen att webbplatsen kan uppfylla lagrummets krav även i situationer när den inte är behörig att sluta avtal. Detta under förutsättning att den ”på annat sätt aktivt medverkar till att avtal kommer till stånd”, men han vidgår också att rättsläget får betraktas som något oklart på denna punkt.[266] Tyvärr väljer han att inte utveckla argumenten för sin uppfattning. Även om det kan förefalla tveksamt att generellt förespråka en så extensiv tolkning av bestämmelsen menar jag att Bogdans ståndpunkt har fog för sig. Av ordalydelsen framgår endast att tvisten ”skall ha uppkommit omedelbart på grund av” driftstället i fråga. Något krav på att driftstället skulle vara behörigt att på rörelseidkarens vägnar sluta avtal kan inte utläsas. I rättspraxis framgår också att tillämpligheten av bestämmelsen i visst hänseende inte är beroende av en sådan behörighet.[267] Om en kontrahent lockas att via webbplatsen www.joystick.se ingå ett avtal kan det vara så att anbudet skickas till en annan server under en annan toppdomän. I fall det är fråga om en så pass dold länkning till den andra servern att det inte framgår för kontrahenten att avtalet inte sluts på den besökta webbplatsen kan det såunda finnas anledning att ändå låta RB 10:5 vara tillämplig. Webbplatsen www.joystick.se existens är en nödvändig förutsättning för att just det aktuella avtalet och den därpå följande tvisten skulle uppkomma.

I förlängningen av denna konklusion uppstår frågan var gränsen egentligen går för svensk domstols behörighet i enlighet med RB 10:5. Är regeln så flexibel att det vore möjligt att grunda behörighet redan på den grund att webbplatsen på något sätt riktades mot Sverige, t.ex. genom att språket genomgående var svenska, även om den var placerad under en annan toppdomän än en svensk nationell toppdomän?[268] Antag att Joystick utformade sin webbplats helt på svenska, angav priser i svenska kronor och gav presumtiva kontrahenter intrycket av att det var en ”svensk” webbplats. Antag vidare att webbplatsen hade webbadressen www.joystick.nu, men att den i övrigt helt administrerades från USA som också är etableringsort. Kan webbplatsens ”svenska” utformning medföra att den får ses som en svensk filial? Det kan i många avseenden tyckas rimligt att svenska domstolar vore behöriga i sådana sammanhang. Någon möjlighet därtill synes emellertid inte rymmas inom ramarna för RB 10:5. Anknytningen till Sverige är förvisso stark, men den kan inte anknytas till någon fast

---

[265] *Bogdan (1998)*, s. 828 f.

[266] *Bogdan (1998)*, s. 828.

[267] Se RH 1982:120, varvid forumfrågan i ett nationellt ärende löstes med tillämpning av RB 10:5 trots att det fasta driftsstället inte hade rätt att sluta avtal å huvudmannens vägnar. Fallet kommenteras av *Pålsson (1989)*, s. 80 f.

[268] Jfr behörighetsreglerna för konsumentavtal i Bryssel II-förordningen art. 15.

etablering här i riket vilket är den grundläggande förutsättningen för bestämmelsens tillämpning. Gränsen för tillämpningen av RB 10:5 förefaller alltså gå vid de ovan beskrivna scenarierna där det åtminstone finns en webbadress som genom en nationell registrering etablerar verksamheten på webbplatsen såsom bedriven i Sverige. Detta kriterium menar jag kan fungera väl för svensk del så länge systemet för toppdomänen .se är sådant att det får anses vara fråga om en nationell registrering som förutsätter att användaren har en stark anknytning till Sverige. För den händelse att utvecklingen rörande den svenska toppdomänen skulle ändras i sådan utsträckning att toppdomänen inte längre kan anses kvalificera en webbplats såsom unikt anknuten till Sverige faller också argumenten för att en sådan webbplats skall kunna anses utgöra ett fast driftställe i Sverige. Ett exempel på en sådan ändring vore som tidigare nämnts om utländska myndigheter administrerar webbplatser under .se-domänen.

Avslutningsvis skall några andra regler rörande utländska e-handelsplatser under den svenska .se-domänen behandlas. Antag att Joystick väljer att etablera sig i Sverige och bedriver e-handelsverksamhet under .se-domänen. Denna etablering är att betrakta som en slags filial eftersom huvudkontoret är placerat i USA. Därmed är Joystick underkastat bl.a. reglerna i e-handelslagen och är i enlighet med 8 § denna lag också tvungna att informera om sitt namn och adress i etableringsstaten. Eftersom Joystick nu är etablerat i såväl USA som i Sverige (och kanske även andra länder) är frågan vilken denna etableringsstat är. Svaret framgår av e-handelsdirektivets ingresspunkt 19 och av förarbetena till den svenska lagen. Av propositionen framgår att svenska domstolar vid tillämpning av denna regel skall följa GDs praxis vid fastställande av etableringsorten.[269] Vidare observeras att en tjänsteleverantör faktiskt kan vara etablerad i flera stater. Tjänsten som sådan skall i sådant fall anses tillhandahållen från den stat där verksamhetens centrum ligger för denna särskilda tjänst.[270] Att tjänsten härmed skulle anses emanera från USA innebär emellertid inte att en svensk domstol inte skulle kunna vara behörig i enlighet med RB 10:5. Det som betonas i samband med e-handelsdirektivet och e-handelslagen är att en stat där tjänsteleverantören Joystick rent fysiskt placerat sin tekniska utrustning inte i sig skall anses som en etableringsstat. Det är inte heller den tekniska utrustningens placering som föranleder domstolens behörighet i mitt resonemang. Det är istället det faktum att Joystick valt att etablera sig i Sverige och bedriva affärsverksamhet medelst en metod som för motparten ger intryck av att det är fråga om ett svenskt företag, som leder till att verksamheten måste bedömas som bedriven via ett fast driftställe i den mening som föreskrivs i svenska internationellt processrättsliga regler. Att e-handelslagen pekar på USA som den stat *tjänsten* tillhandahålls ifrån är i det sammanhanget oväsentligt. Tjänsten tillhandahålls i exemplet via ett fast driftställe i Sverige och inget talar mot att rekvisiten i RB 10:5 skulle vara uppfyllda.

---

[269] Prop. 2001/02:50, s. 110.

[270] Prop. 2001/02:50, s. 110. Jfr även direktivets ingresspunkt 19.

9.6 Konsumentavtal – särskilt angående RB 10:8 a

Rättegångsbalkens 10 kapitel innehöll i sin ursprungliga lydelse inga särskilda behörighetsregler för konsumenter. De berörda bestämmelserna tillkom innan det civil- och processrättsliga konsumentskyddet fick den genomslagskraft som det har i nutida regelverk. Följaktligen saknas utrymme för särskilda och till fördel för konsumenter mera förmånliga tolkningar av rättegångsbalkens behörighetsregler vid gränsöverskridande avtalsförhållanden. I detta avseende skiljer sig bestämmelserna sålunda från dem i som återfinns i vissa andra regelverk om domstols behörighet och som tillämpas i andra sammanhang.[271]

Den enda regel i rättegångsbalkens 10 kapitel som är direkt utformad för konsumenter är den senare införda 8 a §.[272] Enligt denna har en konsument möjlighet att väcka talan mot en näringsidkare på den ort där konsumenten har sitt hemvist. Detta gäller endast under förutsättning att målet är av sådan karaktär som åsyftas i rättegångsbalkens 1 kap. 3 d §, dvs. att värdet av tvisteföremålet inte överstiger ett halvt basbelopp.

Det är en vanlig uppfattning i den allmänna litteraturen rörande IT-rätt och elektronisk handel att bestämmelsen i RB 10:8 a även skall omfatta konsumenttvister vid gränsöverskridande e-handelstransaktioner.[273] Denna inställning kommer också till uttryck i den offentliga utredningen *Konsumenterna och IT (SOU 1999:106)* vari utredaren anför att ”Enligt 10 kap 8 a § får en svensk konsument, under förutsättning att värdet av det omtvistade inte överstiger ett halvt basbelopp, alltid väcka talan vid rätten på den ort där han har sitt hemvist.”[274]

Det finns starka skäl att ifrågasätta denna uppfattning. Jag är ytterst tveksam till om bestämmelsen i RB 10:8 a kan ses som en internationell domsrättsregel i något sammanhang, vare sig det är fråga om elektronisk handel eller ej. Anledningen till denna skepsis kan främst tillskrivas att forumreglerna i rättegångsbalkens 10 kap. är utformade för internt bruk, dvs. de anger vilken svensk domstol som under olika förutsättningar är behörig att pröva en talan. Även om bestämmelserna i viss utsträckning beaktar internationella aspekter är de tillkomna i syfte att tillhandahålla och utpeka en behörig domstol för internt bruk, för de situationer där man från lagstiftarens sida menade att en behörig domstol måste finnas. Bestämmelserna innehåller således inte någon generell reglering av svensk domsrätt, vilket lett till att frågan om sådan föreligger endast kan besvaras medelst en försiktig analog tillämpning. I förarbetena till 10 kap. RB uttrycks särskilt att ”Något allmänt forum för svarande, som äger hemvist utom riket, har alltså icke anvisats. Om sådan svarande kan stämmas till svensk domstol, är

---

271 Jfr Lugano- och Brysselkonventionerna art. 13-15 samt Bryssel I-förordningen art. 15-17.

272 Paragrafen infördes i rättegångsbalken genom antagandet av prop. 1986/87:89. Regeln motsvarar 11 § i lag (1974:8) om rättegången i tvistemål om mindre värden, den s.k. småmålslagen, som upphörde att gälla 1987.

273 Så hävdar t.ex. Carlén-Wendels med hänvisning till RB 10:8a att ”en svensk konsument alltid har rätt att väcka talan mot näringsidkare i svensk domstol om tvisten inte gäller större värden än ett halvt basbelopp”, *Carlén-Wendels*, s. 48. Se även *Lindberg & Westman*, s. 94.

274 SOU 1999:106, s. 93.

beroende av huruvida enligt någon av de *följande bestämmelserna* i detta kapitel behörig domstol finnes för tvisten."[275]

Varför bör då regeln i RB 10:8 a *inte* räknas till de nämnda "följande bestämmelserna". Inledningsvis måste beaktas att regeln infördes långt senare och omfattas därmed inte av uttalanden i förarbetena till övriga bestämmelser i 10 kap. RB. Av stor vikt är vidare att regeln ursprungligen tillkom i en olikartad rättslig miljö, nämligen den numera upphörda småmålslagen. Härvid uttrycktes inga intentioner om att regeln också skulle utgöra en domsrättsregel. Motivet för dess tillkomst byggde i stället på en förväntan om att det förenklade rättegångsförfarande som småmålslagen medförde skulle leda till att fler konsumenter reste krav mot näringsidkare. Med hänsyn till att resekostnaderna skulle bli betydliga och då konsumenterna torde ha svårigheter att anlita platsombud på näringsidkarens hemvistort, dit processen enligt huvudregeln oftast skulle förläggas, infördes forumregeln att näringsidkare får sökas där konsumenten har hemvist. Nackdelen för näringsidkaren ansågs inte alltför besvärande. Enligt propositionen torde det i allmänhet finnas goda möjligheter att låta sig företrädas av ombud på platsen.[276] Dessa motiv håller stick om man ser till en nationell nivå. Att bestämmelsen sedermera skulle ha utvecklats till en domsrättsregel endast av den anledningen att den i samband med småmålslagens upphörande *överfördes* till rättegångsbalkens 10 kap. håller jag för osannolikt. Den kan inte automatiskt anses omfattad av det i förarbetena till 10 kap. RB införda uttalandet om svensk domstols behörighet vid internationella tvister och det finns heller ingenting i förarbetena från bestämmelsens överflyttning till rättegångsbalken som ens antyder att så skulle vara fallet.[277]

Anledningen till att RB 10:8 a uppfattas som en domsrättsregel beror antagligen på att man med tiden i en allt större utsträckning, felaktigt, antagit rättegångsbalkens forumregler såsom även varandes domsrättsregler. Därjämte kan anas ett önskemål om att även vid gränsöverskridande tvister tillerkänna konsumenter ett skydd som står i paritet med det i så många andra tillfällen existerande konsumentskyddet. Jag kan i viss grad sympatisera med sistnämnda tankegång, men mot bakgrund av att den aktuella bestämmelsen i så många avseenden utgör en främmande fågel i det rede som hyser de bestämmelser, vilka tjänar till vägledning om svensk domstols behörighet vid gränsöverskridande tvister, menar jag att möjligheterna att tolka RB 10:8 a som en domsrättsregel är ytterst begränsade.[278] Denna konklusion gäller generellt och inte endast för den gränsöverskridande elektroniska handeln. Skulle t.ex. en svensk turist under ett besök i Alaska köpa en pälsjacka vore det orimligt att låta turisten efter hemkomsten till Stockholm väcka talan mot försäljaren vid Stockholms tingsrätt pga. felaktigheter i jackan.

---

[275] NJA II 1943 s. 95 Rättegångsbalk 10 kap. , s. 97.

[276] Prop. 1973:87 s. 158 f.

[277] Se Prop. 1986/87:89 samt prop. 1988/85:95.

[278] Skepsis har även kommit till uttryck i den internationellt privat- och processrättsliga litteraturen, se *Pålsson (1995)*, s. 116 och *Bogdan (2004)*, s. 116.

9.7 Prorogationsavtal

Den elektroniska handeln präglas i stor utsträckning av bruket av standardavtal. I dessa förekommer så gott som alltid ett villkor om vilken domstol som skall vara behörig att lösa en eventuell tvist mellan parterna. Genom att acceptera villkoren, t.ex. genom att med datormusen klicka på ett angivet fält, kommer som utgångspunkt även nämnda villkor att utgöra en del av avtalet.

Prorogationsklausuler respekteras av svenska domstolar i de flesta dispositiva mål, jfr RB 10:16. För att denna bestämmelse skall bli tillämplig krävs att det är fråga om ett skriftligt avtal om prorogation. Inledningsvis är det således nödvändigt att undersöka om formkravet kan anses uppfyllt vid när det är fråga om ett elektroniskt avtal. Bestämmelsen i RB 10:16 tar endast sikte på frågan om själva behörigheten. Frågor rörande giltighet och verkan av en prorogationsklausul faller utanför dess tillämpningsområde och får således prövas särskilt (se vidare avsnitt 16).[279]

Några större bekymmer kan formkravet knappast anses medföra. Eftersom elektroniska avtal var en okänd företeelse vid bestämmelsens tillkomst är det rimligt att visa generositet vid bedömningen av hur snävt formkravet skall tillämpas. Motsvarande formkrav för prorogationsavtal i Bryssel I-förordningens art. 23.2 löses genom att ”ett elektroniskt meddelande som möjliggör en varaktig dokumentation av avtalet, skall anses likvärdigt med skriftligt”, se avsnitt 10.7.3.[280] Ett liknande synsätt bör kunna läggas till grund för bedömningen av formkravet i RB 10:16. Övriga frågor rörande elektroniska avtals formella giltighet i ett internationellt privat- och processrättsligt perspektiv behandlas i avsnitt 16.

10 BRYSSEL- OCH LUGANOREGLERNA

10.1 Inledning

De ursprungliga bestämmelserna i Brysselkonventionen av 1968 innehöll av naturliga skäl inte några bestämmelser rörande den elektroniska handeln. Först med Internets kommersiella genombrott i mitten av 1990-talet väcktes frågor om hur Bryssel- och Luganokonventionernas regler skulle appliceras vid elektroniska transaktioner. Detta beaktades av den arbetsgrupp som företog en översyn av de båda konventionerna. Att arbetsgruppen tillmätte e-handeln särskild betydelse visade sig främst i den totala nydaningen av konsumentreglerna. Just denna förändring torde främst ha sin grund i att de tidigare konsumentreglerna, som fortsatt gäller i Bryssel- och Luganokonventionen, inte är utformade på ett sätt som stämmer överens med de mönster som e-handelstransaktioner i konsumentsammanhang uppvisar.

---

[279] *Pålsson (1989)*, s. 94.

[280] I 10 § 1 st. distansavtalslagen anges avseende näringsidkarens informationsplikt att ”informationen skall ges i en handling eller i någon annan läsbar och varaktig form som är tillgänglig för konsumenten.” Jfr direktiv 1997/7EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal, art. 5.

Ändringarna i övriga bestämmelser torde främst ha motiverats av andra omständigheter. Att införa särskilda regler för elektronisk handel utöver de hänsyn som togs i konsumentreglerna var aldrig aktuellt. Vid presentationen nedan kommer fokus att placeras på Bryssel I-förordningens bestämmelser. Såvida ej annat anges är bestämmelserna gemensamma för samtliga tre regelverk. Hänvisning till artiklar kommer genomgående gälla Bryssel I-förordningen. Skulle motsvarande bestämmelser i Bryssel-/Luganokonventionerna återfinnas i andra artiklar återges dessa efterföljande inom parentes. Vid vissa tillfällen används uttrycket ”annan medlemsstat” i syfte skilja en forumstat från en annan. Uttrycket omfattar därvid även de stater som endast har tillträtt Bryssel- och Luganokonventionerna.

10.2 Tillämpningsområdet och huvudregeln i art. 2

Bryssel-/Luganoreglerna är tillämpliga på privaträttens område. De i artikel 1 angivna undantagen torde inte aktualiseras vid elektronisk handel. Enligt huvudregeln i art. 2.1 skall talan mot en part som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten. Hemvistbedömningen vid elektronisk handel är i sig förenad med en viss komplexitet och behandlas separat, se ovan avsnitt 7. Bestämmelsen som sådan bygger på den inom den internationella processrätten internationellt utbredda devisen *actor sequitur forum rei,* dvs. käranden uppsöker (har att uppsöka) svarandens domstol.

Bestämmelsen i art. 2.1 avser vidare endast den internationella behörigheten. Skulle svensk domstol vara behörig så får frågan vilket svenskt forum som äger lokal behörighet lösas i enlighet med interna forumregler, primärt RB 10 kap.[281]

10.3 Allmänt om de särskilda behörighetsreglerna i art. 5

I artikel 5 återfinns några av de bestämmelser som alternativt till huvudregeln i art. 2.1 tillerkänner forum i en annan medlemsstat behörighet. Det måste betonas att reglerna i allmänhet bör ges en restriktiv tolkning, emedan de bär prägel av att vara undantagsregler från (mer än att vara alternativregler till) art.2.1.[282]

Anledningen till de särskilda behörighetsreglernas existens är att det anses föreligga en nära förbindelse mellan tvisten och den behöriga domstolen.[283] Denna nära förbindelse är mer uppenbar i vissa fall än i andra, men leder enligt bestämmelserna till att en svarande är skyldig att inställa sig inför ett forum i ett annat land än hemvistlandets. En sådan ordning kan emellertid endast komma i fråga så länge svaranden har hemvist i ett medlemsland. Detta framgår explicit av artikel 5.

---

[281] *Pålsson (2002)*, s. 93. I regelverken finns i övriga sammanhang bestämmelser som reglerar såväl den internationella behörigheten som den interna forumfrågan, se t.ex. bestämmelserna i art. 5.

[282] *Pålsson (2002)*, s. 94. Detta har också uttalats i flera avgöranden från GD, se t.ex. 33/78 Somafer [1978] ECR 2183 p. 7; 189/87 Kalfelis [1988] ECR 5565 p. 19; C-26/91 Handte [1992] ECR I-3967 p. 14 samt C-256/00 Besix, REG 2002 s. I-1699.

[283] *Jenard (1979a)*, s. 22

10.4 Forum solutionis – art. 5.1

10.4.1 Inledning

I Bryssel-/Luganoreglernas art. 5.1 stadgas att en talan som avser avtal kan väckas vid domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser. Bestämmelsen ger upphov till ett antal tolkningsfrågor och är en av de mest (om inte den mest) omdiskuterade bestämmelserna i Bryssel- och Luganokonventionerna.[284] Till de frågor som GD huvudsakligen fått ta ställning till hör spörsmålen om när en förpliktelse skall anses vara *avtalsrättslig*, vilken *förpliktelse* det är som åsyftas och hur *uppfyllelseorten* skall fastställas. Tolkningsproblemen rörande sistnämnda två frågor torde vid tillämpning av Bryssel I-förordningen vara mindre omfattande än vad som är – och har varit – fallet med Bryssel- och Luganokonventionerna. Detta eftersom bestämmelsen i förordningen förändrats, så att den genom införandet av art. 5.1 b) givits vissa definitioner i dessa avseenden. Bestämmelsens utformning är generell och synes, formellt sett, tillämplig också på avtal baserade på elektronisk handel. Däremot kan frågor resas om framför allt vissa av de avtalsförpliktelser som karakteriserar den direkta elektroniska handeln är sådana att det är möjligt att tala om en uppfyllelseort.

10.4.2 Avtalsrättsliga tvister

Bestämmelsen i art. 5.1 behandlar endast tillfällen då ”talan avser avtal”. I sin praxis har GD klargjort att detta uttryck, oavsett skilda uppfattningar därom i medlemsländerna, skall ges en autonom tolkning vid tillämpning av bestämmelsen i fråga.[285]

Då jag i detta arbete endast berör inomobligatoriska förhållanden vid elektronisk handel är det endast frågor då talan avser avtal som berörs. Därför skall endast vissa grundläggande drag i GD:s autonoma förståelse av bestämmelsen omnämnas.

I fallet Handte[286] var frågan om en talan som väcktes mot en part i tidigare säljled kunde vara sådan att den ”avser avtal”. Enligt fransk rätt finns vissa förutsättningar för en sådan talan, men den autonoma tolkningen av avtalsbegreppet skall enligt GD inte inbegripa förhållanden utöver dem, där en part frivilligt förbundit sig att prestera till någon annan. Således är inte art. 5.1 tillämplig mot en återförsäljare i tidigare säljled eller en producent, eftersom det då inte föreligger någon avtalsrättslig relation.

En komplicerad situation kan uppstå om svaranden invänder att det inte föreligger något avtal eller att detta är ogiltigt. I fallet Effer klargjorde domstolen att art. 5.1 är tillämplig, även om det är stridigt mellan parterna huruvida det avtal som talan avser är giltigt eller överhuvudtaget existerar.[287] En anledning till denna inställning kan vara att det vore för enkelt att åsidosätta bestämmelsen, om en svarande endast behövde invända att något giltigt avtal inte

---

[284] Se t.ex. *Blok*, *Lando (1977)*, *Pålsson (1997)*. För en mera ingående behandling av art. 5.1 i Bryssel- och Luganokonventionerna, se *Hertz (1998)*, kap. 5.

[285] Se Mål 34/82 Peters [1983] ECR 987 p. 9-10.

[286] Se mål C-26/91 Handte [1992] ECR I-3967.

[287] Mål 38/81 Effer [1982] ECR 825.

har ingåtts. I fallet framgår inte vilken bevisbörda som åvilar parterna, vilket är olyckligt. I olika sammanhang på nationell nivå har det ställts krav på käranden att denne i tillräcklig grad gjort sitt påstående sannolikt.[288]

10.4.3 Den relevanta förpliktelsen och Bryssel- och Luganokonventionerna

Av den berörda bestämmelsen i art. 5.1 framgår att den eventuella behörigheten tillkommer domstolen i uppfyllelseorten för *den förpliktelse som talan avser*. Med hänsyn till att ett avtal typiskt omfattar två eller flera förpliktelser har rekvisitet varit förenat med tolkningsproblem[289] eftersom det har varit nödvändigt att fastställa vilken av dessa förpliktelser det är som avses. Problemet har berörts i rättspraxis, varvid GD i fallet de Bloos fastslagit att det är den förpliktelse som ligger till grund för talan som är den relevanta.[290] Avser talan fel i vara är det således förpliktelsen att leverera det bestämda objektet i avtalsenligt skick som åsyftas. Skulle det i stället vara säljaren som väcker talan om utfående av överenskommen ersättning för varan är det således betalningsförpliktelsen som är relevant.

En konsekvens av att en talan kan delas upp på de olika förpliktelserna i ett och samma avtal är att olika domstolar kan bli behöriga beroende på vilken part som är kärande i målet. Säg att en köpare erhåller en felaktig vara och därför håller inne betalningen. Skulle köparen gå vidare och väcka talan mot säljaren med anledning av felet rör denna talan säljarens leveransförpliktelse. Eftersom fullgörelseorten för denna förpliktelse förmodligen är köparens hemvist leder det till att ett forum därstädes blir behörigt att pröva saken. Antag i stället att säljaren hinner väcka talan först. Talan kommer då att avse köparens förpliktelse att betala för varan. Om uppfyllelseorten för denna förpliktelse är säljarens hemvist innebär det att den där belägna domstolen blir behörig.

För den indirekta elektroniska handeln torde det inte vara några problem att fastställa den relevanta förpliktelsen då dessa oftast är väldefinierade; behörig domstol vid en talan baserad på endera av dessa förpliktelser kan därför i normalfallet utpekas utan att det elektroniska inslaget föranleder vidare svårigheter än dem som bestämmelsen i övrigt är behäftad med.

Annorlunda är det vid direkt elektronisk handel. Inledningsvis måste påpekas att det inte är frågan om förpliktelsen som är den mest problematiska för tillämpligheten av *forum solutionis* vid denna typ av handel. Det är i stället frågan om hur uppfyllelseorten skall fastställas, eller snarare om ett sådant fastställande egentligen är möjligt att genomföra, se nedan.. Som framgick av avsnitt 8 kan man emellertid, om man ställs inför uppgiften att identifiera den relevanta förpliktelsen vid direkt elektronisk handel, i normalfallet urskilja tre förpliktelser: en förpliktelse att *utföra betalning*, en förpliktelse att *tillhandahålla den elektroniska produkten* samt (båda parternas) förpliktelse att *uppfylla villkoren i licensavtalet*. Vilken av dessa förpliktelser som

---

[288] För kommentarer rörande dansk praxis, se *Blok*, s. 59,. Se även *Pålsson (2002)*, s. 98.

[289] För en mer inträngande behandling av tolkningsproblemen, se *Pålsson (2002)*, kap. 2.2.3.

[290] Se framför allt mål 14/76 de Bloos [1976] ECR 1497.

skall kvalificeras som relevant är beroende av den väckta talan och kommer att beröras närmare i nästa avsnitt.

10.4.4 Den relevanta förpliktelsen och Bryssel I-förordningen

Med den förändrade utformning som art. 5.1 har fått i Bryssel I-förordningen undgås i stor utsträckning de besvärliga tolkningsproblem som präglar konventionerna. Bestämmelsen har i Bryssel I-förordningen följande lydelse:

> Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan väckas i en annan medlemsstat
>
> a) om talan avser avtal, vid domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser;
>
> b) i denna bestämmelse, och såvida inte annat avtalats, avses med uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser
>
> - vid försäljning av varor, den ort i en medlemsstat dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats,
>
> - vid utförande av tjänster, den ort i en medlemsstat där enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts;
>
> c) om punkt b inte gäller skall punkt a gälla.

Huvudregeln i art. 5.1 a) är i och för sig identisk med den i Bryssel- och Luganokonventionerna, men i art. 5.1 b) har det införts en bestämning av vilken ort som utgör uppfyllelseort för särskilda avtalstyper. Bestämningen av uppfyllelseort i art. 5.1) b) skall förstås på så sätt att den även omfattar en *bestämning av den relevanta förpliktelsen*. Detta framgår kanske inte helt tydligt av ordalydelsen i sig, men är klart uttalad i kommentarer och doktrin.[291] Vid frågan om vilken förpliktelse som utgör den för avtalet relevanta finns det skäl att antaga att GD ämnar söka vägledning i art. 4 i 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen).

Med begreppet den relevanta förpliktelsen i Bryssel I-förordningen förstås den förpliktelse som är *karakteristisk* för avtalet.[292] Vid tidigare fall, då *forum solutionis* aktualiserades vid tillämpningen av Brysselkonventionen, har GD givit uttryck för att det ”varken är nödvändigt eller motiverat” att identifiera den karakteristiska förpliktelsen för att kunna identifiera uppfyllelseorten; ”med hänsyn till den mångfald och variationsrikedom som gäller för avtal i allmänhet skulle nämligen en tillämpning av detta kriterium på de övriga fallen kunna skapa en osäkerhet beträffande vilken domstol som var behörig, vilket konventionen har till syfte att motverka”.[293] Trots denna ovilja att identifiera den karakteristiska prestationen är det just en sådan övning som GD i framtiden kommer att ställas inför, eftersom den nya lydelsen i art. 5.1 b) bygger på ett sådant identifierande. Helt ovan är domstolen heller inte; begreppet ka-

---

[291] Se (Förslag till Rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område: KOM (1999) 348 slutlig.), s. 12. Att denna tolkning inte tillräckligt tydligt framgår av ordalydelsen har kritiserats, se *Kropholler & von Hinden*, s. 406, men samtidigt understryker *Kropholler* själv att bestämmelsen skall förstås så, se *Kropholler (2002)*, s. 138 f. samt *Pålsson (2002)*, s. 101.

[292] *Kropholler (2002)*, s. 139; *Pålsson (2002)*, s. 101.

[293] Mål 266/85, Shenavai, [1987] ECR 239, p. 17.

rakteristisk förpliktelse har förekommit i tidigare fall.[294] Vid fastställandet av vilken förpliktelse som skulle utgöra den karakteristiska lät sig GD redan då inspireras av bestämmelserna i Romkonventionen art. 4.2.[295] Bedömningen enligt denna kollisionsregel lades sedan till grund för domsrättsfrågan.[296]

Det som utmärker den karakteristiska förpliktelsen är att den ger avtalet dess karaktär, vilket naturligast är den förpliktelse som inte innebär pekuniär ersättning. Översatt till Bryssel I-förordningens terminologi innebär det, om avtalet gäller t.ex. försäljning av varor, att det är förpliktelsen att leverera varorna som är relevant. Behörig är således den domstol där varorna enligt avtalet levererats eller skulle ha levererats, *även* om talan i målet skulle väckas av säljaren och t.ex. avse betalning.

Den autonoma bestämningen av uppfyllelseorten respektive den relevanta förpliktelsen medför säkerligen att bestämmelsen rent generellt blir lättare att tillämpa än vad som är fallet med Bryssel- och Luganokonventionerna. Detta är även fallet vid indirekt elektronisk handel.

Vid direkt elektronisk handel ger de autonoma bestämningarna emellertid upphov till nya frågeställningar som inte besvaras av förordningstexten eller de bakomliggande motiven. För bakgrunden till dessa frågeställningar hänvisas till kategoriseringsproblematiken i avsnitt 8. Den autonoma bestämningen av den relevanta förpliktelsen i Bryssel I-förordningens art. 5.1 b) gäller *endast* då förpliktelsen kan kategoriseras som *försäljning av vara* eller *utförande av en tjänst*. Denna kategorisering är möjlig vid en del av de transaktioner som kännetecknar den direkta elektroniska handeln – vid t.ex. upplåtande av datorutrymme är det tydligt att det är fråga om en huvudsaklig tjänsteförpliktelse som karakteriserar avtalet.

Svårare är det när det är fråga om sådana transaktioner där avtalsobjektet utgörs av standardiserade digitala produkter som laddas ned till användarens dator, som t.ex. datorspel och andra datorprogram, film, musik etc. (jfr. grupp b-d i avsnitt 2.3.2 ovan).

Först skall de förpliktelser som typiskt kan göra anspråk på att vara relevanta identifieras. Lämplig utgångspunkt är exemplet med den i Sverige bosatte Jakob som ingår avtal med en utländsk part som innebär att Jakob äger ladda ned samt använda ett datorprogram. Som framgick av avsnitt 8 kan två avtalsdelar urskiljas. Den ena delen rör själva tillhandahållandet av programmet, den andra det licensavtal som reglerar Jakobs rätt att använda programmet. Den karakteristiska prestationen för den första avtalsdelen är förpliktelsen att tillhandahålla programmet. Att fastställa den karakteristiska prestationen för licensavtalet är svårare. Ut-

---

[294] Det ledande målet är mål 133/81, Ivenel, [1982] ECR 1891. Se även mål 266/85, Shenavai, [1987] ECR 239 och mål 32/88 Six Constructions Ltd., [1989] ECR 341. Dessa mål angick tvister mellan arbetstagare och arbetsgivare och avsåg även då Brysselkonventionens lydelse av art. 5.1. Domstolen menade att i dessa fall utgjordes ”den förpliktelse som talan avser” av den karakteristiska förpliktelsen, något som innebar ett avsteg från den annars tillämpade de Bloos-regeln.

[295] Se mål 133/81, Ivenel, [1982] ECR 1891, p. 13-19. Domstolen menade att den lag som är tillämplig på ett anställningsavtal bestäms av den prestation som är karakteristisk för avtalet, vilket normalt ansågs vara prestationen att utföra arbetet.

[296] Domstolens tolkning lades även till grund för det tillägg till art. 5.1 ang. domstols behörighet vid anställningsavtal som genomfördes genom ingåendet av konventionen av den 26 maj 1989 om Konungariket Spaniens och Republiken Portugals tillträde till Brysselkonventionen.

gångspunkten är att det är licensgivarens förpliktelse som bedöms som karakteristisk.[297] Det finns vid vissa typer av licensavtal skäl att beakta att licenstagaren åläggs ytterligare plikter än den pekuniära ersättningen och den negativt utformade förpliktelsen att inte nyttja den immateriella rättigheten utöver de gränser som licensavtalet anger. Det kan t.ex. vara fråga om att licenstagaren förbinder sig att utföra betungande förpliktelser som att ägna sig åt produktion, distribution, marknadsföring etc. på grund av avtalet. Vid sådana tillfällen kan det finnas anledning att närmare överväga den karakteristiska prestationen skall anses utförd av licenstagaren.[298] Eftersom de förpliktelser som licensavtalet ålägger licenstagaren vid direkt elektronisk handel främst innebär förbud mot vissa aktiviteter, såsom visst mångfaldigande, får den karakteristiska prestationen antas vara tillhandahållandet av rätten att använda den digitala produkten, dvs. licensgivarens förpliktelse. Även Jakobs förpliktelse att erlägga betalning kan göra anspråk på att vara relevant. Noterbart är att betalningen avser avtalet som helhet; vid direkt elektronisk handel saknas förutsättningar för en uppdelning av betalningen som innebär att en del avser ersättning för tillhandahållandet av programmet och en annan del avser ersättning för användandet av programmet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det i normalfallet finns tre förpliktelser som kan vara relevanta vid direkt elektronisk handel, nämligen – *tillhandahållandet* av programmet*, rätten att använda* programmet samt *betalningen*.

Vilken förpliktelse som är relevant i det enskilda fallet beror i stor utsträckning på den väckta talan.

A) *Tillhandahållandet av programmet* kan utgöra den relevanta förpliktelsen om talan innebär att denna förpliktelse inte har uppfyllts (t.ex. för att den nedladde filen inte var komplett). Som framgick av avsnitt 8 är det i och för sig möjligt att kategorisera denna förpliktelse som rörande leverans av en vara, vilket synes kunna öppna för en tillämpning av art. 5.1 b). En sådan öppning torde emellertid inte aktualiseras. Vid tillämpning av art. 5.1 b) är det den karakteristiska prestationen för avtalet som helhet som är relevant. Denna förpliktelse är som ovan nämnts förpliktelsen att tillhandahålla en rätt att använda programmet. Eftersom tillhandahållande av en sådan rätten att använda programmet inte kan kategoriseras som försäljning av vara eller utförande av tjänst blir art. 5.1 b) inte tillämplig. Istället äger art 5.1 a) tillämpning, jfr art. 5.1 c).[299] Vid tillämpning av art. 5.1 a) är det ingenting som hindrar att förpliktelsen att tillhandahålla programmet anses vara relevant.

---

[297] *Kaye*, s. 182 f.; *Pålsson (1998)*, s. 61.

[298] Jfr *Kaye*, s. 183 och *Pålsson (1998)*, s. 61 f.

[299] Jfr *Kropholler (2002)*, s. 141 och *Pålsson (2002)*, s. 102. Se även *Bogdan (2003)* , s. 1139, som menar att licensavtalen faller utanför art. 5.1 b) av den anledning att licensavtal överhuvudtaget inte kan kvalificeras som vare sig vara eller tjänst.

B) *Tillhandahållandet av rätten att använda programmet* kan utgöra den relevanta förpliktelsen under ett antal förutsättningar. För det första då Jakob inte kan använda sitt datorprogram som utlovat pga. inskränkningar i den tillhandahållna rätten att använda programmet. För det andra om domstolen skulle mena att det är den *karakteristiska prestationen för avtalet som helhet* som är avgörande vid bestämmandet av den relevanta prestationen. Skulle domstolen med andra ord inte acceptera att det finns två primära avtalsförpliktelser på tillhandahållarens sida måste en av dessa utpekas som relevant. Vid direkt elektronisk handel får detta i normalfallet anses vara licensen, dvs. rätten att använda programmet. Som framgår av avsnitt 8 ändras förutsättningarna när en produkt tillhandahålls utan fysisk bärare och på elektronisk väg – avlägsnandet av den fysiska bäraren synes också medföra att fokus flyttas från varan till licensavtalet, dvs. *från* produkten *till* rätten att använda produkten. Sett till *avtalet som helhet* bör förpliktelsen att tillhandahålla rätten att använda programmet vara den mest karakteristiska vid direkt elektronisk handel, även om den väckta talan avser t.ex. att förpliktelsen att tillhandahållandet av programmet inte blivit uppfylld, jfr nedan avsnitt 12.5.3.

C) *Betalningen* kan utgöra den relevanta förpliktelsen, men endast under förutsättning att domstolen vid en tillämpning av art. 5.1 a) kommer att följa de principer som fastslagits vid tillämpningen av Brysselkonventionen. Med tanke på att ordalydelsen är identisk med Brysselkonventionens ligger det nära till hands att anta att art. 5.1 a) skall tillämpas i enlighet med de principer som utarbetats vid tillämpningen av denna konvention. Detta är emellertid ingalunda givet. I litteraturen har framförts åsikter som innebär att GD bör låta den karakteristiska prestationen vara vägledande vid fastställandet av vilken prestation talan skall anses avse även vid tillämpningen av art. 5.1 a).[300] Den autonoma bestämningen av begreppet relevant förpliktelse i punkten b) tillkom i syfte att undvika flera av de besvärligheter som bestämmelsen om *forum solutionis* orsakade vid tillämpningen av Brysselkonventionen, se ovan 10.4.3. Det är inte omöjligt att GD väljer att justera bedömningskriterierna vid tillämpningen av Bryssel I-förordningens art 5.1 a) så att bestämmelsen, i linje med förståelsen av art. 5 som helhet, blir mera förutsebar och lättillgänglig. Framtida avgöranden får utvisa vilken väg GD väljer.

Sammanfattningsvis kan följande konstateras: Vid tillämpning av Bryssel I-förordningens art 5.1 rörande *forum solutionis* vid elektronisk handel föreligger svårigheter vid bestämmandet av begreppet den *förpliktelse som talan avser*, dvs. vilken förpliktelse som är relevant. Vid direkt

[300] *Jayme & Kohler*, s. 405; *Kropholler & von Hinden*, s. 409; *Pålsson (2002)*, s. 103. Sistnämnde motiverar sin ståndpunkt med att det ”synes lämpligt och önskvärt att praxis utvecklas i den riktningen. Det lär nämligen inte finnas bärande sakliga skäl för de stora skillnader som vid en ordagrann läsning av art 5.1) skall göras mellan avtal och situationer som går in under punkt b och andra typer av avtal och situationer”. Annorlunda dock *Stone (2002)*, s. 130 och *Østergaard (2003)*, s. 131 f. och s. 142.

elektronisk handel synes det lämpligt att i grunden hålla fast i den grundläggande bestämningsmetod som framgår av art. 5.1 b) och som medför att det är den för avtalet karakteristiska prestationen som är relevant, jfr resonemanget i C-fallet ovan. Den relevanta förpliktelsen skulle därmed utgöras av antingen förpliktelsen att tillhandahålla programmet eller den förpliktelse som licensgivaren har att uppfylla enligt licensavtalet, nämligen att tillhandahålla en rätt för licenstagaren att använda programmet.

Den första av dessa förpliktelser kan enbart vara relevant då talan avser bristande uppfyllelse av tillhandahållandet. Om förpliktelsen fastställs som relevant i enlighet med art. 5.1 a) eller art. 5.1 b) är ovidkommande, jfr. resonemanget i A-fallet ovan. När talan avser *annat* än tillhandahållandet av produkten, t.ex. bristande uppfyllelse av licensavtalet eller betalningen, är det art. 5.1 a) som blir tillämplig och som utgångspunkt är det därvid förpliktelsen att tillhandahålla programmet som är relevant.

Avslutningsvis bör påpekas att art. 5.1 c), som hittills endast kommenterats vid tillfällen då art. 5.1 a) blivit tillämplig pga. av att villkoren i art. 5.1 b) inte är uppfyllda, även kan äga tillämpning då det är fråga om det är en förpliktelse som skall uppfyllas i ett tredje land. Detta gäller även om förpliktelsen kan kategoriseras som försäljning av varor eller utförande av tjänster, vilket framgår av ordalydelsen i art. 5.1 b),[301] något som kan vara av stor vikt för den elektroniska handeln.

10.4.5 Uppfyllelseorten och Bryssel- och Luganokonventionerna

Var prestationen skall uppfyllas är beroende av avtalet. Har parterna uttryckligen eller underförstått kommit överens om uppfyllelseorten i avtalet gäller detta i den utsträckning en sådan överenskommelse inte är ogiltig enligt den lag som blir tillämplig på avtalet. En sådan överenskommelse kan formuleras på många sätt och kan också utgöra en del av ett elektroniskt avtal.

Har parterna inte ingått någon dylik överenskommelse försvåras situationen. De nationella variationerna rörande olika förpliktelsers uppfyllelseort har präglat GD:s praxis och medfört att en närmast överdriven hänsyn tas till de enskilda medlemsstaternas uppfattning. I det ledande fallet Tessili[302] klargjorde domstolen att uppfyllelseorten skall utpekas enligt nationell rätt. För att komma fram till *vilken* nationell rätt som skall utpeka uppfyllelseorten skall det berörda domstolslandet genom tillämpning av interna kollisionsregler bestämma vilket lands lag som är tillämplig på avtalet. Denna lag avgör sedan vilken uppfyllelseorten är. [303]

---

[301] Förslag till Rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område:KOM (1999) 348 slutlig., s. 12; jfr *Kropholler (2002)*, s. 142 f. Något tveksam ger *Pålsson (2002)*, s. 102 f., intryck av att vara.

[302] Mål 12/76 Tessili [1976] ECR 1473.

[303] GD har sedermera konsekvent hänvisat till att uppfyllelseorten för förpliktelser skall bestämmas enligt den lag som är tillämplig på den omtvistade förpliktelsen enligt kollisionsnormerna för den domstol där talan väcktes, se t.ex. Custom Made, Reg 1994 s. I-2913,; Mål 266/85, Shenavai, [1987] ECR 239, p. 7. Se dock även Mål C-256/00 Besix, REG 2002, s. I-1699.

Även uppfyllelseorten för elektroniska prestationer skall bestämmas på nämnda sätt. Det gör i detta sammanhang ingen skillnad om det är fråga om direkt eller indirekt elektronisk handel. Särskilda frågor kan uppstå vid direkt elektronisk handel, främst rörande uppfyllelseorten vid licensavtal. För dessa hänvisas till följande avsnitt, 10.4.6.

10.4.6 Uppfyllelseorten och Bryssel I-förordningen

10.4.6.1 Inledning

Hur skall då uppfyllelseorten för den relevanta förpliktelsen fastställas efter de modifierade reglerna i Bryssel I-förordningen? Tanken bakom den nya utformningen är att förutom förpliktelsen så skall även *uppfyllelseorten* bestämmas autonomt i enlighet med avtalet. Av art. 5.1 b) framgår att såvida inte annat avtalats gäller vid *försäljning av varor* att uppfyllelseorten är den ort dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats och vid *utförande av tjänster* den ort, där tjänsterna enligt avtalet har eller skulle ha utförts. Genom dessa bestämningar undgås den kollisionsrättsliga omvägen runt utpekandet av vilken nationell rätt som skall tillämpas. Vidare ökar förutsebarheten när uppfyllelseorten kan utläsas direkt av förordningen, i stället för att uttolkas enligt någon av de nationella rättsordningar som är tänkbara alternativ i domstolslandets lagvalsprocedur.

Ordalydelsen har i litteraturen förståtts så, att art. 5.1 b) enbart blir tillämplig när parterna har avtalat om vilken uppfyllelseorten är.[304] Detta får förmodas vara korrekt såtillvida att GD inte skall ägna sig åt någon materiell avtalstolkning i syfte att avgöra vilken uppfyllelseorten är. Ofta torde uppfyllelseorten dock kunna utläsas av avtalet även om den inte uttryckts explicit. När det gäller fastställandet av uppfyllelseort vid tillämpning av art. 5.1 b) finns det anledning att visa viss generositet vid tolkningen av avtalet. Först när omständigheterna är sådana att någon vägledning överhuvudtaget inte går att utläsa av avtalet bör det bli nödvändigt att koppla in nationell rätt i enlighet med art. 5.1) a).[305]

Bestämmelsens betydelse för den elektroniska handeln är svårbedömd. Enklast är det vid den indirekta elektroniska handeln, då det så gott som undantagslöst är fråga om fysiska varor som skall levereras respektive tjänster som skall utföras fysiskt. Vid sådana avtal spelar det ingen roll om avtalet är elektroniskt eller inte.[306]

Svårigheterna är desto större vid indirekt elektronisk handel, särskilt den där avtalsobjektet utgörs av standardiserade digitala produkter som laddas ned till beställarens dator, t.ex. datorspel och andra datorprogram, film, musik etc. (jfr. grupp b-d i avsnitt 2.3.2 ovan). Problematiken har berörts ovan i avsnitt 10.4.4. I det avsnittet var utgångspunkten en nedladdning av

---

[304] Jfr *Østergaard (2003)*, s. 134.

[305] Jfr *Kropholler (2002)*, s. 141: ”In Ermangelung einer klaren vertraglichen Absprache ist der Lieferungs- bzw. Dienstleistungsort im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln, wobei auf die maßgeblichen tatsächlichen Umstände des Einzelsfalls abzustellen ist. Nur wenn der zuständigkeitsbegründende Ort dem Vertrag in keiner Weise zu entnehmen ist, läuft lit. b leer, und der Erfüllungsort ist – unter Erschaltung des nach dem Kollisionsrecht ermittelten Vertragsstatuts – gemäß lit. a zu ermitteln (vgl. Lit. c).”

[306] Jfr *Østergaard (2003)*.

ett datorprogram från en server och det konstaterades att det i huvudsak finns tre förpliktelser som kan vara relevanta, nämligen förpliktelsen att tillhandahålla programmet, den förpliktelse som licensgivaren har att uppfylla enligt licensavtalet, nämligen att tillhandahålla en rätt för licenstagaren att använda programmet samt betalningen. Frågan är nu hur uppfyllelseorten för dessa förpliktelser skall fastställas. Inledningsvis skall ånyo påpekas att det i första hand är avtalet som styr – framgår det av avtalet att viss ort utgör uppfyllelseort är det som huvudregel denna ort som gäller. Även ett avtal om uppfyllelseort kan emellertid ge upphov till tolkningsproblem, se nedan avsnitt 10.4.7. Vid fall då avtal saknas får andra kriterier läggas till grund för avgörandet.

10.4.6.2 Uppfyllelseorten för förpliktelsen att erlägga betalning

Skulle talan avse förpliktelsen att erlägga betalning kan det endast vara fråga om att domstolen vid tillämpning av art. 5.1 a) anser att denna regel skall tillämpas på samma sätt som Brysselkonventionens art. 5.1. Även om det är långt ifrån säkert, jfr punkten C-fallet under 10.4.4, kan så vara tillfället och då kommer uppfyllelseorten att fastställas i enlighet med de principer som fastslagits i praxis vid tillämpningen av art. 5.1 i Brysselkonventionen.

10.4.6.3 Uppfyllelseorten för förpliktelsen tillhandahålla produkten

Som framgick av B-fallet under 10.4.4 kan förpliktelsen att tillhandahålla produkten vara relevant och uppfyllelseorten får vid avsaknad av avtal därom fastställas i enlighet med art. 5.1 a). Mot bakgrund av att det finns en mycket begränsad rättslig erfarenhet i såväl gemenskapsrätten som i nationell rätt är det en vansklig uppgift att fastställa var förpliktelsen att tillhandahålla en digital produkt skall uppfyllas vid direkt elektronisk handel. Några egentliga tolkningsdata framgår sällan av avtalet, vilket innebär att GD kommer att använda sig av bestämmelser i tillämplig nationell lag för att fastställa vilken uppfyllelseorten är. Hur sådana bestämmelser i nationell rätt bör vara utformade för att en lämplig uppfyllelseort skall kunna fastställas är inte en fråga för den internationella privaträtten. Den har emellertid ett så pass stort intresse att den förtjänar en närmare studie. En utvikning i ämnet kommer därför att diskuteras nedan i avsnitt 10.4.7.

10.4.6.4 Uppfyllelseorten för rätten att använda produkten

Utgångspunkten för den berörda prestationen är licensavtalet. Även om det är möjligt att karakterisera licensgivarens prestation att ge användaren rätt att använda den digitala produkten som den relevanta förpliktelsen, synes det omöjligt att fastställa någon egentlig uppfyllelseort för denna förpliktelse.[307] Den egentliga prestationen består ju av att inte göra sin förbudsrätt gällande och denna prestation skall ”uppfyllas” överallt under hela den tid avtalet sträcker sig.

[307] Jfr *Blok*, s. 58 och s. 65 som menar att vissa typer av avtal, bl.a. licensavtal, är uppfyllelseorten sådan att den ”i realiteten ikke lader sig bestemme på en meningsfuld måde”.

I fallet Besix[308] uttalade domstolen att art. 5.1 i Brysselkonventionen (detsamma torde även här gälla för Bryssel I-förordningen) ”skall tolkas på så sätt att när en relevant avtalsförpliktelse har uppfyllts, eller skall uppfyllas, på olika orter, kan behörighet att avgöra tvisten inte tillerkännas vilken domstol som helst inom vars jurisdiktion någon av dessa uppfyllelseorter finns”.[309] Avgörandet handlade om en avtalad förpliktelse att inte avge anbud vid en offentlig upphandling.

> I domslutet konstaterades att art 5.1 inte var tillämplig för det fall det inte går att bestämma uppfyllelseorten pga. att det var fråga om en avtalsförpliktelse ”utan geografisk begränsning, som karaktäriseras av att det finns ett stort antal orter där förpliktelsen har uppfyllts eller skall uppfyllas. Under sådana omständigheter kan behörig domstol endast fastställas med tillämpning av det allmänna behörighetskriteriet i art. 2”.

De motiv som angavs i domslutet i fallet Besix kan i stort appliceras på förpliktelser som följer av licensavtal vid direkt elektronisk handel. Om inte en särskild uppfyllelseort framgår av avtalet blir konklusionen att art. 5.1 inte kan anses tillämplig överhuvudtaget.[310]

10.4.7 Särskilt om frågan rörande fastställelse av uppfyllelseort för förpliktelsen att tillhandahålla en digital produkt

10.4.7.1 Inledning - frågans förhållande till den internationella privaträtten

Som framgick under 10.4.6.3 kommer frågan om vilken uppfyllelseorten är för förpliktelsen att tillhandahålla en digital produkt att, i avsaknad av avtal därom, sannolikt att lösas genom ett tillgripande av bestämmelser i den tillämpliga nationella lagen. Hur nationell lag är beskaffad i detta avseende är ovidkommande i ett internationellt privaträttsligt perspektiv och diskussionen kunde således avslutas här.

Icke desto mindre har frågan så pass stor betydelse och förekommer så pass ofta i internationellt privaträttsliga sammanhang att en utvikning i ämnet synes rymmas inom ramarna för detta arbete. En anledning därtill är att en sådan utvikning ger en möjlighet att särskilt diskutera ett problem som, åtminstone delvis, är av internationellt privat- och processrättslig beskaffenhet. Det rör sig om frågan huruvida ett avtal om att en digital produkt skall bifogas med e-post skall betraktas som ett avtal om utpekande av uppfyllelseort samt, i givet fall, hur uppfyllelseorten skall fastställas.

10.4.7.2 Tre typsituationer

Vilka är de relevanta bedömningsgrunderna när parterna inte uttryckligt utpekat en viss uppfyllelseort? Frågeställningen kan behandlas lämpligen med utgångspunkt i de situationer som är typiska för direkt e-handel och som kan åskådliggöras av tre praktiska exempel.

---

[308] Mål C-256/00 Besix, REG 2002, s. I-1699.

[309] Mål C-256/00 Besix, REG 2002, s. I-1699, p. 28.

[310] Jfr *Stone (2002)*, s. 130.

Exempel 1 – Antag att medarbetaren Vesa Penninen vid det finska företaget Tunturi är så beroende av väderutsikter att han ingår ett avtal med svenska SMHI om tillträde till de specialprognoser som tillhandahålls inom dess BizMet-tjänst.[311] För att få tillgång till informationen skall han logga in på SMHI-BizMet:s webbplats med ett särskilt lösenord.

Exempel 2 – Antag att medarbetaren Ekke Hoffmann vid det tyska företaget Berliner Klang laddar ned ett datorprogram från det engelska företaget Books and Articles.

Exempel 3 – Antag att medarbetaren Per Persson vid det svenska företaget Mips beställer ett datorprogram från det engelska företaget Candido. Parterna kommer överens om att programmet skall levereras till den e-postadress som den svenske beställaren använder i sitt arbete.

10.4.7.3 De allmänna bedömningskriterierna

Vilka är uppfyllelseorterna i nämnda tre exempel och vilka kriterier skall läggas till grund för fastställandet av desamma? Förutom att avtalsförpliktelserna skiljer sig åt är den signifikanta skillnaden att det i exempel 3 finns något som kan liknas vid en överenskommelse om var förpliktelsen skall uppfyllas. Detta innebär inte på något sätt att det är självklart vilken uppfyllelseorten är. I likhet med de övriga fallen finns det ett antal aspekter som måste vägas in. Frågeställningen har översiktligt diskuterats i olika sammanhang.[312] Särskilt intressant är Hörnle som, utan att ge något svar på frågan om vilken uppfyllelseorten skall anses vara, systematiskt uppställer fyra alternativ. Dessa framstår som lämpliga för en djupare analys och kommer att läggas till grund för den fortsatta diskussionen:[313]

A. Lokaliseringen av tillhandahållarens server. Det är när materialet i vederbörlig ordning är placerat på denna server som tillhandahållaren gjort det möjligt för mottagarna att ta del av produkten.
B. Tillhandahållarens hemvist. Det är här företaget sammanställer produkten, sorterar den på ett sådant sätt att den får det utseende som mottagarna vill ha och ombesörjer att produkten i sitt slutgiltiga skick läggs ut på servern.
C. Lokaliseringen av användarens server. Eftersom det är via denna som förfrågan om produkten skickas likväl som det är denna som tar emot produkten kan man hävda att det är här tjänsteförpliktelsen uppfylls.
D. Lokaliseringen av den dator(-skärm) där användaren använder produkten. Det är på denna plats som produkten är honom till nytta.

---

311 Se https://xout.smhi.se/bizmet/ (senast besökt 2004-09-09).

312 Se t.ex. *Hörnle*, *Stone (2002)* och *Østergaard (2003)*.

313 Angående dessa aspekter, se *Hörnle*, s. 213.

Det är förståeligt att dessa fyra punkter vid en översiktlig bedömning anges som möjliga alternativ till uppfyllelseort eftersom de i princip utgör de enda fysiska platser som är identifierbara i transaktioner liknande dem i exemplen. Avseende exempel 3 tillkommer dessutom ett ytterligare antal aspekter som kan vägas in. Dessa behandlas särskilt nedan, se 10.4.7.7.

De nämnda punkterna kan delas i två grupper. Punkterna A och C är baserade på en tanke om att en servers placering skall tillmätas sådan betydelse att den påverkar bedömningen vid uppfyllelseortens fastställande. Punkterna B och D är å andra sidan baserade på idén om tjänsten som sådan i och med att man tar fasta på det egentliga tillhandahållandet respektive användandet av produkten.

10.4.7.4 Serverns betydelse

Först skall betydelsen av serverns lokalisering behandlas. Utgångspunkten måste vara att denna lokalisering är av väsentligt underordnad relevans, såvida ej annat framgår av avtalet. Med tanke på att den uppfyllelseort som nu diskuteras har betydelse för vilken domstol som är behörig kan utgångspunkten lämpligen begrundas med principer som kan härledas ur såväl bestämmelserna i Bryssel-/Luganoreglernas art. 5.1 som till gemenskapsrätten i övrigt. Att en domstol skall tillerkännas behörighet som *forum solutionis* motiverades för Brysselkonventionens del bl.a. med att det skall finnas en nära anknytning mellan tvisten och den domstol som utses att pröva nämnda tvist.[314] Motivet för bestämmelsens existens i Bryssel I-förordningen torde vara oförändrat.[315] Betraktar man serverns placering som anknytningsmoment i detta perspektiv kan det konstateras att det sällan torde vara fråga om någon nära anknytning, oavsett var den är lokaliserad. Detta är emellertid inte huvudpoängen.[316] Förvisso kan serverns placering såväl variera som ha mycket lite att skaffa med prestationen i övrigt. Det väsentliga är att placeringen ofta är *okänd* för samtliga involverade med undantag för tillhandahållaren själv. Att låta serverns placering påverka fastställandet av uppfyllelseort rimmar därmed illa med den *rättssäkerhetsprincip* som enligt GD utgör ett av Brysselkonventionens (och därmed Bryssel I-förordningens) syften.[317] Nämnda princip innebär att reglerna skall garantera visshet i fråga om kompetensfördelningen mellan de olika nationella domstolar vid vilka en talan i en viss tvist kan komma att väckas. I fallet Handte formulerade domstolen principen på följande vis:

> ”För att stärka det rättsliga skyddet för personer som är etablerade i gemenskapen, vilket är ett av konventionens syften, är det dessutom nödvändigt att de behörighetsregler som avviker från huvudregeln i konventionen tolkas på så sätt att en

---

[314] Se *Jenard (1979a)*, s. 22 och Bryssel I-förordningens ingresspunkt 12. Jfr även mål 56/79, Zelger, REG 1980, s. 89, p. 3.

[315] Se Bryssel I-förordningens ingresspunkt 19.

[316] Det är inte fråga om att identifiera den ort som har närmast anknytning till tvisten, utan istället att fastställa vilken ort som utgör uppfyllelseort för den förpliktelse som talan avser – oavsett om denna domstol faktiskt saknar anknytning till tvisten, jfr C-288/92, Custom Made, Reg 1994 s. I-2913, svensk specialutgåva XV s. I-261, p. 16-18.

[317] Jfr Bryssel I-förordningens ingresspunkt 11.

> normalt välunderrättad svarande rimligtvis kan förutse vid vilka domstolar - utöver domstolarna i hans hemviststat - talan kan väckas mot honom."[318]

Denna förutsebarhet har sedermera i fallet Custom Made[319] betonats i en sådan grad att det t.o.m. ansetts acceptabelt att släppa på kravet om det ovan nämnda nära sambandet mellan tvisten och den behöriga domstolen. I detta fall menade GD att kriterier som skulle kunna "äventyra möjligheten att förutse vilken domstol som är behörig" är oförenliga med konventionens syfte.[320] Med beaktande av att en kontrahent vid en direkt elektronisk transaktion inte rimligtvis kan anta var en server är lokaliserad just vid tidpunkten för transaktionen *samtidigt* som denna lokalisering kan vara utan anknytning till tvisten är jag av den bestämda uppfattningen att serverns placering är av klart underordnad betydelse för bestämningen av uppfyllelseorten i art. 5.1. Denna uppfattning stöds dessutom av att den motverkar en uppenbar risk för forum shopping som tillhandahållaren skulle kunna utöva om serverns placering i sig tilläts påverka i en omfattning av större betydelse.

Det får därutöver anses tillfredsställande att denna uppfattning ligger i linje med den bestämmelse i e-handelsdirektivet som föreskriver att enbart förekomsten av teknisk utrustning inte i sig innebär att tillhandahållaren är etablerad på platsen i fråga.[321] Nämnda direktiv berör visserligen inte frågor rörande domstolars behörighet, vilket explicit uttrycks i dess art. 1.4, varför kopplingen kan synas irrelevant. I ett vidare perspektiv och mot bakgrund av målet om en sammanhängande rättslig ram för den elektroniska handeln i Europa vore det icke desto mindre en nackdel om teknisk utrustning som servrar tillmättes etableringsegenskaper vid tillämpning av vissa regelverk, men inte vid tillämpning av andra.

10.4.7.5 Uppfyllelseorten hos tillhandahållaren?

Så till frågan om uppfyllelseorten kan fastställas till någon av orterna i den andra gruppen, dvs. dem som utgörs av punkterna B och D. Här måste jag medge att jag känner stor osäkerhet. Starka argument talar för ettdera alternativet, samtidigt som flera invändningar kan resas mot de båda.

Den uppfyllelseort som sökes avser alltså den ort där tillhandahållaren har uppfyllt eller skall uppfylla sin förpliktelse, eftersom denna förpliktelse i normalfallet är den som är karakteristisk för avtalet. Punkt B bygger på tillhandahållarens hemvist, vilket av skäl som framgår nedan får anses vara den ort "där tillhandahållaren är etablerad".[322] Det argument som starkast talar för att uppfyllelseorten skall bestämmas till denna plats är att *det är här som*

---

[318] C-26/91, Handte, REG 1992, s. I-3967, p. 18.

[319] C-288/92, Custom Made, Reg 1994 s. I-2913, svensk specialutgåva XV s. I-261.

[320] Custom Made, p. 18. Se även pp. 16-17.

[321] Se e-handelsdirektivet, art. 2 c).

[322] Det är nämligen denna ort som tjänsteleverantören är skyldig att informera om vid avtalets ingående, jfr e-handelsdirektivet art. 5.

tillhandahållaren kan anses ha gjort vad som på vederbörande ankommer för att kunden skall kunna tillgodogöra sig produkten. Det är förmodligen härifrån som tillhandahållaren ombesörjer att produkten överförs till den server, från vilken kunderna sedan på egen hand kan ladda ned den, alternativt skickas via e-post till kunden. Poängen är således *dels* att tillhandahållaren i samband med denna överföring har gjort allt vad denne kan göra för att uppfylla sin del av avtalet, *dels* att frågor rörande om, när och var kunden sedan vill tillgodogöra sig produkten ligger utanför tillhandahållarens kontroll och påverkan. Det är endast kunden som kan råda över när han vill använda produkten.

En parallell kan dras till en situation där man på distans konsulterar sakkunniga som t.ex. advokater, läkare, revisorer eller arkitekter. Vid sådana tillfällen menar Hertz att uppfyllelseorten bör vara den plats, där, alla omständigheter taget i betraktning, det rimligtvis kan förväntas att arbetet utförs och att detta i brist på anknytning till andra platser torde vara den anlitades kontor:

> It is submitted that the decisive factor should be the place where, in all the circumstances of the case, it would be reasonable to expect the professional to provide the services agreed upon taking into account such factors as the nature of the work required.
>
> …
>
> It is further submitted that in the absence of any agreement to the contrary and in the absence of any indication of another reasonable place of performance, the place of performance would be the professional's office.[323]

Enligt denna teori krävs inte att användaren skall ha tillgodogjort sig tjänsten för att uppfyllelseorten skall kunna identifieras. Hertz exemplifierar sitt påstående med hänvisning till en engelsk dom[324] rörande inspektion av vissa varor där den karakteristiska prestationen var själva inspektionen (som utfördes där varorna befann sig), *inte* att tillhandahålla själva inspektionsrapporten.[325]

Applicerad på den elektroniska handeln kan det hävdas att Hertz teori är förenad med vissa svagheter. Antag att tillhandahållaren inte utför tjänsten avtalsenligt, dvs. överför en icke avtalsenlig eller ingen produkt alls till sin egen server, vilket får till följd att produkten inte tillhandahålls användaren i enlighet med avtalet. Om användaren svarar med att hålla inne betalningen så kan tillhandahållaren, trots att denne brustit i uppfyllandet av sin förpliktelse, väcka talan vid domstol i sin egen hemvistort, eftersom denna ort skulle vara behörig såsom *forum solutionis*. Blok menar generellt sett att en sådan lösning är en ”skavank” i ett system som bygger på att uppfyllelseorten baseras på den karakteristiska prestationen. Han hänvisar därvid till en grundprincip som enligt hans uppfattning kom till uttryck i Brysselkonventionens art. 5.1 och som innebar att den relevanta förpliktelsen (som talan avsåg) enbart kunde vara

---

[323] *Hertz (1998)*, s. 130 f.

[324] Source Ltd v TUV Rheinland Holding AG, Court of Appeal (UK) 18.03.97, [1997] 3 WLR 365.

[325] *Hertz (1998)*, s. 130.

den förpliktelse som åvilade svaranden.[326] Att tillerkänna tillhandahållaren fördel av att kunna väcka talan i sitt eget land i en situation som den ovan nämnda kan ge ett närmast otillbörligt intryck och enbart risken för att så skall ske kan öka den osäkerhet som den gränsöverskridande elektroniska handeln är förenad med. Å andra sidan, och åter till stöd för Hertz teori, måste man konstatera att med Bryssel I-förordningen är bestämmelsen förmodligen nu sådan, skavankfull eller ej, att det är uppfyllelseorten för den karakteristiska prestationen som gäller som uppfyllelseort oavsett vilken förpliktelse talan avser. Detta gäller i varje fall vid tillämpningen av art. 5.1 b) och måhända även vid andra typer av avtal och bestämmelser än de där beskrivna.[327]

Med den nuvarande utformningen av bestämmelsen finns det inga generella skäl mot att i viss utsträckning kunna betrakta tillhandahållarens hemvistort som uppfyllelseort vid tillämpning av Bryssel I-förordningens art. 5.1. Detta torde främst vara möjligt då tillhandahållarens förpliktelse är sådan att den kan karakteriseras såsom utförande av ett unikt uppdrag på användarens begäran eller, mer generellt, då det är fråga om individualiserade avtal och inte standardavtal. Skulle sålunda en arkitekt via Internet ingå ett avtal om utarbetande av vissa ritningar bör uppfyllelseorten vara den plats där arkitekten utför sitt arbete såvida ej annat framgår av avtalet.

Ett problem är nämligen att det i vissa situationer kan uppstå oklarhet om huruvida förpliktelsen faktiskt utförts på tillhandahållarens hemvistort. Denne kan ju mycket väl ha utfört hela eller övervägande delar av förpliktelsen på annan ort, vilket torde vara ofta förekommande i en digital miljö. Problemet skall inte underskattas. För egen del stöder jag Hertz uppfattning som, se ovan, innebär att i avsaknad av antingen avtal därom eller i avsaknad ”*of any indication of another reasonable place of performance, the place of performance would be the professional's office*”. Tillhandahållarens hemvistort är tydlig för användaren i så motto att e-handelsdirektivets art. 5.1 b) medför att tillhandahållaren är skyldig att informera om sin geografiska adress där vederbörande är etablerad. Skulle tillhandahållaren utan att det framgår av avtalet eller av någon annan omständighet som tillräckligt tydligt framgår av situationen i övrigt påstå att tjänsteförpliktelsen utförts på annan ort än hemvistorten bör denna andra ort enligt min uppfattning *inte erkännas som uppfyllelseort*. Som motiv för denna ståndpunkt kan främst anföras den under tidigare omnämnda rättssäkerhetsprincipen som innebär att en normalt välunderrättad svarande rimligtvis skall kunna förutse vid vilka domstolar - utöver domstolarna i hans hemviststat - talan kan väckas mot honom. Tillhandahållarens möjlighet att på eget bevåg kunna välja var tjänsteförpliktelsen skall utföras skall inte kunna medföra några överraskande resultat för användaren när *forum solutionis* aktualiseras.

---

[326] *Blok*, s. 48. Det måste noteras att Blok gav uttryck för denna uppfattning innan den nya lösningen i Bryssel I-förordningen presenterats. Hans kritiska kommentar baseras dock på ett förslag som i huvudsak är identiskt med den utformning som regeln i Bryssel I-förordningen art. 5.1 sedermera gavs.

[327] *Pålsson (2002)*, s. 103.

10.4.7.6 Uppfyllelsorten hos användaren?

Som framgick av föregående avsnitt finns det skäl att argumentera för att uppfyllelseorten skall lokaliseras till tillhandahållaren av den digitala produkten. Det finns emellertid också skäl som talar för att uppfyllelseorten skall lokaliseras till användaren. Så bör vara fallet när det framgår av avtalet att tillhandahållaren måste uppvisa särskild aktivitet för att den digitala produkten skall tillhandahållas användaren – t.ex. genom att skicka produkten med elektronisk post.[328] Men argumentet kan resas även vid de tillfällen då användaren laddar ned den digitala produkten från en server.

Uppfyllelseorten rörande en fysisk produkt utgör uppenbarligen den plats dit den fysiska produkten levereras eller skall levereras. Objektivt sett kan även nedladdningen av den digitala versionen av informationen betraktas såsom en sorts försändelse, i flera avseenden jämförbar med försändelsen av det fysiska exemplaret. Därmed skulle förpliktelsen rörande även den digitala prestationen anses utförd först när den ”levererats” dvs. laddats ned hos användaren. Uppfyllelseorten skulle i så fall vara den plats där användaren får möjlighet att råda över produkten på ett sådant sätt att han kan använda den, jfr Hörnles argument i punkt B ovan.

Argumentets styrka är svårbedömd. Å ena sidan är det svårt att invända mot tankegången att förpliktelsen är uppfylld först när användaren så att säga ”tagit emot” den digitala produkten och kan använda den. Å andra sidan finns det ingen möjlighet för tillhandahållaren att ombesörja att den digitala produkten verkligen når användaren vid sådana tillfällen. I ett tekniskt perspektiv kan problemet formuleras som frågan om det är användaren som beger sig till tillhandahållarens server och *hämtar* produkten eller om det är tillhandahållaren som *skickar* produkten. Østergaard berör problemet i sin avhandling och anför att det dessutom är väsentligt att beakta vilken part som initierar processen.[329] Enligt honom medför det att det endast är situationer då tillhandahållaren enligt avtalet skall vara aktiv, såsom ovan nämnts genom att t.ex. skicka den digitala produkten med e-post, som uppfyllelseorten kan lokaliseras till användaren.

Jag sympatiserar i stort med denna uppfattning, men väljer att formulera den något annorlunda. De internationellt privat- och processrättsliga lösningarna på de problem som den elektroniska handeln ger upphov till bör enligt min mening utformas så teknikneutralt som möjligt. I stället för att diskutera tekniska förutsättningar och tillhörande aktivitet av mer eller mindre hypotetisk karaktär synes det lämpligt att beakta de genomförda prestationerna i sig. Om inte annat följer av avtalet menar jag att den i föregående avsnitt presenterade slutsatsen, att *avgörande för lokaliseringen av uppfyllelseorten är den plats där tillhandahållaren har gjort vad som på honom ankommer för att den digitala produkten skall kunna tillhandahållas användaren*. I föregående avsnitt har också angivits närmare hur denna plats bör utses.

---

[328] Jfr *Østergaard (2003)*, s. 152 f.

[329] *Østergaard (2003)*, s. 152.

Slutsatsen är således att utgångspunkten vid fastställandet av uppfyllelseort är att denna skall lokaliseras till tillhandahållaren. Detta är helt i linje med Østergaard, som avslutningsvis konstaterar att ”stedet for opfyldelsen af den digitale realydelse er som udgangspunkt stedet for realdebitors hjemsted”.[330]

10.4.7.7 Konklusioner – uppfyllelseorter i typsituationerna

Frågan om vilken ort som skall anses utgöra uppfyllelseort beror i första hand på avtalet. Av detta kan uttrycklig framgå att viss ort utgör uppfyllelseort, men även i annat fall kan utläsas att t.ex. tillhandahållaren skall ombesörja att den digitala produkten tillhandahålls på viss plats. Ger inte avtalet tillräcklig vägledning bör avgörande för uppfyllelseorten vara den plats där leverantören gjort vad som på vederbörande ankommer för att produkten skall tillhandahållas. Om detta ej är avtalat eller i övrigt framgår av avtalet, får uppfyllelseorten som huvudregel lokaliseras till den ort där tillhandahållaren uppgetts etablerad.

I exempel 1 skulle Vesa Penninen för att få tillgång till information genom att logga in på tillhandahållaren SMHI-BizMets webbplats med ett särskilt lösenord. Den information som tillhandahålls är placerad på SMHI:s webbplats och när SMHI har placerat den där kan SMHI sägas ha gjort vad som på företaget ankommer för att Penninen skall kunna få tillgång till den. Detta medför att uppfyllelseorten får lokaliseras till en plats som tillhör SMHI, antingen i form av en ort som framgår av avtalet eller av etableringsorten som framgår på webbplatsen.

I exempel 2 laddade Ekke Hoffmann vid det tyska företaget Berliner Klang ned ett program från det engelska företaget. Detta exempel belyser förmodligen en av de vanligast förekommande transaktionerna inom den direkta elektroniska handeln, nämligen den där tillhandahållaren via ett licensavtal ger användaren rätt att inom avtalets ramar nyttja ett immaterialrättsligt skyddat verk. Resonemanget är detsamma som avseende Vesa Penninen och SMHI ovan. Förpliktelsen får anses uppfylld när programmet finns färdigt att ladda ned. Detta medför att uppfyllelseorten får lokaliseras till en plats som tillhör *Books and Articles*, antingen i form av en ort som framgår av avtalet eller av etableringsorten som framgår på webbplatsen.

I exempel 3 beställde Per Persson vid det svenska företaget Mips ett program från det engelska företaget Candido. Parterna kom överens om att informationen skall levereras till den e-postadress som den svenske beställaren använder i sitt arbete. Denna situation skiljer sig i stor utsträckning från de övriga eftersom situationen tyder på att parterna är klara över vart informationen skall skickas. Hörnle pekar på att följande orter kan bli relevanta vid utpekandet av uppfyllelseort i fall liknande detta:[331]

1. Den toppdomän som det svenska företaget använder för sina medarbetares e-postadresser. Ifall adressen till den svenske medarbetaren är per.persson@mips.se fö-

[330] *Østergaard (2003)*, s. 154. I amerikansk rätt betraktas uppfyllelseorten också som belägen hos licensgivaren, se avsnitt 11.

[331] *Hörnle*, s. 214.

religger inga större problem eftersom den svenska toppdomänen sammanfaller med det svenska företagets hemvist. Men säg att Mips är en del av ett danskt multinationellt företag med adressen kinnby.dk. Skall uppfyllelseorten därmed anses vara Danmark? Mips väljer kanske att agera under en generisk toppdomän, ex. mips.com, varvid adressen inte ens pekar mot något särskilt land.

2. Placeringen av den e-postbrevlåda som Mips tillhandahåller för de anställdas e-postmeddelanden. Hit vidaresänds de e-postmeddelanden som nått fram till Mips huvudserver. E-postbrevlådan ligger vanligtvis i företagets interna server, men det är inte nödvändigtvis så. Även denna kan vara placerad i ett annat land.

3. Den plats där Per Persson tar emot och använder den digitala informationen. Detta kan förefalla plausibelt eftersom det är först nu tjänsten är honom (företaget) till nytta. Saken är emellertid den att detta inte nödvändigtvis måste vara på kontoret, eller ens i Sverige. Om Persson befinner sig på resande fot kan e-postmeddelandet tas emot när han t.ex. sitter på flygplatsen i Frankfurt. Skall uppfyllelseorten i så fall anses placerad i Tyskland?

Utgångspunkten är att det framgår av avtalet att tillhandahållandet skall ske genom att sända programmet med e-post. Även om Candido kan sägas ha gjort vad som på dem ankommer när e-postmeddelandet skickas, får ett sådant avtal anses medföra att de avtalat att uppfyllelseorten skall vara hos användaren.

Frågan blir därmed vad som därvid kan utläsas av det faktum att informationen skall skickas till en viss e-postadress. Avgörande är enligt min uppfattning i vilken utsträckning denna adress kan knytas till det land där användaren rent faktiskt är etablerad. De tekniska förutsättningarna bör inte tillmätas någon egentlig betydelse; e-postservrar eller e-postadresser utan anknytning till geografiska platser tjänar inte till någon nytta vid sökandet efter en uppfyllelseort. Det fiktiva begreppet *cyberspace* kännetecknar närmast en helt digital värld utan anknytning till den fysiska verklighet vi befinner oss i. En sådan värld fascinerar, men kan inte utgöra underlag varken för problemformuleringar och lösningar på här diskuterade frågeställningar.[332] I stället är det rimligt att återigen se till de grundläggande dragen i transaktionen. Vid utpekande av en digital uppfyllelseort bör de faktiskt rådande omständigheterna i övrigt tillerkännas avgörande betydelse. När Per Persson gör beställningen gör han det som ombud för en juridisk person. En leverans som innebär att avtalsobjektet skall skickas till en e-postadress som denna juridiska person administrerar kan i flera avseenden jämföras med en leverans av en produkt med fysisk karaktär. Om en sådan skall levereras till en viss adress som tillhör och administreras av den juridiska personen arbetsgivaren råder ingen

[332] Jfr *Mankowski (2000)*, s. 98.

tvekan om vilken uppfyllelseorten är. Även om en leverans av fysisk karaktär som huvudregel torde avse varor och den digitala prestationen skall klassificeras som tjänst, finns det ingen synbar anledning att göra någon åtskillnad mellan leveranser till de respektive adresserna. När ansvaret för administrationen av inkommande kommunikation kan knytas till en juridisk person bör uppfyllelseorten utgöras av den fysiska plats som administrationen avser. Detta gäller under förutsättning att nämnda plats är möjlig för Candido att förutse, antingen pga. e-postadressen eller av avtalet i övrigt.

Beställer Per Persson sålunda en cd från Candido som skall levereras till den adress hos Mips där han har sitt kontor bestäms uppfyllelseorten till den plats som framgår av första ledet i art. 5.1 b). Om man utgår från att detta är den plats som adressen utvisar, vilket torde vara en vanlig följd vid dylika försändelser och i frånvaro av avtal om annat, rör det sig om den plats där Mips administrerar inkommande post. När informationen sänds digitalt bör samma resonemang kunna vara avgörande för uppfyllelseortens bestämning. Om inget annat framgår är det den juridiska personen Mips som utgör Candidos avtalspart när Per Persson gör sin beställning. Så länge Per Perssons e-postadress administreras av Mips och har tilldelats honom i syfte att fungera som arbetsadress kan uppfyllelseorten enligt min mening förväntas bestämmas till det ställe där Per Persson har sin fysiska arbetsplats vid Mips, såvitt denna står klart för Candido

Denna teori kan förefalla otidsenlig om man ser till de förändringar i arbetslivet som innebär att arbetstagare inte alltid är knutna till fysiska arbetsplatser i traditionell mening. Per Persson kan vara anställd för att resa runt mellan företagets olika enheter och utför i samband därmed sitt arbete via en mobil arbetsstation i form av t.ex. en bärbar dator och en mobiltelefon. För personer i dylika situationer är digital kommunikation ett hjälpmedel, kanske t.o.m. en förutsättning, för att arbetet skall kunna utföras. Den fysiska plats där informationen mottas är beroende av var användaren befinner sig för tillfället. Frågan är då om en korrekt bestämning av uppfyllelseorten skall baseras på kriterier som bygger på en föreställning om en fast, fysisk arbetsplats.

Frågan är förståelig, men inte helt relevant. En mer väsentlig fråga i mina ögon är huruvida det kan vara korrekt att en vistelse, på en mer eller mindre av slumpen bestämd plats, skall ges något som helst utrymme vid bedömningen av uppfyllelseort. Tillåts detta eller liknande kriterium påverka bedömningen leder det i förlängningen till såväl bristande oklarhet med besvärliga bevisproblem som en ökad risk för forum shopping; användaren kan se till att befinna sig på en önskad ort då mottagandet sker.

10.5 Etableringsställets forum – art. 5.5

Enligt bestämmelsen i art. 5.5 kan en talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas i en annan medlemsstat om det rör sig om en tvist som ”hänför sig till verksamheten vid en filial, agentur eller annan etablering.” Behörig domstol är domstolen i den ort där ifrågavarande etablering är belägen. Bestämmelsen i art. 5.5 har inte genomgått någon förändring vid

utformandet av Bryssel I-förordningen, utan har fortfarande samma lydelse som i Bryssel- och Luganokonventionerna. Detta medför att rättsläget inte påverkats till följd av förordningens införande.

Den fråga som väcks i samband med gränsöverskridande elektronisk handel är huruvida någon omständighet kan medföra att en tjänsteleverantör får anses bedriva sin e-handelsverksamhet genom ett sådant etableringsställe, skilt från det i en annan medlemsstat domicilierade moderföretaget, som avses i bestämmelsen. Frågeställningen uppvisar av naturliga skäl stor likhet med den som behandlades i avsnitt 9.5 ovan rörande svensk domstols behörighet enligt RB 10:5. Till skillnad från vad som var fallet i det avsnittet påverkas nu bedömningen i hög grad av det informationskrav som framgår av e-handelsdirektivets art. 5.1. b). Detta krav omfattar tjänsteleverantörer inom EES-området och innebär att mottagaren ”enkelt, direkt och stadigvarande” skall ha tillgång till den geografiska adress där tjänsteleverantören är etablerad. Spörsmålet är om det mot bakgrund av ett sådant krav är möjligt att utifrån omständigheter som teknisk utrustnings (ex. serverns) lokalisering eller en webbplats domännamn ge informationsmottagaren ett intryck av att sistnämnde handlar via en etablering i ett annat land än det som anges i informationen.

Inte mycket talar för att så är fallet. I den i avsnitt 9.5 refererade artikeln *Kan en Internethemsida utgöra ett driftställe vid bedömningen av svensk domsrätt och tillämplig lag?* har Bogdan kommit fram till att en ”Internethemsida” i sig kunde anses utgöra en ”filial, agentur eller annan etablering” i Brysselkonventionens mening.[333] Under rubriken ”En avslutande reflektion” framför Bogdan *de lege ferenda* förslaget om att varje hemsida skulle ”kunna hänföras till något land”.[334] I ett globalt perspektiv kan ett sådant förslag synas utsiktslöst, men inom Bryssel- och Luganoreglernas tillämpningsområde har förslaget realiserats genom det i e-handelsdirektivets ställda informationskravet i art. 5.1 b).[335] Någon möjlighet att grunda domstols behörighet på bestämmelsen i art. 5.5. synes därför inte vara för handen.[336]

10.6 Konsumentforum

10.6.1 Inledning

För behörighet vid konsumenttvister tillhandahåller Bryssel- och Luganoreglerna särskilda regler. Syftet med bestämmelserna är att i vissa situationer säkra konsumenten en rätt att inte

---

[333] Se *Bogdan (1998)*.

[334] *Bogdan (1998)*, s. 836.

[335] Jfr *Stone (2002)*, s. 122 f. Påståendet är inte helt vattentätt eftersom det i viss mån är möjligt för länder som inte omfattas av e-handelsdirektivet att ansluta sig till Luganokonventionen, jfr art. 60 c) och 62.1 b). Så anslöt sig som tidigare nämnts Polen till Luganokonventionen redan innan landet blev medlem i EU. Skulle ytterligare sådana anslutningar ske och frågan om etableringsställets forum därefter komma på tal saknas anledning att bedöma situationen annorlunda än Bogdan i den omnämnda artikeln.

[336] Jfr även *Stone (2002)*, s. 128.

mot sin vilja behöva processa i utländska domstolar. Denne ges i stället, under förutsättning att villkoren i de särskilda konsumentbestämmelserna är uppfyllda, en rätt att välja att väcka talan antingen vid domstolarna i den medlemsstat där näringsidkaren har hemvist eller i den medlemsstat där han själv har hemvist, se art. 14.1 i Bryssel- och Luganokonventionerna samt art. 16.1 i Bryssel I-förordningen. Den sistnämnda bestämmelsen går faktiskt ett steg längre och ger inte behörighet åt samtliga domstolar i konsumentens hemviststat, utan enbart domstolen i den ort där konsumenten har hemvist.[337] Näringsidkaren är å andra sidan begränsad till att endast kunna väcka talan vid domstolarna i det land där konsumenten har hemvist, jfr Bryssel- och Luganokonventionerna art. 14.2 och Bryssel I-förordningen art. 16.2.[338]

Jämte bestämmelsen i art 5.1 är det konsumentbestämmelserna som varit föremål för de största förändringarna vid Bryssel I-förordningens tillkomst. Att bestämmelserna i Bryssel-/Luganokonventionernas art. 13-15 inte ansågs lämpade för en fortsatt tillämpning inom Bryssel I-förordningens ramar kan till stor del tillskrivas den elektroniska handeln. Bestämmelserna är inte helt enkla att tillämpa på denna form av handel och det står tydligt att de är formulerade med helt annorlunda handelssituationer för ögonen. Hur de nyformulerade bestämmelserna i Bryssel I-förordningens art. 15-17 kommer att tillämpas och vilken effekt de har för den konsumentbaserade e-handeln återstår att se.[339]

10.6.2 Konsumentbegreppet

Definitionen av konsumentbegreppet är identisk i de tre regelverken. Av intresse i sammanhanget är att reglerna om konsumentavtal i Bryssel- och Luganokonventionerna tillkom efter förebild i utkastet till art. 5 i Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Kommentarer och annat underlag för förståelsen av den bestämmelsen är således också av intresse för tolkningen av konsumentbegreppet i Bryssel-/Luganoreglerna.[340] Det är fråga om

---

[337] Av förarbetena, Förslag till Rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område:KOM (1999) 348 slutlig, s. 15 framgår det att detta är ”ett undantag från regeln att förordningen endast berör domstols behörighet internationellt och inte medlemsstaternas interna behörighetsregler”. Fortsättningsvis framgår det att ”undantaget kan motiveras med att det är angeläget att konsumenten kan väcka sin talan så nära sin egen hemvist som möjligt”.

[338] Ett eventuellt genkäromål kan dock alltid väckas vid den domstol där huvudkäromålet är anhängigt i enlighet med bestämmelserna rörande konsumenttvister, se Bryssel- och Luganokonventionerna art. 14.3 och Bryssel I-förordningen art. 16.3.

[339] Kommissionen noterade vid utarbetandet av förordningsförslaget en stark oro i de branscher som vill utveckla den elektroniska handeln. Från dessa utrycktes farhågor om att risken att behöva svara inför domstol i vilken som helst av medlemsstaterna kommer att begränsa ambitionerna att utnyttja Internets gränsöverskridande kapacitet till fullo. Konsekvensen blir att näringsidkarna i stället satsar på e-handelsprojekt begränsade till det egna landet eller t.o.m. fullständigt överger e-handeln. En sådan utveckling skulle enligt vissa bedömare vara mer till konsumenternas nackdel än den nytta rätten att väcka talan på hemvistorten medför. Jfr Förslag till Rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område:KOM (1999) 348 slutlig), s. 15. Argumenten sammanfattas av *Motion*, s. 212 f. Jfr även *de Cock Buning et al.*, s. 314 och *Stone (2002)*, s. 122.

[340] Se *Kropholler (2002)*, s. 220; *Philip (1994)*, s. 92; *Pålsson (2002)*, s. 148; *Schlosser*, s. 118. Bland de verk som aktualiseras rörande förståelsen av konsumentbegreppet i Romkonventionens art. 5 kan nämnas *Giuliano, M & Lagarde, P.*; Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. ; *Kaye*; *Philip (1994)*; *Plender & Wilderspin*; *Pålsson (1998)*.

en person som ingår avtal för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet. För att undvika diskussioner kring olika länders tolkning av konsumentbegreppet i sig skall eventuella tolkningsfrågor avgöras autonomt mot bakgrund av konventionernas syften och uppbyggnad.[341] I en kommentar till bestämmelsen har det uttalats att för det fall köparen avser att använda avtalsobjektet både som privatperson och i sin affärs- eller yrkesverksamhet så är reglerna tillämpliga endast om ändamålet är användande huvudsakligen (*primarily*) utanför köparens affärs- eller yrkesverksamhet.[342] I avgörandet *Benincasa* har GD sedermera fastslagit att det endast är ”avtal som har ingåtts för att tillgodose en enskilds privata konsumtion” som omfattas av bestämmelserna.[343]

En frågeställning som särskilt kan aktualiseras vid e-handelstransaktioner är huruvida det krävs att parterna varit medvetna om varandras status som konsument respektive näringsidkare. Spelar tjänsteleverantörens insikt om att konsumenten verkligen är en konsument någon roll? Och kan konsumentbestämmelserna bli tillämpliga om en privatperson tror att han sluter ett avtal med en näringsidkare, men det visar sig vara en annan privatperson?

10.6.2.1 Säljarens insikt om konsumentens status

Antag att den i Lund bosatte Bob avser att bygga till sitt hus. För att kunna ta fram nödvändiga planritningar har han laddat ned ett ritprogram från det Amsterdambaserade företaget Nethuijs. Bob är missnöjd med programmet och vill nu stämma Nethuijs för kontraktsbrott. Bob menar att hans roll som konsument i transaktionen medför att konsumentbestämmelserna blir tillämpliga. Nethuijs invänder att de inte insett eller kunnat inse att Bob var konsument, varför konsumentbestämmelserna inte kan bli tillämpliga; en eventuell talan mot företaget skall därför väckas i Amsterdam i enlighet med art. 2.

För att kunna bedöma huruvida konsumentbestämmelserna blir tillämpliga eller ej måste först undersökas om de objektiva förutsättningarna är för handen. Nethuijs måste ha agerat inom ramen för sin affärsverksamhet och Bob måste ha införskaffat ritprogrammet för att tillgodose ett privat behov. Om man utgår från att så är fallet kan sedan betydelsen av de subjektiva momenten bedömas. En förutsättning för reglernas tillämplighet i detta avseende synes vara att näringsidkaren är, eller borde vara, medveten om att avtalet sluts med en konsument.[344] Om Nethuijs varken insåg eller borde ha insett att Bob faktiskt laddade ned programmet för privat bruk blir bestämmelsen således inte tillämplig och en eventuell talan från Bobs sida får väckas i Amsterdam i enlighet med art. 2.

Hur skall då en bedömning av näringsidkarens goda tro i detta sammanhang bedömas vid elektronisk handel? Särskilt svårt är det i fall som ovan när parterna inte har kontakt med

---

[341] Jfr fallet Shearson Lehman Hutton v. TVB, 1993 ECR I-139, ingresspunkt 12-13.

[342] *Giuliano, M & Lagarde, P.*; Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, s. 23.

[343] Mål 269/95 Benincasa, REG 1997 s. I-3767.

[344] *Giuliano, M & Lagarde, P.*; Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations., s. 23. Se även *Kaye*, s. 206; *Plender & Wilderspin*, s. 143; *Philip (1994)*s. 92 och 152; *Pålsson (1998)*, s. 73.

varandra. Till detta kommer att Nethuijs prestation förmodligen är helt automatiserad. Är det överhuvudtaget möjligt att tala om en insikt rörande konsumentens status när parterna är mer eller mindre okända för varandra?

I flertalet fall torde det emellertid inte leda till några större problem – det finns en del faktorer från vilka säljaren kan dra vissa slutsatser rörande köparens status när denne ingår avtalet. Köparen skall t.ex. ofta uppge namn och adress och härav kan säljaren göra vissa konklusioner om huruvida köparen är konsument eller näringsidkare. Plender & Wilderspin menar att enbart det faktum att det är fråga om en fysisk person kan vara avgörande:[345]

> "…it would be reasonable to conclude that the seller should be put on notice that he may be dealing with a consumer whenever the purchaser is a natural person, unless particular circumstances, such as the use of a company's headed notepaper or the ordering of a quantity or type of goods which would not normally be for private consumption dictate otherwise."

Vidare kan föremålet för transaktionen vara vägledande. Varor som datorspel, musik, tennisskor, frukostflingor, romaner eller liknande talar med största sannolikhet om för säljaren att köparen är en konsument, medan varor som kopieringsmaskiner, kontorsutrustning, datorprogram för avancerad kalkylering eller liknande på motsvarande sätt kan tyda på att köparen är näringsidkare. Vissa transaktioner är dock av en sådan natur att de inte ger någon klar vägledning för säljaren vid bedömningen om köparen är konsument eller näringsidkare. Om säljaren felaktigt, men i god tro, misstar sig vad gäller konsumentens status spelar det således ingen roll att köparen är en konsument – konventionernas konsumentskyddsregler blir som huvudregel inte tillämpliga.

Särskilt det automatiserade förloppet försvårar bedömningen. Är det möjligt att tala om god tro när ett program ombesörjer att transaktionen utförs?[346] Det torde sällan vara tal om att det kan föreligga någon mänsklig insikt hos säljaren eller tjänsteleverantören rörande huruvida medkontrahenten är en fysisk person eller om det är möjligt att basera några antaganden på avtalsobjektet som sådant. Det är förvisso möjligt att vid programmeringen ombesörja så att vissa omständigheter medför att en transaktion automatiskt indelas i en presumtiv "konsumenttransaktions-kategori". Huruvida en sådan programmering skulle vara tillräcklig för att en näringsidkare skulle anses vara i god tro är svårt att uttala sig om, och knappast värt att fördjupa sig i. En dylik programmeringslösning torde genom sina teknikbaserade premisser vara olämplig att ha som utgångspunkt vid bedömningen. Att formulera en regel eller att basera ett avgörande på en så svårhanterlig och f.n. grovmaskig faktor som hur ett system är programmerat kan inte rekommenderas. Sådana faktorer kan nämligen aldrig till fullo jämställas med subjektiva insikter. I stället för att arbeta med mer eller mindre sökta analogier om insikt bör objektivt konstaterbara fakta tillmätas större betydelse.

---

345 *Plender & Wilderspin*, s. 144.

346 Frågan har tidigare främst diskuterats i avtalsrättsliga sammanhang rörande parternas bundenhet av automatiska dispositioner, se t.ex. *Hultmark (1998)* s. 23 ff. och densamme SOU 1996:40, s. 120 ff.

Mot bakgrund av att god tro svårligen kan mätas i en objektiv skala och mot bakgrund av att reglerna har fått en utformning som tillerkänner konsumenten ett starkt skydd är det svårt att föreställa sig hur en näringsidkare någonsin skall kunna visa sin goda tro. Kan man därav dra slutsatsen att en näringsidkare vid elektronisk handel aldrig kan vara i god tro rörande medkontrahentens status som näringsidkare eller konsument? Även om mycket talar för att så är fallet är det tveksamt om en så långtgående konklusion är korrekt. Bestämmelsen innebär att hänsyn bör tas till vissa subjektiva moment. Jag ansluter mig vid tolkningen i stort till Plenders och Wilderspins åsikter här ovan. Det som främst fäller avgörandet vid elektronisk handel torde vara avtalsobjektet som sådant – är det fråga om produkter som rimligtvis inte är av intresse för konsumenter finns det anledning att betrakta konsumentbestämmelserna som icke tillämpliga.

En i motsvarande problemställning föreslagen lösning med i princip samma innebörd är att konsumentreglerna skulle vara tillämpliga om det vid köpets ingående föreligger en, ur säljarens synvinkel, konkret risk (*tangible risk*) för att köparen är konsument.[347] Genom en sådan utformning kan man vid Internetavtal (och liknande situationer där parternas anonymitet ger upphov till motsvarande problem) tillämpa en omvänd bevisbörda och därigenom pålägga säljaren en undersökningsplikt av något slag. En förutseende säljare kan be köparen, i samband med att denne lämnar uppgifter om namn och adress, att även uppge om varan är avsedd att användas huvudsakligen för personligt bruk eller om den skall användas i en näringsverksamhet.[348]

Skulle konsumenten vid en dylik förfrågan av någon anledning identifiera sig som näringsidkare får han skylla sig själv, säljarens åtgärd torde vara tillräcklig för att konventionernas konsumentregler inte skall kunna åberopas så länge säljaren är i god tro. Detta förutsätter givetvis att förfrågan är klart och tydligt utformad så att den inte kan missförstås av den typiske konsumenten.[349]

Avslutningsvis bör påpekas att även om konventionernas konsumentregler därmed inte skulle vara tillämpliga så finns det rimligen ingenting som hindrar att konsumenten vid senare tillämpning av nationell rätt skyddas av i denna rätt existerande konsumentskyddsregler.

10.6.2.2 Konsumentens insikt om säljarens status

Även om det inte står direkt uttryckt i konventionstexterna får det antas att konsumentreglerna endast är tillämpliga i de fall då säljaren agerar inom sin affärsverksamhet eller yrkesverksamhet. Det är dock osäkert i vilken utsträckning detta antagande skall gälla – av Giuliano/Lagarde-rapporten framgår att det åtminstone ”normalt” bör vara så.[350]

---

[347] *Benno (1993)*, s. 81-84.

[348] *Lindskoug*, s. 881.

[349] Jfr *Dickie*, s. 86; *Lindskoug*, s. 881.

[350] *Giuliano, M & Lagarde, P.*; Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, s. 23. Se även *Pålsson (1998)*, s. 72 f. och *Philip (1994)*, s. 92 och 152.

Vill konsumenten vara säker på att konsumentreglerna blir tillämpliga måste han i princip förvissa sig om säljarens status innan avtalet ingås. I litteraturen har emellertid anförts att om konsumenten felaktigt, men i god tro, skulle utgå ifrån att säljaren agerar inom sin affärsverksamhet eller yrkesverksamhet så finns det skäl att förmoda att konsumentreglerna blir tillämpliga.[351] Frågans aktualitet vid elektronisk handel inom EES har minskat väsentligt genom föreskrifterna rörande de informationskrav som ställs på tjänsteleverantören i såväl distansavtalsdirektivet som e-handelsdirektivet (jfr. ovan, 2.5.2).

10.6.3 Konsumenttvister och Bryssel-/Luganokonventionerna

Vid tvist mellan en konsument och en näringsidkare ges konsumenten enligt art. 13-15 möjlighet att välja mellan att väcka sin talan antingen vid domstol där motparten har hemvist eller vid domstol i den konventionsstat där han själv har hemvist. En konsument riskerar därmed inte olägenheten att behöva söka sig till domstolar i utlandet. För det fall motparten vill väcka talan mot konsumenten är han tvungen att väcka denna talan vid domstol där konsumenten har hemvist (undantaget genkäromål, som får väckas vid domstol där huvudkäromålet i enlighet med konventionens regler är anhängigt).

De för konsumenten förmånliga reglerna gäller dock endast under vissa förutsättningar. Avtalet skall, enligt artikel 13.I p. 3a således ha föregåtts av ett *särskilt anbud*, riktat till konsumenten i den konventionsstat där han har hemvist, eller *annonsering* där. Konsumenten måste vidare ha företagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den staten enligt artikel 13.I p. 3b. Dessa villkor är i här relevanta delar i stort sett identiska med dem som i motsvarande sammanhang gäller för Romkonventionen,[352] se 13.2 nedan. För förståelsen av villkoren i samband med elektronisk handel hänvisas till det avsnittet.

10.6.4 Allmänt om konsumenttvister och Bryssel I-förordningen

Bryssel I-förordningens konsumentbestämmelser omfattar i princip alla sorts konsumentavtal. Undantagna är framför allt försäkringstvister som specialregleras i art. 8-14 samt den typ av tvister rörande sakrätt i eller nyttjanderätt till fast egendom som omfattas av art. 22.1. Explicit undantagna är dessutom enligt art. 15.3 transportavtal, vilket bl.a. innebär att konsumentavtal rörande biljetter till resor med kommunikationsmedel som flyg, båt, tåg, buss etc. inte omfattas av bestämmelserna. Annorlunda är det dock om det är fråga om s.k. paketresor. Gäller avtalet såväl resa som inkvartering där allt är inkluderat i ett pris faller avtalet under förordningens konsumentbestämmelser.

---

[351] *Pålsson (1998)*, s. 73.

[352] De förutsättningar som anges i artikel 13.I p. 1 och 13.I p. 2 rör avbetalningsköp respektive återbetalning av kredit då krediten varit avsedd att finansiera köp av varor. Artikel 13.II reglerar de fall då konsumentens avtalspart inte har hemvist i en konventionsstat, men väl en filial, agentur eller liknande driftställe i en sådan stat.

10.6.5 Bryssel I-förordningens art. 15.1

10.6.5.1 Inledande anmärkningar

För tillämpningen av art. 15.1 a) rörande avbetalningsköp och 15.1 b) rörande lån som skall betalas tillbaka i särskilda poster eller annan form av kredit avsedd att finansiera köp av varor är det av underordnad betydelse om det underliggande avtalet slutits elektroniskt. Avgörande är om bestämmelsernas rekvisit är uppfyllda.

Av större intresse är art. 15.1 c) och det är den som står i fokus för elektroniska konsumenttransaktioner. De vid elektronisk handel så svårhanterliga kraven i Brysselkonventionen om att avtalet skall ha föregåtts av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i den stat där vederbörande har sin vistelseort eller av annonsering där, samt att konsumenten i denna stat måste ha vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna, är nu borttagna. I stället har punkt c) följande lydelse:

> Art 15.1 c): ”I övriga fall, om avtalet har ingåtts med en person som bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den medlemsstat där konsumenten har hemvist eller, på något sätt riktar sådan verksamhet till den medlemsstaten eller flera stater, däribland den medlemsstaten, och avtalet faller inom ramen för sådan verksamhet.”

Bestämmelsens något svårtolkade formulering beror förmodligen på ett önskemål om att den skall täcka såväl traditionella transaktioner som e-handelstransaktioner.[353] I väntan på vägledande avgöranden från GD är det inte möjligt att med säkerhet uttala sig om tolkningen av de i bestämmelsen ingående momenten, denna blir således i större grad än annars baserad på antaganden.

10.6.5.2 ”Kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet”

Som ett av två alternativa anknytningsmoment krävs att näringsidkaren bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den medlemsstat där konsumenten har hemvist. Detta alternativ torde sällan aktualiseras vid gränsöverskridande elektronisk handel, utan synes mest ta sikte på situationer då t.ex. en i en annan medlemsstat etablerad näringsidkare bedriver hemförsäljning här i riket genom en representant.[354]

Av regelns utformning kan förmodligen den slutsatsen dras att den subjektiva insikten om medkontrahentens status som näringsidkare är av underordnad betydelse.[355] Regeln tar enbart sikte på förhållanden då avtalet ingåtts inom ramen för den kommersiella verksamheten eller yrkesverksamheten, varmed den inte skulle kunna tillämpas på avtalssituationer mellan privatpersoner.

---

[353] Jfr *Puurunen*, s. 174.

[354] *Pålsson (2002)*, s. 151.

[355] *Kropholler (2002)*, s. 225 f.

10.6.5.3 "Riktad" mot konsumentens hemviststat

Det andra alternativa anknytningsmomentet är att näringsidkaren riktar sin kommersiella verksamhet eller yrkesverksamhet mot den stat där konsumenten har hemvist, eller mot flera stater och däribland nämnda hemviststat.[356] Denna regel är av särskilt intresse för den elektroniska handeln, även om den givetvis kan aktualiseras även vid andra typer av transaktioner. Skulle sålunda en i en annan medlemsstat etablerad näringsidkare annonsera i svenska medier eller via direktreklam vända sig till svenska konsumenter får verksamheten anses riktad mot Sverige i den mening som avses med bestämmelsen.[357]

I fall av elektronisk handel rör den centrala frågan vilka kriterier som skall föreligga för att en näringsidkare skall anses ha riktat sin verksamhet mot konsumentens hemviststat. Antag att Bob i exemplet ovan förutom ritprogrammet köper verktyg till ombyggnaden från den i Tyskland etablerade webbplatsen www.gw-werkzeuge.de. Vilka är då förutsättningarna för att betingelserna i art. 15.1 c) skall anses uppfyllda vid en eventuell tvist mellan Bob och det tyska företaget?

I motiveringen till kommissionens ursprungliga förslag framgår det att tanken med formuleringen av den aktuella bestämmelsen var just att "*klargöra att försäljning av varor och tjänster via Internet omfattas*". Vidare framhålls angående denna typ av konsumenthandel att bestämmelsen är "*tillämplig på konsumentavtal som ingåtts via en interaktiv webbplats på Internet som är tillgänglig i den staten [där konsumenten har hemvist]*". För att markera betydelsen av kravet på interaktivitet framhålls att "*Skyddsregeln träder däremot inte i funktion om konsumenten i sin hemviststat, via en passiv webbplats på Internet, enbart fått kännedom om en tjänst eller en vara*".[358]

Av kommissionens motivering framgår således att en e-handelsverksamhet för att vara riktad mot ett visst land skall dels vara *interaktiv*, dels vara *tillgänglig* i konsumentens hemviststat. Inledningsvis skall interaktiviteten behandlas. Inget av begreppen interaktiv respektive passiv klarläggs närmare i kommissionens förslag, vilket lämnar ytterligare frågor obesvarade.[359] Även om det kan noteras att motsvarande begrepp används i andra sammanhang, t.ex. konkurrensrätten, förefaller det som om de skall förstås autonomt vid tillämpningen av art, 15.1 c) i Bryssel I-förordningen.[360] På något annat sätt kan man knappast tolka det faktum

---

[356] Att låta bedömningen av till vilket land en annons är riktad utgöra det avgörande momentet för om konsumentreglerna skall vara tillämpliga föreslogs redan 1997 av *Benno (1997)*, s. 13.

[357] *Pålsson (2002)*, s. 151, anför t.ex. att "även annonser i och annan reklam som förekommer i en, från konsumentens synpunkt sett, utländsk tidning eller tidskrift kan gå in under bestämmelsen". Detta under förutsättning att "publikationen har en ej obetydlig spridning i konsumentens land och ges ut på ett språk som mer allmänt förstås i det landet". Som exempel anför han annonsering i den europeiska upplagan av veckotidningen Time som har en tämligen stor läsekrets i Sverige, vilket följaktligen medför att annonseringen bör "kunna anses riktad bl.a. till den svenska marknaden".

[358] Förslag till Rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område:KOM (1999) 348 slutlig., s. 14 f.

[359] Liknande frågor diskuterades redan avseende tillämpningen av Bryssel- och Luganokonventionernas bestämmelser om konsumenttvister, se t.ex. *de Cock Buning et al.*, s. 314.

att kommissionen både vid Bryssel I-förordningens tillkomst eller senare underlåtit att hänvisa till tolkningen av begreppen i dessa andra sammanhang.

Härvid torde det stå utom tvivel att kommissionen anser att en aktiv webbplats förutsätter att konsumenten via denna har möjligheter att sluta avtal *online*.[361] Frågan är däremot vilken grad av interaktivitet som åsyftas. Det finns skäl att antaga att kommissionen har inspirerats av rättsutvecklingen i USA vid anammandet av begreppen.[362] De amerikanska domstolarna har vid jurisdiktionsbedömningen i ett antal fall delat in webbplatser i tre huvudkategorier: aktiva, passiva och interaktiva. Till de aktiva räknas de webbplatser vid vilka det bedrivs direkt elektronisk handel, passiva webbplatser är sådana som i princip enbart tillhandahåller information och som interaktiv betraktas webbplatser vid vilka det bedrivs indirekt elektronisk handel. Enbart förekomsten av en passiv webbplats anses inte i sig vara tillräckligt för att grunda domstols behörighet enligt amerikansk rätt, medan kraven på vilken aktivitetsgrad som krävs för att grunda sådan behörighet har varierat, se vidare avsnitt 11. När kommissionen väljer att enbart utgå ifrån två aktivitetsnivåer är det, i brist på uttalande i annan riktning, rimligen så att begreppet interaktiv åsyftar de webbplatser som i amerikansk rätt faller inom kategorierna aktiv och interaktiv. De passiva webbplatserna skulle således i såväl amerikansk som europeisk rätt betraktas som icke-domsrättsgrundande. Var gränsen går mellan en aktiv och en passiv webbplats får utvisas av framtida avgöranden.

Så till frågan om vad som avses med kravet på att webbplatsen skall vara *tillgänglig* i konsumentens hemviststat för att den skall anses riktad mot detta land. I flera kommentarer har det antagits att det är tillräckligt att konsumenten kan komma in på webbplatsen.[363] En sådan utgångspunkt vore med hänsyn till Internets gränsöverskridande natur orimlig – en webbplats på Internet är tillgänglig i alla medlemsstater. Är det tillräckligt att konsumenten kan

---

[360] Jfr art. 4 i kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (gruppundantagsförordningen). För tillämpningen av nämnda artikel tolkar kommissionen *aktiv* respektive *passiv* på det sätt som framgår av tillkännagivande från kommissionen (2000/C 291/01) angående riktlinjer för vertikala begränsningar, jfr ingresspunkt 50. Denna kommissionens tolkning innebär enligt ingresspunkt 51 bl.a. att ”Alla återförsäljare måste få använda Internet för att göra reklam eller sälja produkter. Att begränsa återförsäljares användning av Internet skulle kunna vara förenligt med gruppundantagsförordningen endast om de säljfrämjande åtgärderna på Internet eller försäljningen via Internet skulle leda till en aktiv försäljning till andra återförsäljares exklusivt tilldelade områden eller kundkategorier. I regel anses användningen av Internet inte som en form av aktiv försäljning till sådana områden eller kundkategorier eftersom det är ett berättigat sätt att nå alla kunder. Att det kan få effekter utanför det egna området eller den egna kundkategorin är en följd av att tekniken gör att reklamen och de säljfrämjande åtgärderna är lättåtkomliga var man än befinner sig. Om en kund besöker en återförsäljares webbsida och kontaktar distributören och om en sådan kontakt leder till försäljning, inklusive leverans, anses detta som passiv försäljning. Det språk som används på webbsidan eller i kommunikationen spelar i regel ingen roll i det avseendet. En webbsida betraktas inte som en form av aktiv försäljning, i den mån den inte är särskilt inriktad på att främst nå kunder inom det område eller den kundkategori som exklusivt tilldelats en annan återförsäljare, exempelvis genom att använda rubriker eller länkar på sidor som är särskilt gjorda för dessa exklusivt tilldelade kunder. Att skicka ej begärd e-post till enskilda kunder eller kundkategorier betraktas dock som aktiv försäljning.”

[361] *Debusseré*, s. 357; *Pålsson (2002)*, s. 152.

[362] Ändrat förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område: KOM (2000) 689 slutlig, s. 6.

[363] Se t.ex. *Motion*, s. 212; *Mitrani* s. 4.

komma in på webbplatsen för att den skall anses tillgänglig finns det överhuvudtaget ingen anledning att ställa krav om tillgänglighet. Därmed förefaller det klart att mer konkreta kriterier måste föreligga – frågan är vilka. I arbetet som föregick antagandet av förordningen diskuterades huruvida det skulle vara tillräckligt att en konsument i ett visst land slöt ett avtal via den interaktiva webbplatsen för att denna skall anses tillgänglig i konsumentens hemviststat? Det framgår att kommissionen, och senare även rådet, anser så vara fallet. I det ursprungliga förslaget till förordning återfanns följande formulering i ingresspunkt 13: *"Försäljning av varor och tjänster via ett elektroniskt medel som är tillgängligt i en medlemsstat är en verksamhet som riktar sig till den staten."*[364] Någon utredning av i vilken grad tjänsteleverantören haft för avsikt att omfatta landet i fråga i sin verksamhet skulle i enlighet med denna formulering inte vara nödvändig.[365] Konsekvensen skulle i princip vara att alla tjänsteleverantörer etablerade inom EU ställdes inför risken att behöva processa inför domstolar i vilken som helst EU-stat, Danmark undantaget, oavsett om det fanns någon bakomliggande vilja att bedriva verksamhet i den berörda medlemsstaten eller ej. Denna konsekvens blev för långtgående för Europaparlamentet. I sitt ändringsförslag mjukade parlamentet upp kommissionens formulering i ingresspunkt 13 genom ett tillägg som medförde att tjänsteleverantörens verksamhet enbart riktade sig till den *"stat där elektronisk handel bedrivs via en aktiv webbplats i den meningen att handlaren avsiktligt riktar sin verksamhet i en ansenlig grad till den andra staten"*.[366] Vidare ansåg parlamentet att begreppet "rikta sin verksamhet" i art. 15 behövde förtydligas på följande vis:[367]

> "Uttrycket "riktar sådan verksamhet" skall uppfattas så att handlaren avsiktligen och på ett ansenligt sätt måste ha riktat sin verksamhet till en annan medlemsstat eller till flera länder inklusive medlemsstaten ifråga. För att avgöra om en handlare har riktat sin verksamhet på detta sätt skall domstolarna beakta alla omständigheter som hänför sig till fallet, inklusive handlarens försök att skydda sin handel mot transaktioner med konsumenter som har sin hemvist i en särskild medlemsstat."

Förslagen godtogs emellertid inte av kommissionen. Parlamentets ändringsförslag till ingresspunkt 13 avfärdades utan särskild motivering – istället togs hela ingresspunkt 13 bort ur förslaget utan att ersättas av något ingresspunkt med liknande innebörd.[368] Vad avser förtydligandet i art. 15 lämnade kommissionen följande kommentar:[369]

---

[364] Förslag till Rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område: KOM (1999) 348 slutlig, ingresspunkt 13.

[365] Jfr *Debusseré*, s. 358; *Puurunen*, s. 175.

[366] Parlamentets ändringsförslag till förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, publicerat i EGT 2001 C 146/94 , s. 97.

[367] Parlamentets ändringsförslag till förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, publicerat i EGT 2001 C 146/94 , s. 98.

[368] Ändrat förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område: KOM (2000) 689 slutlig, s. 7.

[369] Ändrat förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område: KOM (2000) 689 slutlig, s. 6.

> ”Kommissionen kan inte godta ändringsförslaget, som strider mot andan i bestämmelsen. Definitionen grundas nämligen på ett väsentligen amerikanskt koncept om ”verksamhet” som allmänt anknytningsmoment för att fastställa behörig domstol. Detta är totalt främmande för det förhållningssätt som valts i förordningen. Dessutom förutsätter förekomsten av en konsumenttvist som avgör talans väckande att det först slutits ett konsumentavtal. Det faktum att avtalet slutits är i sig en klar indikation på att varu- eller tjänsteleverantören riktat sin näringsverksamhet till den stat där konsumenten har hemvist. Slutligen är definitionen inte heller lämplig därför att den inbjuder till en ny uppdelning av marknaden inom Europeiska gemenskapen.”

Kommissionens ståndpunkt är således att enbart det faktum att en konsument sluter avtal med en tjänsteleverantör via dennes webbplats utgör en ”klar indikation” om att tjänsteleverantören riktat sin verksamhet mot konsumentens hemvistland. Denna ståndpunkt har senare betonats ytterligare i ett särskilt uttalande som avgetts gemensamt av kommissionen och rådet. [370] I uttalandet betonas den elektroniska handelns betydelse för företagens ekonomiska utveckling samt vikten av ett ömsesidigt förtroende mellan företag och konsumenter. Ett viktigt inslag för detta förtroende är enligt uttalandet att konsumenter har möjlighet att väcka talan vid domstolarna i hemvistlandet om konsumentavtalet omfattas av art. 15 i förordningen. Därefter uttalas följande:

> Rådet och kommissionen erinrar i detta avseende om att det inte räcker att ett företag riktar sin verksamhet till den medlemsstat där konsumenten har hemvist, eller till flera medlemsstater, varav den staten, för att artikel 15.1 c skall kunna tillämpas, utan dessutom måste ett avtal ha ingåtts inom ramen för denna verksamhet. Denna bestämmelse avser flera olika försäljningsmetoder, däribland distansavtal som ingåtts via Internet.
>
> I detta sammanhang framhåller rådet och kommissionen att det inte räcker att en webbplats är tillgänglig för att artikel 15 skall kunna tillämpas, utan dessutom måste webbplatsen ge möjlighet att ingå distansavtal, och ett sådant måste också faktiskt ha ingåtts på ett eller annat sätt. Därvid är det språk eller den valuta som används på en webbplats ingen relevant faktor.

Uttalandet har med rätta kritiserats för att vara kryptiskt och motsägelsefullt.[371] Begreppen ”riktad” och ”tillgänglig” används på ett ytterst förvirrande vis om man jämför med förordningstexten och kommissionens ursprungliga förslag. Det första stycket motsäger i sig ordalydelsen i art. 15.1 c när det hävdar att det *inte* är tillräckligt att ett företag *riktar sin verksamhet* till konsumentens hemvistland utan dessutom inför ett krav om att ett avtal måste ha ingåtts. Bestämmelsen i art. 15.1 c ger rent faktiskt uttryck för att det just är tillräckligt att verksamheten är riktad mot nämnda land. I andra stycket anför kommissionen och rådet att det *inte* är tillräckligt att webbplatsen är *tillgänglig* för att art. 15.1 c skall kunna tillämpas. Just tillgängligheten var, som ovan nämnts, ett bärande kriterium i kommissionens ursprungliga förordningsförslag vid bedömningen av om verksamheten var riktad eller ej. Nu menar tydligen kommissionen (och rådet) att så inte längre är fallet. Det avgörande är att ett avtal faktiskt har ingåtts. Försöker man följa tråden i kommissionens åsikter hamnar man slutligen i ett märk-

---

[370] Uttalandet tycks inte vara publicerat i EGT, men återfinns i svensk utformning på kommissionens hemsida: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_conseil/justciv_sv.pdf (senast besökt 2004-09-09). Det har även publicerats i IPRax 2001, s. 259, 261.

[371] Se *Debusseré*, s. 359 samt där angivna hänvisningar.

ligt cirkelresonemang: För att ett *konsumentavtal* skall föreligga i enlighet med art. 15.1 c) krävs att villkoret ”riktat” är uppfyllt. Men för att villkoret ”*riktat*” skall vara uppfyllt krävs att det föreligger ett konsumentavtal.[372]

Frågan om vad som skall läggas i begreppet ”riktat” kommer slutligen att avgöras av GD. Förutsättningen för att domstolen, helt eller delvis, kommer att dela kommissionens och rådets uppfattning är oklar. I doktrinen har uppfattningen att det ligger nära till hands att GD kommer att ansluta sig till kommissionens ståndpunkt kommit till uttryck. Anledningen skulle vara det faktum att nämnda ståndpunkt stöds av rådet.[373] I annat sammanhang har emellertid noterats att det av rådet och kommissionen gemensamma uttalandet ”närmast [har] karaktär av politiskt dokument och utgör i alla hänseenden inte någon EG-rättsakt”.[374] Mot bakgrund av att innehållet i kommissionens ståndpunkt efterhand har blivit alltmer diffust synes förutsättningarna för att GD skall ge uttryck för en anslutning till nämnda ståndpunkt vara begränsade.

Fortsättningsvis skall fokuseras på de omständigheter som kan antas åberopas vid en framtida bedömning av GD. Några av dessa förtjänar att belysas särskilt. Eftersom webbplatser som sådana (i princip) inte påverkas av geografiska gränser utan kan nås överallt där det finns en uppkoppling mot Internet, är *tillgängligheten* av en webbplats en omständighet som i sig själv inte kan tillmätas något värde.[375] Att kommissionen också är medveten om att så är fallet framgår av deras uttalanden i andra sammanhang.[376] Andra faktorer är mera relevanta för bedömningen.

En svårbedömd omständighet är att ett avtal med en konsument rent faktiskt har ingåtts. Man behöver inte ansluta sig till kommissionens uppfattning att ett sådant avtal *skall* innebära att tjänsteleverantören har riktat sig till konsumentens hemvistland för att inse argumentets betydelse. Även om det av bestämmelsen i art. 15.1 c) kan utläsas att det inte är frågan om huruvida näringsidkaren riktat sin verksamhet mot den enskilde konsumenten i sig som är avgörande, utan i stället om verksamheten kan anses riktad mot dennes hemvistland, så antyder ett ingånget konsumentavtal att tjänsteleverantörens verksamhet är tänkt att omfatta även den berörda konsumentens hemvistland. För egen del är jag tveksam till att ett dylikt avtal ensamt skall tillåtas medföra att rekvisitet ”riktat” skall anses uppfyllt. Avtalet utgör endast en del, om än en betydelsefull sådan, av en större helhet. Näringsidkaren bakom den tyska webbplatsen www.gw-werkzeuge.de har kanske enbart föreställt sig att verksamheten skall vara inriktad mot den tyska marknaden och utformat sin webbplats efter det. Eftersom Internet är gränslöst är webbplatsen som konstaterats tillgänglig även i Sverige. Säg nu att alla

---

[372] *Schaub*, s. 100. Jfr även *Debusseré*, s. 360.

[373] *Debusseré*, s. 360.

[374] *Pålsson (2002)*, s. 152, not 188.

[375] Jfr. *Kropholler (2002)*, s. 226; *Spindler*, s. 20. Annorlunda dock, *Motion*, s. 212 och *Mitrani*, s. 53.

[376] Se not 360 ang. gruppundantagen.

avtal som sluts via webbplatsen är ingångna med personer bosatta i Tyskland – med ett undantag: konsumenten Bob i Sverige – så vore det tämligen dristigt att påstå att verksamheten är riktad mot Sverige med detta enda avtal som grund. Det finns således anledning att se till webbplatsens *utformning* som helhet innan någon slutgiltig bedömning kan genomföras. Samtidigt skall inte förnekas att man genom att låta ett ingånget konsumentavtal vara avgörande för huruvida verksamheten är riktad eller ej kan förenkla bevisproblematiken avsevärt. Tillåts andra omständigheter än just det ingångna konsumentavtalet påverka bedömningen uppkommer frågan vilken utformning webbplatsen hade vid den tidpunkt då konsumenten vidtog de åtgärder som ledde till avtalsslutet. Näringsidkaren kan med enkla justeringar förändra webbplatsen och ge den ett annorlunda utseende. Skulle en konsument hävda att webbplatsen vid avtalstidpunkten hade en viss utformning/innehöll viss information som kan innebära att verksamheten förstods som riktad till dennes hemvistland, torde det vara sällan som en konsument på egen hand kan styrka detta påstående – få, om ens någon, sparar väl kopior av webbplatser vid ingående av avtal. Även om bevisbördan i detta avseende placeras på näringsidkaren är osäkerheten stor. Dels är det mindre sannolikt att denne sparat tidigare versioner, dels kan det vara tekniskt osäkert att fastställa om den berörda webbplatsen verkligen hade det påstådda utseende vid den aktuella tidpunkten.[377] Denna bevisproblematik kan mer eller mindre undgås genom att låta ett ingånget avtal vara avgörande för huruvida en webbplats varit riktad till ett visst land eller ej.

En annan omständighet som kan påverka bedömningen är om det på webbplatsen kan utläsas att verksamheten riktar sig mot vissa länder. Ger tjänsteleverantören via webbplatsen på konkret vis uttryck för att han inom den berörda verksamheten söker avtalspartners i vissa länder måste situationen klart anses falla inom tillämpningsområdet för art. 15.1 c). Detta kan göras uttryckligt, t.ex. genom en hälsningsfras som hälsar kunder i vissa länder välkomna att göra beställningar eller genom flaggor som åskådliggör sådana länder. Tjänsteleverantören kan även på ett underförstått sätt markera att han riktar sig mot vissa länder. Skulle det t.ex. på den tyska webbplatsen www.gw-werkzeuge.de framgå att de levererar även till Sverige eller på annat sätt, t.ex. genom val av språk, göras tydligt att svenska kunder är välkomna att göra beställningar får verksamheten obestridligen bedömas vara riktad mot Sverige. Vid denna bedömning kan man dessutom låta det vara irrelevant om något avtal slutits eller ej – enbart inviten till de svenska konsumenterna får betraktas som tillräckligt för att webbplatsen skall anses riktad mot Sverige. I sammanhanget kan även ifrågasättas om det skall krävas att det är fråga om en interaktiv webbplats, jfr kommissionens ståndpunkt ovan. Antag att webbplatsen www.gw-werkzeuge.de inte är interaktiv, men likväl uppmuntrar personer med svensk hemvist att medelst andra metoder såsom via telefon, telefax eller brev beställa varor från företa-

[377] Visserligen kräver distansavtalsdirektivets art. 5.1 att information skall lämnas till konsumenten ”skriftligen eller i annan varaktig form”. Denna information begränsar sig emellertid till vissa punkter som rör själva avtalet, avtalsobjektet samt tjänsteleverantören och säger ingenting om huruvida verksamheten som sådan kan anses riktad mot ett konsumentens hemvistland.

get i Tyskland. I så fall synes ett krav om att webbplatsen skall vara interaktiv inte behöva tillmätas en sådan betydelse som kommissionen vill göra gällande. [378]

Betydelsen av webbplatsens utformning blir mera svårbedömd när det inte kan utläsas huruvida den är tänkt att riktas mot ett visst land eller ej. Även om det inte framgår att den riktar sig mot t.ex. Sverige kan den av olika skäl ändå anses riktad hit. Till och med en åtgärd som innebär att näringsidkaren uttryckligt anger att verksamheten inte är riktat till ett eller flera specifika länder bör vid en bedömning tillmätas ringa betydelse.[379] Ett annat synsätt skulle kunna leda till ett missbruk av dylika friskrivningsklausuler. I vissa fall förekommer det att näringsidkaren kräver av kunden att denne uppger sin hemvistadress i samband med ett klargörande om att verksamheten inte är riktad mot vissa stater.[380] Det avgörande i sådana fall bör vara att näringsidkaren också underlåtit att ta emot beställningar med hänvisning till klargörandet, ett underlåtande som det givetvis står honom fritt att göra.[381]

I det föregående påpekades att språket kan vara av betydelse. I kommissionens och rådets gemensamma meddelande ansågs inte språket spela någon roll vid bedömningen av huruvida verksamheten var riktad eller ej. Åsikten är anmärkningsvärd. Visserligen skulle man omvänt kunna säga att språket inte nödvändigtvis innebär att verksamhet är riktad mot något särskilt land – det faktum att engelska är Internets *lingua franca* medför inte att engelskspråkiga sidor enbart är riktade mot länder där engelska är huvudspråket. Däremot föreligger det en stark förmodan om att en webbplats utformad på t.ex. ”små” språk som de skandinaviska medför att verksamheten får anses primärt riktad mot respektive skandinaviskt land om inte annat anges (t.ex. att den riktar sig mot en grupp svenskar som är bosatta i södra Spanien). Osäkerhet kan uppstå när det är fråga om stater som präglas av flerspråkighet. En webbplats utformad på svenska attraherar säkerligen den i Finland bosatta svensktalande minoriteten i viss omfattning. Detta förringar emellertid inte värdet av språkets betydelse vid avgörandet av huruvida en verksamhet riktar sig mot ett visst land. Vid flera tillfällen ges konsumenterna möjlighet att ta till sig informationen på mer än ett språk. Enbart denna valmöjlighet utgör en stark indikation på att näringsidkaren är öppen för gränsöverskridande beställningar. Även om inget av de tillhandahållna språkvalen utgör huvudspråk i konsumentens hemvistland, talar en dylik valmöjlighet för att verksamheten på denna grund skall anses riktad även mot detta land såframt näringsidkaren väljer att sluta avtal med konsumenten. I litteraturen synes kommentarerna också konsekvent vara sådana att språket är av stor betydelse för verksamhetens geografiska riktning.[382]

---

[378] Kommissionens tolkning har i litteraturen beskrivits som restriktiv, se *Pålsson (2002)*, s. 152.

[379] Jfr *Mitrani*, s. 53.

[380] Jfr *Stone (2000)*, s. 10.

[381] Se *Stone (2002)*, s. 125. För en annorlunda uppfattning, se *Dickie*, s. 86.

[382] Se t.ex. *Kropholler (2002)*, s. 227 och *Pålsson (2002)*, s. 151 f.

Avslutningsvis kan konstateras att frågan om när en verksamhet är riktad mot ett visst land är svårbesvarad. För egen del är jag av den uppfattningen att några generella riktlinjer för när verksamheten skall anses riktad inte kan ställas upp, utan bedömningen måste baseras på omständigheterna i varje enskilt fall. När GD slutligen tar ställning till vilka omständigheter som framför allt skall tillmätas vikt vid denna bedömning håller jag det för det troligt att ett föreliggande konsumentavtal tillsammans med eventuella åtgärder som uppmuntrar till gränsöverskridande avtal kommer att utgöra de avgörande faktorerna.

10.6.5.4 "Inom ramen för sådan verksamhet"

För att art 15.1 c) slutligen skall bli tillämplig krävs dessutom att det ingångna avtalet faller inom ramen för den berörda verksamheten. Vid elektronisk handel ter sig ett sådant samband i normalfallet naturligt. Den information som näringsidkaren tillhandahåller i form av tjänsteleverantör sätter i huvudsak ramarna för de beställningar som en konsument kan komma att genomföra.

Förvisso kan man föreställa sig att en ytterligare korrespondens via t.ex. e-post leder till att konsumenten och näringsidkaren ingår ett licensavtal eller avtal om leverans av ett objekt som båda faller utanför ramarna för den verksamhet som den ursprungliga informationen omfattade. Vid sådana avtal saknas möjlighet att tillämpa förordningens regler om konsumenttvister. Antag t.ex. att näringsidkaren bakom www.gw-werkzeuge.de också säljer cyklar. Cykelförsäljningen framgår inte av webbplatsen, men när den kommer till Bobs kännedom genom hans korrespondensen med företaget beställer han en cykel. Eftersom Bobs avtal om leverans av en cykel inte baseras på den del av näringsidkarens bedrivna verksamhet som riktades mot Sverige blir bestämmelserna om konsumenttvister inte tillämpliga.

10.6.5.5 En avslutande reflektion

Bryssel I-förordningens konsumentregler förändrar förutsättningarna för hur och när domstolarna i konsumentens hemvistland ska vara behöriga. En av de avgörande skillnaderna jämfört med Bryssel-/Luganokonventionerna är att det inte ställs något krav om att konsumenten måste ha vidtagit "de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna" i det land där han har sitt hemvist.[383] Det enda krav som ställs är att avtalet faller inom ramen för den del av näringsidkarens kommersiella verksamhet eller yrkesverksamhet som riktats mot konsumentens hemvistland. Skillnaden mellan regelverken kan betraktas som en naturlig konsekvens av den gränslösa tillgång till kommunikationsverktyg som e-post och webbplatser ger upphov till. Att ta del av elektroniska meddelanden via mobila enheter eller att läsa e-post på t.ex. Internetcaféer är idag en utbredd företeelse som nyttjas av många även under utlandsvistelser. Kravet om att de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna måste ha vidtagits i konsumentens hemvistland är i detta sammanhang dels omständligt att bevisa, dels en olägenhet i strävan efter att ge konsumenter i närmast identiska situationer ett likvärdigt skydd.

---

[383] *Stone (2000)*, s. 10.

Samtidigt som fjärmandet av det nämnda kravet innebär en väsentlig anpassning till den konsumentbaserade elektroniska handeln kan det få konsekvenser som är svåra att överblicka. Spindler menar att anpassningen av bestämmelsen ger upphov till en ”Overspill-Effekte” och exemplifierar med följande situation:[384]

> Es würde etwa für einen deutschen Gerichtsstand ausreichen, wenn eine spanische Web-site in Deutschland abgerufen wird, der Verbraucher nach Spanien reist, gelegentlich seines Urlaubs dort einen Vertrag in spanischer sprache abschließt, der in Bereich dieser Web-site fällt und wieder zurückreist; trotz fast ausschließlich in Spanien stattfindender Vorgänge wäre der Gerichtsstand in Deutschland eröffnet. Selbst wenn noch in Spanien der Vertrag erfüllt würde, ändert dies offenbar nichts an dem in Deutschland eröffneten Gerichtsstand, etwa für Gewährleistungsrechte.

Sett till enbart bestämmelsens ordalydelse är Spindlers resonemang fritt från invändningar. Frågan är emellertid hur GD förhåller sig till en så ingripande tolkning. De grundläggande principer om förutsebarhet[385] och god tro[386] bör rätteligen respekteras.[387] Det förefaller således ytterst tveksamt att den spanske försäljaren skulle vara tvungen att inställa sig inför tysk domstol i sådana fall då denne inte ens varit medveten om att transaktionen ingåtts med en tysk turist. För att en domstol skall vara behörig enligt art. 15.1 c) bör det rimligen vara så att näringsidkaren är, eller åtminstone borde varit, medveten om att konsumenten ingått avtalet som en följd av att verksamheten riktades mot konsumentens hemvistland.[388] Ett sådant krav kan knappast vålla några problem vid elektronisk handel, men undanröjer vissa obilliga konsekvenser i andra sammanhang, liknande dem Spindler beskriver.

Även vid de tillfällen då konsumenten felaktigt uppger en hemvistort belägen i ett land från vilket näringsidkaren är beredd att ta emot beställningar, finns det anledning att skydda näringsidkaren.[389] Likaså i de fall konsumenten ger sken av att transaktionen sker som ett led i en näringsverksamhet. Konsekvensen i båda fallen bör vara att art. 15.1 c) inte blir tillämplig.

10.6.6 Bryssel I-förordningens art. 15.2

Innebörden av denna bestämmelse är att en näringsidkare som inte har hemvist i någon medlemsstat ändock skall anses ha hemvist i den eller de medlemsstater där vederbörande har en filial, agentur eller anan etablering. Detta gäller dock endast om tvisten hänför sig till den verksamhet som bedrivs vid den berörda etableringen.

Etableringsställets forum i art. 5.5 har berörts ovan, se avsnitt 10.5. Skillnaden från art. 5.5 är att i den här berörda konsumentbestämmelsen etableras ett hemvist. Detta medför i sig inte någon avgörande förändring för tillämpningen. Den väsentliga frågan, som också be-

---

384 *Spindler*, s. 23. För en liknande beskrivning, se *Motion*, s. 212.

385 Se mål C-26/91 Handte [1992] ECR I-3967.

386 Se mål 25/276 Galeries Segoura SPRL mot Société Rahim Bonakdarian.

387 Jfr. *Stone (2002)*, s. 125 och *Hertz (2002)*, s. 312.

388 *Hertz (2002)*, s. 312

389 *Stone (2002)*, s. 125.

handlades i avsnitt 10.5, är huruvida någon omständighet kunde medföra att en tjänsteleverantör får anses bedriva sin e-handelsverksamhet genom ett sådant etableringsställe. Någon anledning att bedöma frågan annorlunda vid en tillämpning av art. 5.5 synes inte föreligga.

I sammanhanget kan det vara värt att beakta huruvida det verkligen skulle vara till konsumentens fördel att det på detta sätt etablerades en hemvist för näringsidkaren. Samtidigt som Bryssel-/Luganoreglernas bestämmelser blir användbara skyddas näringsidkaren från nationella bestämmelser som annars skulle tillämpas. För svensk del innebär det bl.a. att domstolen inte är behörig att pröva en talan som väcks vid förmögenhetsforum enligt RB 10:3, jfr. Bryssel-/Luganokonventionerna art. 3 och Bryssel I-förordningen art. 3.2 samt 4.

10.6.7 Prorogationsavtal vid konsumenttvister

Vid elektronisk handel är det vanligt förekommande att avtalsvillkoren framgår av ett standardavtal. Detta är i allmänhet formulerat av näringsidkaren och bland klausulerna återfinns ofta en domsrättsklausul som hänvisar till en viss domstol eller ett visst lands domstolar. I konsumentsammanhang inverkar sådana avtal inte på konsumentens rätt att välja om han vill väcka sin talan vid domstolen i det land där näringsidkaren har hemvist eller i det land (vid tillämpning av Bryssel I-förordningen i den ort) där han själv har hemvist, under förutsättning att Bryssel-/Luganoreglernas bestämmelser om domstols behörighet vid konsumenttvister är uppfyllda.

Undantag föreligger endast vid tre tillfällen, jfr Bryssel- och Luganokonventionerna art. 15 och Bryssel I-förordningen art. 17, och dessa varken påverkar eller påverkas särskilt av förhållanden baserade på elektronisk handel. Det första undantaget rör tillfällen då ett avtal om domstols behörighet har ingåtts efter tvistens uppkomst. Det andra behandlar de tillfällen då prorogationsavtalet ger konsumenten rätt att väcka talan vid ytterligare andra domstolar än dem som bestämmelserna i sig anger. Det tredje undantaget berör det speciella förhållandet då ett prorogationsavtal ”har ingåtts av en konsument och dennes avtalspart, vilka vid avtalets ingående hade hemvist eller sin vanliga vistelseort i samma medlemsstat, och avtalet ger domstolarna i den medlemsstaten behörighet, såvida inte ett sådant avtal strider mot lagen i den staten”.

10.7 Prorogation

10.7.1 Inledning

Prorogation vid konsumentavtal har behandlats ovan, se avsnitt 10.6.7. Vid andra tvister än konsumenttvister gäller särskilda regler för prorogationsavtal, se Bryssel- och Luganokonventionerna art. 17 och Bryssel I-förordningen art. 23.[390] Ett avtal mellan parterna som utpekar viss domstol som behörig att lösa eventuella tvister är således bindande, under förutsätt-

[390] För en mera allmän beskrivning av dessa artiklar, se *Pålsson (1995)*, kapitel 5 avseende Bryssel- och Luganokonventionerna och *Pålsson (2002)*, kapitel 5 rörande Bryssel I-förordningen.

ning att avtalet tillkommit i enlighet med bestämmelserna i dessa artiklar. Huvudregeln är att parterna har rätt att utnyttja partsautonomin och detta gör ämnet särskilt intressant för den elektroniska handeln. Flertalet av de elektroniska transaktioner som företas på Internet är ju som tidigare beskrivits, se ovan 2.4, underkastade standardavtal som också innehåller prorogationsklausuler.

Förutsättningarna i Bryssel- och Luganokonventionerna art. 17 och Bryssel I-förordningen art. 23 är i stort identiska, dock med den skillnaden att vissa för den elektroniska handeln intressanta tillägg har gjorts i Brysselförordningen. För bestämmelsernas tillämplighet krävs dels att vissa grundläggande förutsättningar är för handen, dels att åtminstone ett av tre särskilda formkrav är uppfyllda.

10.7.2 De grundläggande förutsättningarna

Av p. 1 framgår att ett avtal om att en domstol eller en viss stats domstolar skall vara behöriga att avgöra en uppkommen eller en eventuell framtida tvist avseende ett bestämt rättsförhållande innebär att endast den domstolen eller domstolarna i den utpekade staten är behöriga. Detta gäller dock endast under två förutsättningar.

För det första måste den eller de utvalda domstolarna vara belägna i en medlemsstat eller, för Bryssel- och Luganokonventionernas vidkommande, i en konventionsstat.

För det andra måste minst en av parterna ha hemvist i en medlemsstat eller konventionsstat.[391] Frågan hur hemvistet skall lokaliseras vid elektronisk handel har behandlats särskilt, se avsnitt 7. Skulle avtalet vara ingånget mellan parter av vilka ingen har hemvist i en av de nämnda staterna gäller att domstolar i andra medlemsstater saknar behörighet att pröva tvisten så länge den eller de utpekades domstolarna inte förklarat sig obehöriga, jfr Bryssel- och Luganokonventionerna art. 17.1 och Bryssel I-förordningen art. 23.3.

10.7.3 De särskilda formkraven

Förutom att ovan nämnda allmänna förutsättningar för reglernas tillämplighet är uppfyllda krävs viss form för att prorogationsavtalet vara skall vara giltigt. Således måste det vara antingen

a) skriftligt eller också muntligt och skriftligen bekräftat, eller

b) i en form som överensstämmer med praxis som parterna har utbildat mellan sig, eller

c) i internationell handel, i en form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till och som är allmänt känd och regelmässigt iakttas av parter i avtal av det ifrågavarande slaget av handel.

---

[391] Frågan om vid vilken tidpunkt det krävs att hemvist föreligger är omdiskuterad och oklar. I doktrinen förespråkas såväl att hemvistet skall föreligga vid avtalsslutet, jfr *Pålsson (2002)*, s. 181 f. som att det är tillräckligt att hemvist föreligger vid den tidpunkt då talan väcks, se *Kropholler (2002)*, s. 277. Pålsson anför att en ”förmedlande ståndpunkt” går ut på att bestämmelserna blir tillämpliga så snart en av parterna har hemvist vid åtminstone någon av de nämnda tidpunkterna, se *Pålsson (2002)*, s. 182.

Angående punkten a) är frågan om även elektroniska meddelanden kan anses uppfylla kravet om skriftlighet. Såvitt kan bedömas är det inte mycket som talar emot att så skulle vara fallet. Inledningsvis kan konstateras att kravet om skriftlighet inte innebär några anspråk på att det skall föreligga en av båda parter undertecknad handling. Kravet är uppfyllt redan om överenskommelsen klart framgår på annat vis, t.ex. genom brevutväxling, telegram eller telefaxmeddelande. Skulle en prorogationsklausul ingå som en del av ett anbud är det tillräckligt för klausulens giltighet att anbudet accepteras i sin helhet.[392]

För att markera att även elektroniska meddelanden skall anses uppfylla kravet på skriftlighet har dessutom införts en ny bestämmelse i art. 23. 2 i Bryssel I-förordningen med följande lydelse:

> Ett elektroniskt meddelande som möjliggör en varaktig dokumentation av avtalet, skall anses vara likvärdigt med skriftligt.

I kommissionens förordningsförslag kommenteras ändringen med att ”Kravet på skriftligt avtal eller muntligt avtal som skriftligen bekräftats skall inte vara till hinder för att betrakta ett prorogationsavtal som giltigt om det ingåtts på annat sätt än skriftligt, men kan läsas via en skärm”. Vad som skall läggas i villkoret om en varaktig dokumentation är i och för sig inte helt givet, men med tanke på att rekvisitet endast innebär att meddelandet *möjliggör* en varaktig dokumentation får det förmodas att det handlar om ett mycket ringa krav. Detta möjliggörande kan inte annat än tolkas så att det rent objektivt är möjligt att dokumentera avtalet, vilket i princip alltid är genomförbart vid såväl tillgodogörande av information från webbplatser som vid erhållande av e-post. Att en part av okunnighet eller pga. tekniska begränsningar inte varaktigt lyckas dokumentera meddelandet är vid sådana tillfällen omständigheter som får bortses ifrån och som således inte påverkar prorogationsavtalets giltighet.

Någon egentlig anledning att inte låta elektroniska meddelanden uppfylla skriftlighetskravet även vid tillämpningen av Bryssel- och Luganokonventionerna synes följaktligen inte föreligga. Denna slutsats har tidigare också hävdats i litteraturen; redan före Bryssel I-förordningens tillkomst menade t.ex. Arnt Nielsen att utväxling av e-postmeddelanden skulle vara tillräckligt för att formkravet i punkt a) skulle vara uppfyllt.[393]

Angående situationer då prorogationsavtalet är muntligt och sedan skriftligen bekräftat kan sägas att dessa torde vara ytterst ovanliga vid elektronisk handel. Skulle det vara så att ett muntligt prorogationsavtal blir bekräftat via t.ex. ett e-postmeddelande, bör även det vara giltigt under de premisser som i övrigt gäller för elektroniska meddelanden i samband med dessa avtal, jfr Bryssel I-förordningen art. 23.2.

---

[392] *Arnt Nielsen (1997)*, s. 202 f.; *Kropholler (2002)*, s. 288; *Philip (1994)*, s.80; *Pålsson (1995)*, s. 154.

[393] *Arnt Nielsen (1997)*, s. 202. Som en naturlig konsekvens av denna åsikt har samme författare senare givit uttryck för att preciseringen i Bryssel I-förordningen om att vissa elektroniska meddelanden skall anses likvärdiga med skriftliga är en överflödig åtgärd, se *Arnt Nielsen (2000)*, s. 173. Jfr även *Pålsson (2002)*, s. 191.

Även om ett elektroniskt meddelande i sig kan anses vara likvärdigt med skriftligt så kan andra omständigheter medföra att formkravet ändå inte är uppfyllt. Så är fallet när det är oklart om prorogationsavtalet överhuvudtaget kan anses ingånget. Detta är en fråga som i sig borde falla in under en prövning av avtalets *materiella giltighet* och därmed prövas enligt avtalsstatutet, men icke desto mindre har GD i ett antal fall valt att pröva frågan som ett spörsmål rörande formkravet. I fallet *Estasis Salotti* motiverade GD denna ståndpunkt med att syftet med formkraven var att ”säkerställa att samstämmighet mellan parterna faktiskt föreligger”. Med tanke på de konsekvenser en prorogationsklausul kan få för parternas ställning menade domstolen att de bestämmelser som ställs för att klausulen skall vara giltig måste tolkas restriktivt.[394] I det nämnda rättsfallet återfanns en prorogationsklausul bland säljarens allmänna villkor som var tryckta på baksidan av ett av båda parter undertecknat köpavtal. Med hänvisning till den restriktiva tolkningen menade GD att:[395]

> …det inte är tillräckligt för att uppfylla kraven i artikel 17 att en prorogationsklausul som en del av en parts allmänna försäljningsvillkor är tryckt på baksidan av ett avtal vilket är upprättat på den partens firmapapper. Därigenom ges nämligen ingen garanti för att den andra parten verkligen har samtyckt till en klausul som avviker från de allmänna reglerna om domstols behörighet.
>
> Det förhåller sig annorlunda om den av båda parterna undertecknade avtalstexten själv uttryckligen hänvisar till allmänna villkor som innehåller en prorogationsklausul.

I fallet prövades också om kravet på skriftlig form är uppfyllt då säljaren hänvisar till ett anbud som i sin tur hänvisar till densammes allmänna villkor bland vilka det återfinns en prorogationsklausul. GD gjorde bedömningen att så var fallet, dock under vissa förutsättningar:[396]

> Om ett avtal sluts genom hänvisning till tidigare anbud som i sin tur hänvisar till den ena partens allmänna villkor vilka innehåller en prorogationsklausul, är kravet på skriftlig form enligt artikel 17 första stycket i konventionen uppfyllt endast om hänvisningen är uttrycklig och således kan kontrolleras av en part som visar normal uppmärksamhet.

Av domen framgår att en indirekt eller en tyst hänvisning till den föregående skriftväxlingen inte är tillräcklig eftersom en sådan leder till osäkerhet om prorogationsklausulen ingår i avtalet. Avgörandet är i hög grad relevant för den elektroniska handeln på Internet, framför allt vid beställningar från webbplatser. Avtal som sluts via utväxling av e-postmeddelanden torde sällan vara svåra att bedöma. När det gäller giltigheten av en prorogationsklausul på en webbplats är det främst frågan om på vilket sätt klausulen presenterats för beställaren som avgör. Som framgår av avsnitt 2.4 kan standardavtalsinnehållet presenteras på i huvudsak tre olika sätt. Av dessa får främst det s.k. ”point-and-click-avtalet” anses utgöra den avtalsform som mest effektivt binder båda parterna till en prorogationsklausul. Avtalsformen förutsätter

---

394 Mål 24/76 Estasis Salotti, REG specialutgåva III s. 217, p. 7.

395 Mål 24/76 Estasis Salotti, REG specialutgåva III s. 217, p. 9.

396 Mål 24/76 Estasis Salotti, REG specialutgåva III s. 217, p. 13.

att en presumtiv medkontrahent presenteras för hela avtalet och accepterar detsamma genom att klicka på anvisat ställe på webbplatsen. Under förutsättning att prorogationsklausulen finns med i det presenterade avtalet på ett sådant sätt att det kan kontrolleras av en part som visar normal uppmärksamhet får kravet på skriftlig form anses vara uppfyllt.

Betydligt mindre troligt är det att en prorogationsklausul i ett s.k. ”clickwrap-avtal” kan anses uppfylla kraven på skriftlighet. Som framgår av GD:s avgörande i fallet *Estasis Salotti* krävs att det går att säkerställa att samstämmighet mellan parterna faktiskt förelåg. En sådan samstämmighet kan sällan konstateras när en kontrahent presenteras för prorogationsklausulen först i ett skede som ligger senare i tiden än avtalet, t.ex. vid installationen av ett datorprogram. Enbart om prorogationsklausulen såväl funnits tillgänglig och blivit hänvisad till redan vid avtalsslutet torde formkravet kunna anses uppfyllt.

Mest osäkert är det avseende den tredje varianten av standardavtal, nämligen dem som finns tillgängliga på webbplatsen innan avtalsslutet, men som inte på något sätt måste accepteras innan avtalet ingås. I Estasis Salotti-fallet är det värt att notera att GD som ovan nämnts menade att ”Det förhåller sig annorlunda om den av båda parterna undertecknade avtalstexten själv uttryckligen hänvisar till allmänna villkor som innehåller en prorogationsklausul”. Om det i samband med avtalsslutet på webbplatsen finns en hänvisning till avtalet eller till allmänna villkor som kan kontrolleras av en part som visar normal uppmärksamhet torde det vara tillräckligt för att skriftlighetskravet skall vara uppfyllt. Huruvida en dylik hänvisning kan anses vara tillräckligt tydlig torde endast kunna avgöras av omständigheterna i det enskilda fallet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att prorogationsklausuler i form av elektroniska meddelanden i en tämligen omfattande utsträckning bör kunna uppfylla kravet på skriftlighet. I det fall kraven på skriftlighet inte uppfylls är konsekvensen inte nödvändigtvis att prorogationsklausulen förklaras ogiltig. Först måste prövas om den uppfyller något av de alternativa formkraven i punkterna b) eller c). Dessa infördes först i Luganokonventionen och sedan i Brysselkonventionen genom den ändrade lydelsen i 1989 års tillträdeskonvention.

Punkten b) bygger på en praxis som parterna har utformat mellan sig. Då de flesta elektroniska avtal bygger på standardavtal finns det få möjligheter för parterna att utveckla en sådan praxis inom ramen för den elektroniska handeln. Till undantagen hör den form av elektronisk handel som bedrivs via EDI, se ovan 2.2.5. I samband härmed råder oftast ett mycket starkt förhållande mellan parterna, där möjligheten finns att utveckla en särskild praxis avseende hur prorogationsavtalen skall ingås. Denna möjlighet och eventuella exempel på sådan praxis skiljer sig inte särskilt från förhållanden som är baserade på andra omständigheter än elektronisk handel och bör således inte bedömas annorlunda.

Punkten c) innebär att man måste utreda huruvida avtalet rör internationell handel och om prorogationsklausulen är i en sådan form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till.

Att gränsöverskridande transaktioner av det slag som behandlas i detta arbete uppfyller kravet på att det skall vara fråga om internationell handel är närmast obestridligt. Därmed uppenbarar sig ett par svårbesvarade spörsmål. De prorogationsklausuler som inte uppfyllde skriftlighetskravet under punkten a) kan nämligen vara giltiga om det visar sig att de är i en sådan form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja vid handel på Internet.

Första frågan som måste besvaras är om all handel på Internet skall inordnas i ett och samma handelsbruk eller en och samma sedvana. Det som talar för att så skulle vara fallet är att det är fråga om ett väldigt stereotypt transaktionsmönster. Alla avtalsslut följer i stort samma mall där huvudinslagen är desamma: val av produkt, val av betalningsmetod, utfyllande av nödvändiga uppgifter som e-postadress eller fysisk adress, kontokortsnummer etc. Den som en gång handlat i en webbutik känner oftast väl igen sig i en annan. Dessutom är det väl bekant för den som har det minsta intresse därför att avtalets innehåll styrs av ett standardavtal vars villkor i allmänhet finns tillgängliga någonstans på webbplatsen, dvs. om man inte känner till att så är fallet får man anses ha bort känt till det.

Flera faktorer talar också mot att all webbhandel skall anses följa samma handelsbruk och sedvana. Först och främst är det inte fråga om en enda bransch som bedriver elektronisk handel. I princip kan allt köpas på Internet och det vore oriktigt att försöka inbegripa alla branscher med diverse särskilda interna branschvanor i ett och samma handelsbruk. Enligt GD skall nämligen frågan om det föreligger ett handelsbruk eller en sedvana bedömas med hänsyn till den bransch där parterna är verksamma.[397] Visserligen påpekade domstolen också att:[398]

> Frågan skall heller inte bedömas i förhållande till internationell handel i allmänhet utan i förhållande till den handelssektor där avtalsparterna utövar sin verksamhet. Handelsbruk eller annan sedvänja föreligger bland annat inom en viss sektor när aktörerna inom denna sektor allmänt och regelmässigt agerar på ett visst sätt när vissa typer av avtal ingås.

Möjligen skulle man kunna beskriva elektroniska transaktioner på Internet som en ”verksamhet inom en viss sektor” och därigenom kringgå kravet på en branschanknytning. Ett sådant argument synes inte särskilt hållbart, framför allt inte med tanke på att domstolen också betonade att även om en ömsesidig viljeförklaring inte är för handen har det alltid:

> …varit en av målsättningarna med denna bestämmelse att de berörda parterna verkligen skall ha samtyckt. Det är nämligen lämpligt att skydda den svagare avtalsparten för att undvika att forumklausuler som den ena parten ensidigt har infört i kontraktet inte upptäcks.[399]
>
> .

[397] Se mål -106/95 MSG, REG 1997 s. I-911 och mål C-159/97 Casteletti, REG 1999 S. I-1597.

[398] Se mål -106/95 MSG, REG 1997 s. I-911, p. 23.

[399] Se mål -106/95 MSG, REG 1997 s. I-911, p. 17.

Från en allmän ståndpunkt kan man konstatera att det möjligen kan förekomma handelsbruk och sedvanor inom enstaka branscher som bedriver elektronisk handel på Internet och att det för dem skulle kunna vara aktuellt att anse att en prorogationsklausul är till formen uppfylld genom att det är fråga om handelsbruk eller sedvänja som parterna kände till. En sådan inställning är emellertid inte rimlig på ett generellt plan. I och med att formkravet i punkten a) så lätt kan uppfyllas måste det ställas hårda krav på att det verkligen föreligger samtycke innan formkravet i punkten c) kan anses uppfyllt. Frågan torde främst uppkomma vid de s.k. ”point-and-click-avtalen”, varvid det är svårt att tala om samtycke innan beställaren ens har fått tillgång till avtalet.

Standardavtal utgör en stor del av den elektroniska handeln och prorogationsavtal förekommer i en väsentlig utsträckning. Detta är i sig inget märkvärdigt, många av de svårigheter som har beskrivits angående jurisdiktionsproblematiken i stort kan därmed undgås – som Stone uttrycker det: [400]

> ”In any event, it is clear that any supplier of transational services to be delivered electronically under commercial contracts would be well advised to ensure that the contracts contain a suitable jurisdiction clause complying with Article 23 of the Regulation and thus eliminating the potential excitements arising from Article 5(1).”

10.7.4 Prorogationsavtalets mateialla giltighet

Även om ett ingånget prorogationsavtal uppfyller de föreliggande formkraven kan fråga om dess materiella giltighet uppkomma, t.ex. då avtalet framkallats genom svek eller tvång eller har ingåtts av misstag. Vid sådana tillfällen finns ingen vägledning att söka i Bryssel-/Luganoreglerna. Frågan om enligt vilket lands lag det skall avgöras om avtalet är giltigt eller ej är ännu obesvarad. I litteraturen anförs *avtalsstatutet* alternativt *lex fori*.[401] Noterbart är Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser inte äger tillämpning vid utpekandet av tillämplig lag i nämnda sammanhang, jfr dess art. 1.2 d).

11 DOMSRÄTT OCH ELEKTRONISK HANDEL I AMERIKANSK RÄTT

11.1 Allmänt

Som framgår av avsnitt 5.4.3 är det vid elektroniska transaktioner framför allt *personal jurisdiction* som är av intresse, varför endast den delen av den amerikanska domsrätten som berör härtill hörande domsrättsfrågor kommer att behandlas i det följande. Den stora frågan vid diskussioner rörande denna domsrätt är huruvida enbart tillgängligheten till en webbplats skall anses medföra att ”*minimum contact*” föreligger.[402] Trots att det endast finns ett begränsat

[400] *Stone (2002)*, s. 131.

[401] *Bogdan (2004)*, s. 125.

[402] För sådana diskussioner, se t.ex. *McDougal et al.*, s. 131 ff.; *Puurunen*, avsnitt III; *Reiter at al.*, s. 504 ff.; *Rustad & Daftary*, s. 681 ff.; *Smith*, s. 347; *Østergaard (2003)*, s. 101 ff.

antal fall som rör elektronisk handel (det stora flertalet avgöranden gäller utomobligatoriska förhållanden[403]), tycks själva det faktum att den som tillhandahåller digital information är beredd att sluta avtal med personer i en viss stat tillräckligt för att vederbörande skall anses ha uppfyllt åtminstone kravet på "*purposeful availment*". I det följande presenteras inledningsvis några av de rättsfall som varit avgörande för utvecklingen varefter följer en översiktlig jämförelse med det europeiska systemet. Först skall dock betydelsen av prorogationsklausuler beröras.

11.2 Prorogationsklausuler

Huvudregeln i amerikansk rätt är att en överenskommelse mellan parterna som utpekar ett behörigt forum skall respekteras.[404] Detta framgår av såväl *Restatement, Second, Conflicts of Law* (80 §) som av den, visserligen av flertalet stater icke antagna, modellagen UCITA (section 110).

Huvudregeln är också fastslagen i praxis. I ett avgörande från 1972, *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*[405], klargjorde *Supreme Court* att prorogationsklausuler "*knowingly agreed to by competent parties*" skall accepteras. Att sådana överenskommelser inte bara är acceptabla, utan att de även kan tillmätas särskild betydelse framgår av ett senare fall, *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute.*[406] Av detta avgörande framgår dels att parterna inte behöver vara jämställda för att klausulen skall erkännas, dels att den inte heller behöver ha varit föremål för individuell förhandling. I fallet deltog en konsument i en kryssning. På biljetten framgick att alla tvister som härrörde ur avtalet skulle avgöras av domstol i Florida. Konsumenten skadade sig ombord på båten och väckte talan mot rederiet i hemstaten Washington. Vid avgörandet av klausulens giltighet menade *Supreme Court* att klausulen inte kunde anses orimlig – förutom rederiets naturliga anknytning till Florida hade käranden medgett att hon var medveten om dess existens. Att klausulen inte var ett resultat av indivduella förhandlingar var av underordnad betydelse. Ingenting tydde heller på att rederiet hade uppträtt bedrägligt eller oegentligt i förbindelsen med avtalets ingående.

Trots att fallet *Carnival Cruise Lines* inte i sig har att göra med elektronisk handel är det av stor betydelse vid frågan om giltigheten av elektroniska prorogationsklausuler. För det första visar det att överenskommelser av denna karaktär är tillåtna vid standardavtal, något som redan tidigare påpekats är allmänt förekommande vid elektronisk handel och som få torde vara omedvetna om idag. För det andra framgår det att klausulerna tillerkänns verkan även i förhållanden mellan en starkare och en svagare part. Slutsatsen kan knappast vara annan än att om ett avtal innehåller en prorogationsklausul så kommer frågor rörande behörig domstol

---

[403] Ofta är det fråga om intrång i varumärken, se t.ex. *Compuserve, Inc. v. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996).

[404] *McDougal et al.*, s. 48; *Scoles & Hay*, s. 360 ff.

[405] 407 U.S. 1 (1972).

[406] 499 U.S. 585 (1991).

sällan att aktualiseras, oavsett om det är fråga om elektronisk handel eller transaktioner av mera traditionell karaktär.[407]

11.3 Zippo-doktrinen – den glidande skalan

Även om domstolens behörighet i det stora flertalet fall kommer att bestämmas genom förekomsten av prorogationsklausuler så återstår frågan hur denna behörighet skall fastställas när nämnda klausuler saknas eller förklaras sakna verkan. De bestämmelser som härvid har varit av störst betydelse fastställdes i fallet *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*[408] Även om också detta fall rör frågan om ett utomobligatoriskt förhållande (varumärkesintrång) har vissa av domstolen fastslagna principer fått stor betydelse för hur domstolarnas behörighet skall bedömas i Internet-sammanhang av alla slag. Den berömda (cigarett-)tändartillverkaren *Zippo Manufacturing* i Pennsylvania ansåg att Internetföretaget *Zippo Dot Com* i Kalifornien begick intrång i tillverkarens varumärkesrättigheter. Internetföretaget hade förvärvat exklusiv rätt till flera domännamn som innehöll ordet "*Zippo*", bland dem "*zippo.com*". Internetföretaget hade ingen anknytning till Pennsylvania i form av etablering, anställda eller agenter – enda "kontakten" var den som möjliggjordes via webbplatsen. Webbplatsen i sig tillhandahöll bl.a. information och en möjlighet att anmäla sig till en nyhetsservice. Kunderna fick genom att uppge namn, adress och vissa andra upplysningar tillgång till en kod som gav dem tillträde till de webbsidor som innehöll den eftertraktade informationen. Betalning skedde genom att kunderna uppgav kreditkortsnummer eller via telefon. Ungefär 2 % av Internetföretagets 140 000 kunder hade hemvist i Pennsylvania. Dessutom hade Internetföretaget ingått avtal med sju Internetleverantörer (*Internet Host Providers*) i Pennsylvania för att säkerställa att de därstädes befintliga kunderna skulle ha tillgång till informationen.

Det intresseväckande med domstolens avgörande är att den etablerade en glidande skala, *sliding scale*, för att analysera i vilken utsträckning en webbplats kan medföra domsrätt i andra stater. I ena änden av skalan finns de "passiva" webbplatserna, dvs. sådana som endast återger information till besökarna. Utgångspunkten är att enbart tillgängligheten till en sådan webbplats inte i sig är tillräcklig för att vara domsrättsgrundande. I andra änden av skalan placeras sådana webbplatser som innebär att en svarande tydligt genomför transaktioner (*defendant enters into contracts with residents of a foreign jurisdiction that involve the knowing and repeated transmission of computerfiles over the Internet*). En sådan webbplats skulle generellt sett vara tillräcklig för att domstolarna i stater där kontrahenter har hemvist är behöriga. Domstolen i *Zippo*-fallet ansåg slutligen att i mitten av skalan befinner sig de webbplatser som kan kategoriseras som "*interactive…sites where a user can exchange information with the host computer*".

Vilka kriterier skall då läggas till grund för var på den glidande skalan en webbplats skall placeras? I Zippo-fallet menade domstolen att det avgörande var "*the level of interactivity and commercial nature of the exchange of information*". Av detta framgår, vilket särskilt bör betonas, att

[407] För lagvalsklausulers betydelse i amerikansk rätt vid elektronisk handel, se *Borchers*, s. 414 och *Østergaard (2003)*, s. 326.

[408] 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa.1997).

det är interaktiviteten i förhållande till webbplatsen som avses, inte till informationsleverantörens verksamhet som sådan. Att så är fallet bekräftas av några efterföljande rättsfall. I delstatsavgörandet *Dawson v. Pepin*[409] återfanns på den kandensiske svarandens webbplats några amerikanska s.k. 800-telefonnummer (motsvarande svenska 070-nummer) samt en förteckning över förhandlare i forumstaten Michigan. Trots dessa anknytningspunkter till Michigan konstaterade domstolen att webbplatsen i sig inte var interaktiv; den kategoriserades därmed som passiv och var följaktligen ej behörighetsgrundande. Ett exempel på en aktiv webbplats återfinns i fallet *Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA v. Casinoalitalia.com.*[410] Käranden, ett italienskt företag, väckte talan i Virginia mot ett i Dominikanska Republiken etablerat spelföretag med *online*-casino över Internet som specialitet. Domstolen menade sig behörig och motiverade detta med att spel via spelföretagets webbplats ägde rum dygnet runt och upprepade och pågående transaktioner ägde rum med invånare i forumstaten.

Svårigheter uppstår egentligen först när det blir nödvändigt att bedöma webbplatser som befinner sig i mitten på skalan. De två ytterligheterna, vilka skulle kunna betecknas som passiva respektive affärsidkande torde sällan orsaka några besvär. De webbplatser som t.ex. medger interaktivitet utan direkt sikte på transaktioner är svårare att bedöma. Det kan handla om möjligheten att via webbplatsen genomföra kommunikation med informationsleverantören i form av e-postmeddelanden eller t.ex. på ett öppet forum. Det kan vidare vara webbplatser som medger att användaren kan ladda ned information eller digitala produkter, en form av aktivitet som måhända är grundad på ett sådant tidigare ingånget avtal som inte kan hänföras till elektronisk handel. Dessvärre saknas vägledande rättsfall för dessa tillfällen. En mängd avgöranden på delstatsnivå tyder på att domstolarna på denna nivå använder skalan på olika sätt – i en del fall är blotta möjligheten till interaktivitet tillräcklig för att domstolen skall anse sig behörig, i andra fall kräver domstolarna åtminstone bevis för att någon i den berörda delstaten också utnyttjat denna möjlighet. Ett fall av intresse i detta sammanhang är *Neogen Corp. v. Neo Gen Screening, Inc.*[411] Svaranden, ett företag i Pennsylvania som utförde blodtester, gjorde det möjligt för kunderna att få tillgång till resultaten av testerna på en webbplats. När käranden, ett företag i Michigan, väckte talan om intrång i varumärkesrätt invände svaranden att domstolen i Michigan saknade behörighet eftersom det enbart var fråga om en passiv webbplats som tillhandahöll information. Domstolen underkände invändningen på den grund att webbplatsen var tillräckligt aktiv för att domsrätt skulle anses föreligga. Aktiviteten ifråga bestod dels av att kunderna via webbplatsen fick tillgång till ett lösenord som möjliggjorde tillgång det egna testresultatet, dels att det via webbplatsen var möjligt att fylla i ett särskilt formulär. Dessutom konstaterade domstolen att det vid fjorton tillfällen hade ingåtts avtal med invånare i Michigan.

---

409 2001 US Dist LEXIS 10074 (WD Mich March 29, 2001).

410 128 F. Supp. 2d 340 (ED Va 2001).

411 282 F.3d at 890 (2002).

Ånyo skall understrykas att de flesta fall har gällt intrång i varumärkes- och andra immaterialrättsliga rättigheter. När det gäller webbplatser på vilka det bedrivs elektronisk handel förefaller det sällan vara någon tvekan om vilken ände av skalan webbplatsen befinner sig i om det finns den minsta möjlighet till interaktivitet.[412]

11.4 Den fortsatta utvecklingen – betydelsen av ALS Scan-fallet

Den glidande skalan i Zippo-domen har senare kommit att utvecklas och synes i viss mån ha ersatts av ett nytt tänkande i fallet *ALS Scan Inc. v. Digital Service Consultants, Inc.*[413] Även detta fall rör visserligen intrång i imateriella rättigheter, men den princip som domstolen fastlägger är som i *Zippo*-fallet av så generell karaktär att den får förmodas vara grundläggande vid fastställande av jurisdiktion även vid elektronisk handel. Det avgörande uttalandet i domen har följande lydelse:

> "Thus, adopting and adapting the Zippo model, we conclude that a State may, consistent with due process, exercise judicial power over a person outside of the State when that person (1) directs electronic activity into the State, (2) with the manifested intent of engaging in business or other interactions within the State, and (3) that activity creates, in a person within the State, a potential cause of action cognizable in the State's courts. Under this standard, a person who simply places information on the Internet does not subject himself to jurisdiction in each State into which the electronic signal is transmitted and received. Such passive Internet activity does not generally include directing electronic activity into the State with the manifested intent of engaging business or other interactions in the State thus creating in a person within the State a potential cause of action cognizable in courts located in the State."

Samtidigt som den i domen tillämpade jurisdiktionsregeln är anpassad till det aktuella fallet har den givits en annorlunda formulering jämfört med *Zippo*-doktrinen. Frågan är om domstolen därmed har haft för avsikt att introducera en ny hållning till bedömningen av domstolars behörighet i Internetsammanhang. Särskilt värd att beakta är den skillnad mellan avgörandena som ligger i att domstolen i *ALS Scan*-fallet tycks finna det tillräckligt att den elektroniska aktiviteten är riktad mot en viss delstat och att denna *aktivitet* i sig faktiskt resulterat i någon slags rättsförhållande med en person bosatt i den staten. Domstolen mjukar i så fall upp det i *Zippo*-fallet m.fl. efterföljande domar uttalade kravet om att rättsförhållandet måste ha uppstått genom kommunikation med en aktiv webbplats, vilket kan ses som ett uttryck för en ändrad attityd till förhållandet aktiv-passiv.

Visserligen betonas fortfarande att "*a person who simply places information on the Internet does not subject himself to jurisdiction in each State into which the electronic signal is transmitted and received*". Men efterföljande påpekar domstolen också att "*Such passive Internet activity does not generally include directing electronic activity into the State with the manifested intent of engaging business…*" Just ordet *generally* är särskilt anmärkningsvärt. Enligt *Zippo*-doktrinen kunde en passiv webbplats aldrig grunda domstols behörighet, men den nya formuleringen tyder på att även sådana webbplatser som under *Zippo*-doktrinen karakteriseras som passiva kan komma att bedömas innebära att informationsleverantören "*directs electronic activity into the State*". Såvida de övriga kriterierna

---

[412] Jfr *Puurunen*, s. 224 och *Østergaard (2003)*, s. 105.

[413] 293 F.3d 707 (2002).

också är uppfyllda leder det till att domstolarna i den berörda staten tillerkänns behörighet i en större utsträckning än tidigare.

Vilka motiv kan då ha föranlett domstolen att omformulera jurisdiktionsprincipen? Någon egentlig anledning kan inte utläsas av fallet *ALS Scan* i sig, varför ett svar nödvändigtvis blir spekulativt. En möjlig tanke är att domstolen sökte den effekt som domen onekligen för med sig för den handel som är Internetrelaterad utan att egentligen kunna kvalificeras som elektronisk.[414] Även en passiv webbplats kan rikta sig mot en viss målgrupp i en eller flera (del-)stater. Så länge *Zippo*-doktrinen tillämpades i enlighet med sin ursprungliga tolkning var det inte möjligt att grunda en domstols behörighet trots att en sådan riktad aktivitet förelåg, men sett till ordalydelsen i *ALS Scan*-fallet synes det nu vara möjligt (givetvis under förutsättning att även de andra punkterna är uppfyllda). Domstolen kan således ha noterat att *Zippo*-doktrinen är tillkommen och utformad för att hantera de utomobligatoriska tvister som främst baseras på intrång i fr.a. immateriella rättigheter, men att samma doktrin är ett trubbigt instrument när den skall tillämpas på avtal som uppkommit till följd av en elektronisk aktivitet på en passiv webbplats.

Även om domen ger uttryck för en kursändring i utvidgande riktning kvarstår osäkerheten om vilka kriterier som skall vara för handen för att rekvisitet ”*potential cause of action*” skall kunna anses uppfyllt. Denna osäkerhet torde dock främst drabba utomobligatoriska rättsförhållanden och inte vara särskilt utbredd vid avtalsrelaterade rättsförhållanden; även med denna terminologi torde det sällan råda någon större tvekan om när aktiviteten är tillräcklig för att grunda domsrätt.

11.5 Särskilt om konsumentavtal

Konsumentskyddet är tämligen utbrett i amerikansk rätt och konsumenten omfattas även av ett visst skydd vid jurisdiktionsfrågor – vid flera tillfällen har domstolar i konsumentens hemstat givits behörighet att ta upp konsumenters talan mot säljare av varor och tjänster från andra delstater.[415] Som exempel kan nämnas avgörandet *Quill Corp. V. North Dakota*[416], i vilket ett postorderföretag ansågs ha ”minimum contacts” med en delstat där kunder beställt varor, trots att säljaren inte hade någon annan anknytning till forumstaten i form av etablering eller liknande. Vid bedömningen av när konsumenten skall tillerkännas denna möjlighet tycks storleken hos kärandens yrkande vara av stor betydelse: ”*When claims were small or moderate individual claimants frequently could not afford the cost of bringing an action in foreign forum*”.[417]

---

[414] Den passiva webbplatsen karakteriseras av att den inte är interaktiv, dvs. det är inte möjligt att via densamma kommunicera med informationsleverantören. Avsaknaden av denna möjlighet medför att det i egentlig mening inte är fråga om vare sig direkt eller indirekt elektronisk handel.

[415] Frågan behandlades av *Supreme Court* redan 1957, se *McGee v. International Life Ins. Co*., 355 US 220 (1957). Om betydelsen av fallet, se t.ex. *Puurunen*, s. 206.

[416] 504 US 298 (1992).

[417] *Borchers*, s. 413.

Den generella avsaknaden av fall som rör jurisdiktionsfrågor i samband med elektronisk handel gäller även i konsumentsammanhang. Detta gör det svårare att förutsäga i vilken utsträckning principerna i *Zippo-* respektive *ALS Scan*-fallet kan komma att tillämpas annorlunda vid de tillfällen då de appliceras på elektroniska konsumenttransaktioner. Det finns emellertid två moment som bör medföra att problemet inte skall överdrivas. För det första är prorogationsklausuler i standardavtal accepterade i amerikansk rätt. Som nämnts ovan, 11.2, gäller detta även i förhållanden mellan en starkare och en svagare part, varför det finns skäl att antaga att dessa kommer att få en avgörande betydelse även i konsumentsammanhang. För det andra, om prorogationsklausul skulle saknas, finns det ingen anledning att anta att de nämnda principerna kommer att bedömas annorlunda vid konsumentförhållanden. Redan det faktum att det genom webbplatsen tillkommit ett avtal med en person hemmahörande i forumstaten, torde i den absoluta majoriteten av fall vara tillräckligt för att uppfylla de för domstols behörighet nödvändiga kriterierna.[418]

11.5.1 En jämförelse med Bryssel I-förordningen

I såväl amerikansk som europeisk rätt finns det en strävan efter att finna en metod som är anpassad till den elektroniska handeln och som gör det möjligt att på ett välbalanserat sätt fastställa domstolars behörighet. Denna gemensamma ambition har tagit sig olika uttryck, men i mångt och mycket börjar de grundläggande formuleringarna att likna varandra alltmer. I båda systemen finns uppenbarligen en fundamental uppfattning som innebär att en domstols behörighet inte kan grundas enbart på det faktum att en webbplats i sig är tillgänglig i domstolsstaten, samtidigt som en kommersiell aktivitet gestaltad i form av elektronisk handel och riktad mot samma stat i vissa fall måste kunna komma under domstolens bedömning. Trots att problemformuleringen är i det närmaste identisk finns det vissa avgörande skillnader mellan de båda systemen.

För det första har amerikanska domstolar en vidare behörighetsram än de europeiska. Riktar någon en elektronisk aktivitet mot en delstat i syfte att utföra transaktioner i den staten är det i princip tillräckligt för att domstolarna där skall vara behöriga, särskilt om aktiviteten resulterat i att ett rättsförhållande etablerats. Detta gäller oavsett om det är fråga om konsumentförhållande eller ej. Motsvarande behörighetsgrund föreligger inte i Bryssel I-förordningen annat än i konsumentförhållanden.

För det andra har prorogationsklausuler generell verkan i det amerikanska rättssystemet och erkänns oavsett om det är ett konsumentförhållande eller ej. Detta leder förmodligen till att jurisidiktionsproblematiken vid elektronisk handel inte kommer att förorsaka några egentliga besvär i praktiken. Bryssel I-förordningen har särskilda bestämmelser till skydd för konsumenter och i den mån dessa är tillämpliga är det endast vid ett fåtal tillfällen av undantags-

418 *ib.*

karaktär som prorogationsklausuler kommer att tillerkännas någon verkan. Därmed finns det ett större behov av att fastställa regler för domstols behörighet vid elektronisk handel.[419]

För det tredje får det amerikanska systemet genom sin kasuistiska karaktär sägas ha fördelen att på ett naturligt sätt kunna anpassa sina bestämmelser till såväl omständigheterna i det enskilda fallet som till den elektroniska handelns utveckling som helhet. Ett exempel är den anpassning som *Zippo*-doktrinen genomgick i *ALS Scan*-fallet. Nackdelen är att parterna saknar den förutsebarhet som Bryssel I-förordningen erbjuder.[420]

Den främsta likheten mellan systemen, vid sidan av problemformuleringen, får sägas vara frågan om hur domstolens behörighet skall fastställas i konsumentsammanhang då prorogationsklausuler saknas eller förklaras sakna verkan. I amerikansk rätt gäller då principerna i ALS Scan-fallet nämligen att den elektroniska aktiviteten skall vara riktad mot en viss delstat, innehålla ett uttryckligt tillkännagivande av avsikten att genomföra transaktioner eller skapa annan form av *interaction* i den berörda delstaten samt att "*that activity creates, in a person within the State, a potential cause of action cognizable in the State's courts*". Denna princip är i stora drag gemensam med den som återfinns i Bryssel I-förordningen, se ovan 10.6.5. Eftersom GD ännu inte tolkat den berörda bestämmelsen råder oklarhet rörande tolkningen av bestämmelsens rekvisit. Några av dessa oklarheter, såsom frågan om vilken sorts aktivitet som skall anses tillräcklig och frågan om när aktiviteten skall anses riktad mot konsumentens hemviststat delar Bryssel I-förordningen med de amerikanska bestämmelserna. Den under 10.6.5.2 anförda diskussionen rörande betydelsen av ett existerande rättsförhållande – om det i sig skall medföra att aktiviteten ifråga är riktad mot konsumentens hemvistland eller ej – kan således aktualiseras även i amerikanska domstolar. Hur denna diskussion kommer att te sig får utvisas av framtida rättsfall.

Av särskilt intresse är vissa bestämmelser i modellagen UCITA. Trots att denna endast i obetydlig grad berör domsrättsfrågor – i Section 110 konstateras att prorogationsklausuler är tillåtna – och trots att den inte är antagen i mer än två stater är den ett uttryck för de bemödanden man gjort sig i USA för att finna lösningar på rättsliga problem vid transaktioner rörande digital information. Detta har lett till att UCITA presenterar vissa ställningstaganden och definitioner som kan vara intressanta vid diskussioner i europeisk rätt. Mot bakgrund av problematiken med fastställandet av hur uppfyllelseorten vid direkt elektronisk handel skall bestämmas, jfr ovan 10.4.6, kan konstateras att i UCITA Section 606 bestäms, såvida ej annat avtalats, uppfyllelseorten för en digital prestation till en plats hos licensgivaren:

> The place for electronic delivery of a copy is an information processing system designated or used by the licensor.[421]

---

[419] Jfr *Borchers*, s. 118.

[420] *Puurunen*, s. 245 ff.

[421] UCITA Section 606 a 2).

Bestämmelsen är svår att ta till sig eftersom definitionen av *information processing system* är vag och kan leda till att många alternativa platser aktualiseras:

> "Information processing system" means an electronic system for creating, generating, sending, receiving, storing, displaying, or processing information.[422]

Något tydliggörande av vilken av dessa anknytningspunkter som har företräde anges inte och tycks spela en mindre roll i sammanhanget. Eftersom bestämmelsen inte är internationellt privat- eller processrättslig är det antagligt att anknytningsmomentet ”uppfyllelseort” i UCITAs mening tillåts spela endast en obetydlig roll i såväl jurisdiktions- som lagvalssammanhang, i varje fall så länge orten inte är känd för motparten.

[422] UCITA Section 102 a 36).

DEL IV – LAGVAL OCH ELEKTRONISK HANDEL

12DE GRUNDLÄGGANDE PRINCPERNA

12.1 Inledning

När den behöriga domstolen skall lösa en tvist av gränsöverskridande karaktär uppstår frågan om vilket lands lag som skall tillämpas. Till sin hjälp har den kollisionsregler som via ett antal principer anger tillämplig lag för avtalet (det s.k. avtalsstatutet). Avsikten med föreliggande avsnitt är att undersöka hur dessa principer, huvudsakligen tillkomna i och formulerade för en tid då elektronisk handel var en okänd företeelse, bör förstås vid rättsförhållanden baserade på elektroniska transaktioner. De berörda bestämmelserna har presenterats allmänt, se avsnitt 6. Som där framgick är det nödvändigt att skilja mellan avtal som faller inom Romkonventionens och IKL:s respektive tillämpningsområden. Denna åtskillnad kommer att markeras på olika sätt beroende på vad som presentationsmässigt är det mest lämpliga – i vissa avsnitt kommer ett regelverk i taget att behandlas, i andra avsnitt kommer de att behandlas parallellt.

Bestämmelserna i Romkonventionen och den på Haagkonventionen vilande IKL innehöll av naturliga skäl inte några bestämmelser rörande den elektroniska handeln. Först med Internets kommersiella genombrott i mitten av 1990-talet väcktes frågor om hur Romkonventionens regler skulle appliceras vid elektroniska transaktioner. Dessa frågor jämte vissa andra av stor vikt för harmoniseringen av den internationella privaträtten på den inre marknaden har lett till att kommissionen har tagit initiativ till en diskussion rörande en revidering av bestämmelserna i samband med en eventuell omvandling av Romkonventionen till ett gemenskapsinstrument. Den allmänna ramen för diskussionen presenteras i en grönbok, i vilken också ett antal spörsmål och förslag till svar på desamma presenteras.[423] Några av dessa frågor, främst rörande konsumentskyddsreglerna, handlar om elektronisk handel. Det är således

[423] Grönbok om omvandlig av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser till ett gemenskapsinstrument och dess revidering i samband därmed. KOM(2002) 654 slutlig.

möjligt att Romkonventionen omvandlas till en ”Rom I-förordning”, i likhet med Bryssel-konventionens som omvandlades till Bryssel I-förordningen.[424]

12.2 Romkonventionens tillämpningsområde och universella karaktär

Romkonventionen är tillämplig på avtalsförpliktelser i de fall ett val skall göras mellan lagarna i olika länder. De i artikel 1.2 angivna undantagen torde inte aktualiseras vid elektronisk handel. Detta innebär att konventionen är tillämplig på alla typer av elektroniska transaktioner, med två undantag. Det första gäller de tillfällen då gemenskapsrätten har företräde, dvs. då transaktionen i fråga regleras av bestämmelser som fastställer lagvalsregler och som har eller kommer att få sin bakgrund i rättsakter utfärdade av gemenskapens institutioner, jfr art. 20. Det andra undantaget består av att konventionen är subsidiär till andra internationella konventioner, dvs. om transaktionen regleras av en sådan internationell konvention, som en konventionsstat har tillträtt eller kommer att tillträda, så inverkar inte Romkonventionen på tillämpningen av denna, jfr art. 21.

Romkonventionens regler är universella till sin karaktär, såtillvida att den lag som anvisas genom en tillämpning av konventionens bestämmelser skall tillämpas även om det är fråga om lagen i en icke fördragsslutande stat, jfr art. 2.

12.3 IKL:s tillämpningsområde och dess universella karaktär

IKL har sin bakgrund i en Haagkonvention från 1955 och är därmed en sådan internationell konvention som åsyftas av Romkonventionens art. 21. Konsekvensen är att vid transaktioner då såväl IKL som Romkonventionen är tillämpliga så äger IKL företräde. Enligt 1 § 1 st. skall IKL enbart tillämpas på köp av lösa saker, vilket skall förstås som fysiska föremål.[425] Av detta följer att lagen enbart blir tillämplig vid indirekt elektronisk handel av lösa saker. Spörsmål rörande ett datorprogram som laddas ned direkt från en server faller således utanför IKL:s tillämpningsområde. Skulle samma datorprogram däremot levereras på en cd kan lagen bli tillämplig.[426]

Enligt 1 § 2 st. undantas fyra kategorier av köp från lagens tillämpningsområde. Första punkten rör köp av registrerade fartyg och luftfartyg, avtalsobjekt som måhända inte är så vanligt förekommande vid elektronisk handel. Enligt andra punkten undantas köp av värdepapper. Med begreppet förstås alla former av skuldebrev och andra dokument som är bärare av ett omsättningsvärde.[427] Bestämmelsen innebär dessutom att köp av valuta faller utanför

---

[424] Kommissionen påpekar dock att den inte tagit ställning till om Romkonventionen behöver revideras och inte heller till om den skall omvandlas till en gemenskapsakt, se Grönboken, s. 5. I nuläget talar mycket för att så ändå blir fallet.

[425] Detta framgår av titeln på Haagkonventionens originalspråk, vilket klargör att konventionen omfattar ”ventes d'objets mobiliers corporels”. Jfr även *Bogdan (2004)*, s. 268 och *Arnt Nielsen (1997)*, s. 556.

[426] *Bogdan (2001b)*, s. 82; *Østergaard (2003)*, s. 229.

[427] *Arnt Nielsen (1997)*, s. 557, *Philip (1976)*, s. 326. Lite mindre kategorisk är *Bogdan (2004)*, s. 267, som antyder att det är något osäkert vilka värdepapper som egentligen åsyftas.

lagens tillämpningsområde. Detta torde vara utan större betydelse för den elektroniska handeln i och med att t.ex. elektroniska pengar inte omfattas av IKL redan på den grund att de inte är fysiska föremål. Punkt tre avser försäljning genom judiciell myndighets åtgärd eller i exekutiv ordning. Skulle sådan försäljning ske på elektronisk väg är IKL således inte tillämplig. Även konsumentköp undantas från IKL:s tillämpningsområde i enlighet med punkt 4. Det slags konsumentköp som åsyftas är det som omfattas av konsumentköplagen (1990:932) eller av art. 5 i Romkonventionen.

12.4 Elektroniska lagvalsavtal

12.4.1 Inledning

En inom den internationella privaträtten allmänt erkänd princip är att parterna äger utnyttja den s.k. partsautonomin och själva avtala om vilket lands lag som skall utgöra avtalsstatut.[428] Denna möjlighet framgår också explicit av såväl Romkonventionen som IKL. Eftersom elektroniska avtal till övervägande del regleras av standardvillkor, jfr avsnitt 2.4, där lagvalsklausuler normalt ingår är dessa bestämmelser av särskilt intresse.

12.4.2 Romkonventionens bestämmelser om lagvalsavtal – art. 3.

Romkonventionen ställer inga särskilda formkrav för att ett lagvalsavtal skall vara giltigt. Enda förutsättningen är att det måste ”vara uttryckligt eller med rimlig säkerhet framgå av avtalsvillkoren eller av övriga omständigheter”. Formuleringen innebär att det inte föreligger några hinder mot att ingå lagvalsavtal medelst elektroniska meddelanden.[429]

De särskilda frågeställningar, som ovan beskrivits i avsnitt 10.7 rörande förekomst och giltighet av prorogationsavtal, kan också göras gällande vid lagvalsavtal. Skulle fråga uppkomma rörande förekomst eller giltighet av parternas samtycke till att en viss lag skall vara tillämplig skall denna avgöras enligt bestämmelserna i Romkonventionens art. 8, 9 och 11. Med tanke på den utbredda förekomsten av lagvalsklausuler och deras betydelse för den elektroniska handeln kommer nämnda frågeställningar och de berörda artiklarna att behandlas särskilt, se nedan avsnitt 13 och 14.

12.4.3 IKL:s bestämmelser om lagvalsavtal – 3 §

För att en lagvalsklausul skall vara tillämplig enligt IKL ställs något högre krav än vad som är i fallet i Romkonventionen. Parterna äger enligt 3 § ”genom uttrycklig bestämmelse överenskomma att lagen i visst land skall tillämpas på köpet”. Vidare framgår att en dylik överenskommelse är giltig även om den ”eljest framgår av avtalet”. Inte heller dessa krav kan emellertid på något sätt vara oförenliga med överenskommelser om tillämplig lag som ingås medelst elektroniska meddelanden. Spörsmål som gäller huruvida ett giltigt lagvalsavtal har

[428] Allmänt om lagvalsavtal, se *Lando (1981)*, s. 109 ff.

[429] *Mehrings*, s. 616; *Østergaard (2003)*, s. 370.

kommit till stånd är som nämnts en för den elektroniska handeln betydelsefull fråga och skall enligt 3 § 2 st. avgöras av den lag som utpekas av lagvalsavtalet. Problematiken behandlas nedan, se avsnitt 13 och 14.

12.5 Romkonventionens bestämmelser om tillämplig lag i avsaknad av lagvalsavtal – art. 4

12.5.1 Inledning

I litteraturen har det hävdats att partsautonomin utnyttjas relativt sällan.[430] Detta må vara sant i de flesta sammanhang, men eftersom standardvillkor innehållande lagvalsklausuler är mera regel än undantag vid elektronisk handel råder sannolikt det omvända förhållandet i den elektroniska avtalsvärlden. Trots detta förekommer såväl standardavtal som individuella avtal där lagvalsklausuler lyser med sin frånvaro. Vid sådana tillfällen måste tillämplig lag fastställas på objektiv väg. Traditionellt har uppgiften då varit att identifiera det land till vilket avtalet har närmast anknytning, för att sedan låta detta lands lag reglera avtalet. Denna princip styr också det objektiva lagvalet i Romkonventionen, medan bestämmelsen i IKL är mera strikt utformad, se nedan 12.6.

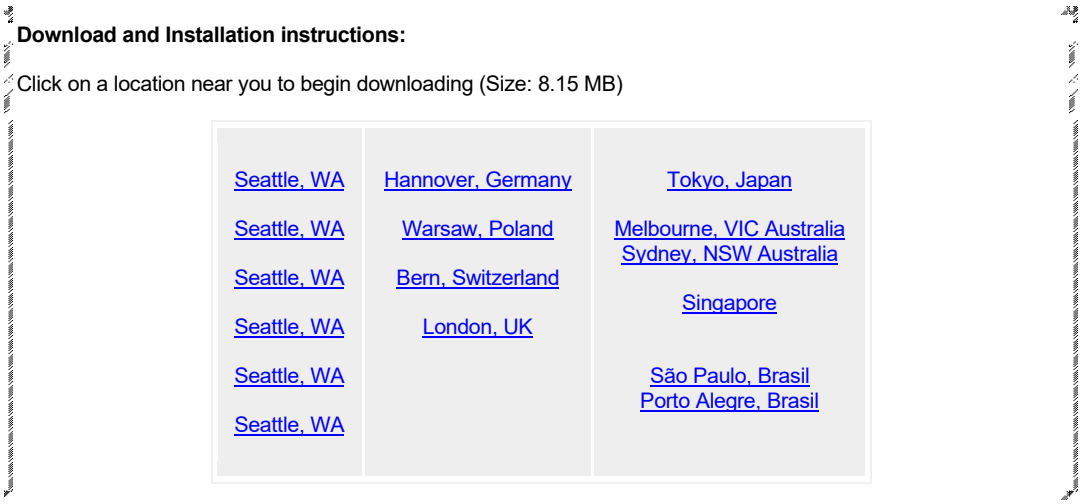
De frågeställningar som Romkonventionens art. 4 kan ge upphov till vid elektronisk handel kan åskådliggöras med följande exempel: antag att Bob i Lund är i behov av att i sin näringsverksamhet kunna spela upp film och ljud på sin dator. Därför skaffar han sig en för ändamålet passande s.k. mediespelare i form av ett datorprogram. Valet faller på en Realplayer från det amerikanska företaget RealNetworks Inc. i Seattle, USA.[431] Transaktionen har följande förlopp: Bob går in på realplayers webbplats och anger vilken mediespelare han vill ha. Bob får uppge namn, adress och kreditkortkortsnummer, det sistnämnda för betalningens skull. Därefter kan Bob ladda ned spelaren till sin dator direkt via Internet. När så skall ske visas en webbsida med följande utseende:[432]

---

[430] *Bogdan (2004)*, s. 251.

[431] Se www.real.com. (senast besökt 2004-09-09).

[432] Tabellen är hämtad från http://forms.real.com/real/realone/realone.html?type=eva1&rppr=rnwk&src=012804freeplayer (senast besökt 2004-09-09).



Bob väljer att ladda ned spelaren från servern i Hannover. Vid en eventuell tvist uppstår frågan om vilket lands lag som är tillämplig på avtalet mellan Bob och RealNetworks. Om tvisten förs vid svensk domstol och om man antar att lagvalsavtal saknas blir Romkonventionens art. 4 tillämplig.

12.5.2 Huvudregeln: närmast anknytning – art. 4.1

Ett avtal skall enligt art. 4 p. 1 vara underkastat ”lagen i det land det har närmast anknytning till”. För att kunna fastställa detta land tillämpas en metod som i princip innebär att man gör en avvägning mellan samtliga i avtalet ingående moment som på något sätt anknyter till ett visst land (den sk. individualiserande metoden) De moment som kan aktualiseras utgörs av faktorer som parternas hemvist och medborgarskap, avtalets språk, den valuta i vilken betalning skall erläggas, andra rättsförhållanden mellan parterna etc. Vid tillfällen av elektronisk handel torde det sällan vara nödvändigt att göra en sådan prövning för att fastställa till vilket land avtalet har närmast anknytning, eftersom detta i allmänhet kan avgöras i enlighet med den presumtionsregel som återfinns i art. 4 p. 2.

12.5.3 Presumtionsregeln i art. 4.2 – den karakteristiska prestationen

En tillämpning av huvudregeln i p.1 ger måhända det mest rättvisande resultatet i varje enskilt fall, men den är också behäftad med nackdelen att det är svårt för parterna att på förhand avgöra vilken vikt domstolen kommer att tillmäta varje enskil anknytningsmoment. I exemplet med Bob och RealNetworks är det närmast omöjligt att förutse huruvida faktorer som t.ex. att avtalet är utformat på engelska och att programmet tillhandahölls av ett amerikanskt företag skall anses väga tyngre än att betalningen skedde från ett svenskt konto och att programmet är avsett att användas i Sverige.

Den bristande förutsebarheten kan till viss del undvikas genom tillämpning av presumtionsreglerna i art. 4 p. 2-4. Den för den elektroniska handeln intressanta regeln återfinns i p. 2 och gäller för nästan alla slags avtal som omfattas av konventionen:

> 2. Med förbehåll för vad som föreskrivs i punkt 5 skall det antas att avtalet har närmast anknytning till det land där den part som skall utföra den prestation som är karakteristisk för avtalet har sin vanliga vistelseort vid avtalsslutet eller, om det gäller ett bolag, en förening eller en annan juridisk person, sin centrala förvaltning. Om avtalet ingås som ett led i denna parts affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, skall detta land dock vara det land där det huvudsakliga verksamhetsstället är beläget eller, om enligt avtalet prestationen skall fullgöras från ett annat verksamhetsställe, det land där det andra verksamhetsstället är beläget.

Presumtionsregeln är behäftad med vissa allmänna oklarheter.[433] En viktig sådan är att det inte alltid är klart vid vilka tillfällen avtalet ”fullgörs” från ett annat verksamhetsställe. Tveksamhet föreligger också rörande det faktum att presumtionsregeln kan åsidosättas om det framgår av de samlade omständligheterna att avtalet har närmare anknytning till ett annat land, jfr art. 4.5 (behandlas nedan), eftersom det är oklart under vilka omständigheter en sådan ”närmare anknytning” är för handen. Dessa oklarheter påverkar även bedömningen av presumtionsregelns tillämpning vid elektronisk handel.

Det första steget är att klargöra vilken part som vid elektroniska transaktioner utför den för avtalet karakteristiska prestationen. Därefter måste klargöras vilka kriterier som skall läggas till grund för avgörandet av var denna part har sin vanliga vistelseort alternativt sin centrala förvaltning. Eftersom elektroniska avtal i en omfattande utsträckning ingås som ett led i en näringsverksamhet kan det också vara nödvändigt att undersöka om något verksamhetsställe i bestämmelsens mening kan aktualiseras vid tillämpningen.

För att kunna genomföra det första steget, dvs. fastställa vilken part som utför den för avtalet karakteristiska prestationen, måste först den karakteristiska prestationen identifieras. Härmed avses den prestation som karaktäriserar avtalet, vilket naturligast är naturaprestationen, dvs. den förpliktelse som inte innebär pekuniär ersättning.[434] Vid indirekt elektronisk handel är det oftast fråga om köp av lös egendom eller avtal om utförande av tjänst. Gäller köpet lösa saker är det typiskt sett säljarens prestation som är den karakteristiska och därmed leder presumtionen till att dennes lag blir tillämplig på avtalet. Det finns i sammanhanget anledning att erinra om att presumtionsregeln i normalfallet inte aktualiseras vid köp av lösa saker eftersom sådana avtal omfattas av IKL:s tillämpningsområde. Endast undantagsvis prövas denna typ av avtal i enlighet med Romkonventionens art. 4.[435] Vid avtal om utförande av tjänster utförs den karakteristiska prestationen typiskt sett av den part som enligt avtalet skall utföra tjänsten.

---

433 Se t.ex. *Plender & Wilderspin*, s. 113 ff.

434 Allmänt om förståelsen av den karakteristiska prestationen i Romkonventionens art. 4.2, se t.ex. *Giuliano, M & Lagarde, P.*; Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, s. 20 ff.; *Kaye*, s. 178 ff.; *Lando (1981)*, s. 188 ff.; *Plender & Wilderspin*, s. 116 ff.; *Pålsson (1998)*, s. 54 ff.

435 Så är t.ex. fallet om avtalet rör ett konsumentköp och Romkonventionens art. 5 inte finner tillämpning. Likaså om det är fråga om köp av bl.a. värdepapper då sådana avtal är undantagna från IKL:s tillämpningsområde, jfr 1 § 2 st.

Även vid direkt elektronisk handel utförs den karakteristiska prestationen som utgångspunkt av den part som tillhandahåller antingen en tjänst eller en digital produkt och/eller rätten att använda densamma. Som framhölls ovan under 10.4.3 är detta särskilt tydligt vid upplåtande av datorutrymme eller tillhandahållande av information eller till exempel ett s.k. skräddarsytt datorprogram[436] medan osäkerheten ökar vid sådana avtal som innebär att den digitala produkten laddas ned till användarens dator, som t.ex. datorspel och andra datorprogram, film, musik etc. (jfr. grupp b-d i avsnitt 2.3.2 ovan). Som nämnts i avsnitt 8 kan tre prestationer urskiljas i dessa avtal, nämligen tillhandahållandet av produkten, rätten att använda produkten samt betalningen. Eftersom det saknas anledning att betrakta den pekuniära ersättningen som karakteristisk för avtalet enbart på den grund att det är fråga om elektronisk handel, kan prestationenen att erlägga betalning omedelbart sorteras bort från den vidare diskussionen.

Frågan är nu vilken av de båda återstående prestationerna som är karakteristisk för avtalet. I traditionella sammanhang, vid t.ex. ett köp av en cd med musik, är den karakteristiska prestationen att leverera den fysiska bäraren, oftast en cd. Det är emellertid tveksamt om själva tillhandahållandet av produkten kan ses som mest karakteristisk när transaktionen innebär att musiken laddas ned till användarens dator. Det aktivitetsmoment som är en förutsättning för att leveransen av fysiska bärare skall kunna ske upphör närmast att existera vid direkt elektronisk handel. Vid det traditionella köpet måste säljaren aktivt ombesörja att det fysiska exemplaret levereras till köparen, men någon motsvarande aktivitet är inte nödvändig då en användare på egen hand laddar ned en produkt från en server. Vid det senare tillfället avlägsnas inte ens exemplaret från den tillhandahållande parten, i stället skapas en ny kopia i användarens dator. En tillhandahållande parts enda aktivitet är att göra det möjligt att ladda ned den digitala produkten från en server, därefter kan denne förhålla sig passiv. Utan vidare aktivitet från hans sida kanske det därefter dag laddas ned ett närmast obegränsat antal exemplar av produkten till användares datorer. Oavsett om det är ett eller hundra exemplar det är fråga om så är ”leveransen” av dessa ingenting han behöver engagera sig i.

Som även framhölls i avsnitt 8 ändras alltså förutsättningarna för transaktioner med digitala produkter i och med avlägsnandet av den fysiska bäraren; fokus flyttas från varan till licensavtalet, dvs. *från* produkten *till* rätten att använda produkten. De ändrade förutsättningarna gäller inte endast ”leveransen” av produkten utan också vissa upphovsrättigheter. Den fysiska bäraren innebär att vissa förfoganderätter ”följer” exemplaret. Ett sådant exemplar får t.ex. fritt spridas vidare av förvärvaren eftersom upphovsmannens rättigheter i detta avseende *konsumeras*. Motsvarande rätt att sprida verksexemplaret vidare saknas när det förvärvas elektroniskt eftersom denna upphovsrättsliga rättighet *inte* konsumeras när det är fråga om ett exemplar av ett verk som saknar fysisk bärare, jfr avsnitt 8.5.4.

[436] Jfr avsnitt 8.4 ovan.

Mot bakgrund av ovanstående blir konklusionen att det centrala vid direkt elektronisk handel är licensavtalet och inte förpliktelsen att tillhandahålla den digitala produkten. Därmed kommer lagvalsfrågan att beröra upphovsrättsliga aspekter, en kombination som är erkänt besvärlig.[437] Utgångspunkten synes vara att det är *rättighetsinnehavarens* prestation som är den karakteristiska vid ett licensavtal.[438] Det kan finnas skäl att diskutera undantag från denna utgångspunkt under förutsättning att licensavtalet innebär förpliktelser av en sådan art att *licenstagarens* prestation karaktäriserar avtalet i en större omfattning än tjänsteleverantörens prestation. Om däremot licenstagarens enda förpliktelse är att erlägga betalning, som t.ex. är fallet i exemplet med Bob och RealNetworks, är det odiskutabelt så att det är RealNetworks som utför den karakteristiska prestationen.[439] Motsvarande princip torde gälla för den absoluta majoriteten av de avtal som präglar den direkta elektroniska handeln.

12.5.4 Presumtionsregeln i art. 4.2 – verksamhetsstället

Utgångspunkten är sålunda att det är licensgivaren som genom att tillhandahålla en licens utför den för avtalet karakteristiska prestationen. Enligt presumtionsregeln är det lagen i det land där denne kan anses ha sin *vanliga vistelseort* alternativt sin *centrala förvaltning* som blir tillämplig på avtalet.

För fysiska personer får den vanliga vistelseorten anses utgöras av personens hemvist (angående denna, se ovan avsnitt 7.3).[440]

Är det fråga om en juridisk person gäller i stället att fastställa den ort där den centrala förvaltningen är belägen. Här tillstöter en komplikation, nämligen andra momentet i art. 4.2:

> Om avtalet ingås som ett led i denna parts affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, skall detta land dock vara det land där det huvudsakliga verksamhetsstället är beläget eller, om enligt avtalet prestationen skall fullgöras från ett annat verksamhetsställe, det land där det andra verksamhetsstället är beläget.

Klart är att avtalet ingås som ett led i RealNetworks affärsverksamhet. Mindre klart är vad som avses med det ”huvudsakliga verksamhetsstället” respektive ”ett annat verksamhetsställe”. Kan begreppen förstås så att även servern i Frankfurt kan komma ifråga som verksamhetsställe? Någon definition av de olika ”verksamhetsställena” återfinns inte i Romkonventionen och någon generell vägledning om hur de skall förstås tillhandahålls varken av praxis eller i de officiella kommentarerna.[441] Direkt synes två tolkningsmöjligheter vara för handen.[442] Antingen kan tolkningen grundas på förståelsen av motsvarande begrepp i Bryssel

---

[437] *Strömholm*, s. 320 f.

[438] Se *Kaye*, s. 182 f.; *Lando (1981)*, s. 314 f., *Pålsson (1998)*, s. 61.

[439] Jfr *Lando (1981)*, s. 315 ff.

[440] Jfr *Pålsson (2002)*, s. 90 f., som anför att begreppen från svensk synpunkt ter sig ”närmast som synonyma”.

[441] *Kaye*, s. 185, anför att “Place of business will inevitably give rise to questions of interpretation”.

[442] En tredje möjlig tolkning anförs av *Østergaard (2003)*, s. 234, som menar att en ”nærmere fastlæggelse af begrebernes retlige indhold i tilfælde af tvivl må ske efter kontraktens lex causae”. Detta antagande förefaller mindre sannolikt, inte minst mot bakgrund av bestämmelsen i Romkonventionens art. 18 om en enhetlig tolkning och tillämpning konventionens regler.

I-förordningen[443] eller så bör de ges en för Romkonventionen autonom tolkning.[444] Till stöd för det första alternativet finns vissa yttranden, som kort innebär att framför allt den generella tolkningen av Romkonventionen bör följa samma mål som den egentliga EG-rätten och att nämnda tolkning kommer att präglas av de principer som gäller för Brysselkonventionen (idag, Bryssel I-förordningen).[445] Vidare har vissa begrepp i Romkonventionen t.o.m. getts en utformning som är identiska med Brysselkonventionens i syfte att undgå varje möjlig missuppfattning vid tolkningen av den förstnämnda.[446] Denna tolkningskoherens gäller dock inte i obegränsad omfattning. Det är nödvändigt att fästa avseende vid att Romkonventionen och Brysselkonventionen fyller olika syften, varför det inte kan tas för givet att uttryck eller begrepp skall ges samma innehåll vid tillämpningen av de båda regelverken.[447] Det sistnämnda har också bekräftats av GD som vid en omvänd situation, där fråga gällde tolkningen av ett begrepp i Brysselkonventionen, valde att inte ta intryck av definitionen av ett motsvarande begrepp i Romkonventionen.[448]

För egen del håller jag det för lämpligast att de båda verksamhetsställena som utgångspunkt skall tolkas på samma sätt som i Bryssel I-förordningen, dvs. mot bakgrund av det innehåll som åsyftas i EG-fördraget och som redogjorts för ovan, avsnitt 7.4.2. Att så bör vara fallet är motiverat med tanke på att det handlar om grundläggande begrepp som är avgörande vid tillämpningen av flera bestämmelser för såväl domsrättsändamål som lagvalsändamål. En gemensam tolkning av så fundamentala begrepp ger en stabil grund för förståelsen av deras innebörd, inte bara i internationellt privat- och processrättsliga sammanhang, utan även inom EG-rätten som helhet. Denna konklusion gäller främst begreppet ”det huvudsakliga verksamhetsstället” som terminologiskt är likalydande såväl i Romkonventionen som i gemenskapsfördragets art. 48.

I vilken utsträckning konklusionen också kan anses omfatta begreppet ”annat verksamhetsställe” är dock något osäkert. Här skiljer terminologin sig åt mellan de båda regelverken: i Romkonventionen används just ”annat verksamhetsställe”, medan det i Bryssel I-förordningen i stället talas om ”filial, agentur eller annan etablering”. Om bristen på överensstämmelse i ordalydelsen är avsiktlig framgår inte, men enbart att så är fallet ger upphov till tveksamheter.

---

[443] Jfr t.ex. *Bogdan (1998)*, s. 835: ”Det är enligt min mening troligt, men ingalunda givet, att EG-domstolen skulle tolka Romkonventionens verksamhetsställe på samma sätt som Brysselkonventionens filial, agentur eller annan etablering.” Eftersom GD saknar behörighet att tolka konventionen är det fråga om ett uttalande *de sententia ferenda*.

[444] Jfr t.ex. *Dicey & Morris*, s. 1239: ”It is suggested that [the expressions] be given an autonomous common-sense interpretation”.

[445] *Plender & Wilderspin*, s. 31; *Pålsson (1998)*, s. 25.

[446] *Giuliano, M & Lagarde, P.*; Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, s. 11.

[447] *Plender & Wilderspin*, s. 31; *Pålsson (1998)*, s. 25.

[448] Mål 32/88 Six Constructions Ltd v. Humbert [1989] ECR 341. *Plender & Wilderspin*, s. 31, menar att ”The reasoning appears to have been that the considerations applicable to the choice of law are not in all respects identical to those applicable to jurisdiction”. Jfr även *Pålsson (1998)*, s. 25.

Betydelsen av problemet är, med få undantag, sparsamt behandlat i litteratur där gränsöverskridande elektronisk handel berörs.[449] Vid indirekt elektronisk handel torde det inte vara tal om några svårigheter – fullgörs prestationen från ett verksamhetsställe är det i allmänhet fråga om ett lager eller en plats där material och utrustning för utförande av tjänster befinner sig. Har båda parterna vid avtalets ingående insikt om att prestationen kommer att utföras från ett sådant verksamhetsställe finns det ingen anledning att inte tillämpa Romkonventionens art 4.2 på samma sätt som gäller för icke-elektroniska avtal.[450]

Vid direkt elektronisk handel blir bedömningen svårare. Detta framgår av t.ex. rättsförhållandet mellan Bob och RealNetworks. Att fastställa RealNetworks ”huvudsakliga verksamhetsställe” orsakar inga problem, det framgår av webbplatsen att det är fråga om Seattle.[451] Som framgick av beskrivningen valde emellertid Bob att ladda ned mediespelaren från servern i Hannover. Innebär det att RealNetworks prestation skall anses ”fullgöras från ett annat verksamhetsställe” än det huvudsakliga verksamhetsstället i Seattle? I så fall skall enligt presumtionsregeln tysk lag utgöra avtalsstatut. Sett till ordalydelsen och det faktiska skeendet kan så tyckas vara fallet, åtminstone i den utsträckning servern i Hannover tillerkänns status som verksamhetsställe. Såvitt kan bedömas bör dock frågan av två anledningar besvaras nekande.

För det första är det nödvändigt att beakta att det är orten för fullgörelsen av den *karakteristiska prestationen* som sökes. Som framgick av föregående avsnitt återfinns den karakteristiska prestationen i den upphovsrättsliga delen av avtalet, dvs. den som ger Bob rätt att använda programmet, och *inte* i förpliktelsen att tillhandahålla programmet. Att fastställa fullgörelseorten för nämnda karakteristiska prestation till något av de verksamhetsställen som anges i art. 4.2 låter sig inte lätteligen göras, jfr. motsvarande problematik i avsnitt 10.4.6 och 10.4.7. Att tänka på är att presumtionsregeln, som Plender & Wilderspin utttrycker det, ”*appears to seek to identify the closest connection of a contract by reference to the parties' presumed intentions.*”[452] Den ort som kommer på tal bör således inte vara överraskande för någon av parterna. I avsaknad av vägledande svar på vilken orten är förefaller den rimligaste ansatsen vara att utgå ifrån den ort där rättighetsinnehavaren har sin centrala förvaltning om denna är känd för motparten. Det är hit upphovsrätten kan hänföras och det är här beslutet att meddela licens är taget, att beslutet meddelas via en server i Frankfurt kan inte anses medföra att den berörda prestationen utförs på den orten.

För det andra synes det tveksamt om den berörda servern överhuvudtaget uppfyller de krav som bör föreligga för att det skall vara fråga om ett ”verksamhetsställe”, vare sig detta be-

---

[449] *Kropholler (2001)*, s. 450 f., konstaterar enbart att ”Für Verträge, die über das Internet abgeschlossen werden…, gilt grundsätzlich nichts anderes als bei der anknüpfung sonstiger schuldrechtlicher Verträge. *Østergaard (2003)*, s. 289, konstaterar att ”I den situation, hvor licensaftalen angår en tilladelse til at anvende et enkelt computerprogram, som licenstager downloader via Internettet, synes der ikke at være noget til hinder for at anvende formodningsregeln i Romkonventionens art. 4. stk.2.” För en mera ingående behandling, se *Bogdan (1998)*, s. 835 f. och *Lenda*, s. 99 ff.

[450] Jfr *Kropholler (2001)*, s. 450.

[451] Se www.realnetworks.com/company/contact/index.html (senast besökt 2004-09-09).

[452] *Plender & Wilderspin*, s. 115.

grepp skall tolkas på samma sätt som Bryssel I-förordningens bestämmelser rörande ”filial, agentur, eller annan etablering” eller om det skall tolkas autonomt för Romkonventionen. De krav som föreligger vid en tillämpning av Brysselreglernas bestämmelse rörande etablering är främst baserade på GD:s avgörande *Somafer*. Av detta framgår att med begreppet avses

> ”ett verksamhetscentrum som varaktigt framträder som representant för ett företag till vilket det hör, har en affärsledning och är materiellt så utrustat att det kan förhandla med tredje man på så sätt att denne – trots att han vet att det eventuellt uppkommer ett rättsförhållande med det företag till vilket centrumet hör och som har sitt säte i utlandet – inte behöver vända sig direkt till detta företag utan kan ingå avtal på platsen för det verksamhetscentrum som representerar företaget.”

Den server i Hannover, från vilken Bob laddar ned mediespelaren, kan enligt min bedömning inte anses uppfylla de krav som framgår av GD:s definition ovan. Den främsta anledningen är att tredje man inte kan vända sig direkt till denna plats och förhandla om avtalet. Varken innan eller efter Bobs besök på RealNetworks webbplats var det möjligt att sluta avtal via några av de servrar som han blev hänvisad till – möjligheten uppstod enbart genom hänvisningen från RealNetworks webbplats.

Om begreppet ”verksamhetsställe” skall tolkas autonomt för Romkonventionen är det visserligen möjligt att argumentera för att prestationen enbart skall ”fullgöras” från ett annat verksamhetsställe. Att avtalet som sådant slutits via en webbplats i USA skulle i sammanhanget vara oväsentligt. Som Kaye anför finns det en logik i att avtalet skall presumeras ha närmast anknytning till det verksamhetsställe från vilket prestationen fullgörs:[453]

> It seems logical that the place of business through which the contract is to be *effected* should be so prescribed, rather than that through which it was *negotiated*, if different, given the significance of characteristic performance under Article 4(2).

Trots denna logik är förutsättningen för regelns tillämplighet att det existerar ett ”verksamhetsställe”. Även vid en autonom tolkning måste vissa krav ställas för att denna status skall uppnås. Den verksamhet som förekommer på servern i Hannover kan närmast betecknas som en aktivitet eller en process. För att det skall vara fråga om ett ”verksamhetsställe” torde emellertid krävas att det på den berörda orten bedrivs kommersiell verksamhet av mer eller mindre självständig karaktär, vilket tydligare framgår av de utländska uttrycken för verksamhetsställe (*da. forretningssted, eng. place of business, ty. Niederlassung*). Termen ”affärsställe” kan förslagsvis utgöra en mer adekvat benämning. Att RealNetworks har valt att placera material där (och på andra servrar runt om i världen) har att göra med att företaget underlättar nedladdningen av material genom att minska den långväga trafiken på Internet. Någon vilja att i Hannover bedriva kommersiell verksamhet direkt riktad mot tredje man föreligger högst sannolikt inte.

Därmed uppkommer frågan under vilka förutsättningar verksamhetsställen i den mening som avses i Romkonventionen (och måhända även andra internationellt privat- och processrättsliga regelverk) kan etableras vid elektronisk handel. Frågan har ingående diskuterats av

---

[453] *Kaye*, s. 185.

bl.a. Bogdan[454] och Lenda[455]. Båda utgår från frågan huruvida en webbplats kan anses utgöra ett verksamhetsställe, varvid de kommer fram till olika slutsatser. Bogdan tar fasta på den webbplats som det irländska företaget Joystick etablerar under den svenska toppdomänen .se och som refererats ovan under avsnitt 9.5. I sin syn på art. 4.2 menar Bogdan att det är troligt att ”verksamhetsstället” skall tolkas på samma sätt som Brysselkonventionens ”filial, agentur eller annan etablering” och når följande konklusion:[456]

> ”Romkonventionens art. 4 punkt 2 fäster inte något avseende vid verksamhetsställets medverkan vid avtalets ingående, utan verksamhetsstället blir relevant enligt denna bestämmelse endast om den för avtalet karakteristiska prestationen skall fullgöras därifrån. Det måste alltså röra sig om avtal där prestationen kan ske elektroniskt från själva hemsidan, såsom vid nerladdning av datorprogram. I dessa fall anser jag det inte orimligt att hemsidan utgör ett verksamhetsställe i Romkonventionens mening.”

Även Lenda utgår från tolkningen av Brysselkonventionens begrepp vid förståelsen av ”verksamhetsstället” i Romkonventionen. I likhet med Bogdan utgår han ifrån de kriterier som GD ställde upp i rättsfallet *Somafer* och når även konklusionen att dessa kriterier kan vara uppfyllda, varför han inledningsvis också drar slutsatsen att en webbplats skulle kunna utgöra ett verksamhetsställe. Två orsaker medför enligt Lenda att denna inledande slutsats är felaktig. För det första innehåller e-handelsdirektivet en bestämmelse om att en webbplats i sig inte medför att det är fråga om en etablering i viss stat. För det andra för han ett resonemang om webbplatsen som en ”*negotiator*” till skillnad från det bakomliggande företaget som är en ”*effectuator*”:[457]

> “Applied to a website selling a digital product, the most plausible solution is to consider the webshop as being the negotiator, while the effectuater is the company or person behind the website making the digital products available. Consequently, the website in itself cannot be a place of business.”

Lendas skäl avseende e-handelsdirektivet är visserligen korrekt, men eftersom direktivet inte påverkar den internationella privaträtten[458] är det oklart vilken relevans den åberopade bestämmelsen kan anses ha i detta sammanhang. Dessutom råder en viss diskrepans mellan e-handelsdirektivet och Romkonventionen pga. att det förra enbart reglerar vissa aspekter av e-handeln inom EES, medan Romkonventionen är universell såvitt angår tillämplig lag. Så omfattas t.ex. inte RealNetworks webbplats av e-handelsdirektivets bestämmelser, varför det inte är givet att dessa skall tillerkännas inflytande på tillämpningen av reglerna i Romkonventionen. Det skall dock påpekas till Lendas försvar att det givetvis är tillfredsställande om de inter-

---

454 *Bogdan (1998).*

455 *Lenda.*

456 *Bogdan (1998)*, s. 835 f.

457 *Lenda*, s. 100 f.

458 E-handelsdirektivet art. 1.4.

nationellt privat- och processrättsliga lösningarna är i överensstämmelse med e-handelsdirektivets bestämmelser.

Det andra av Lendas skäl är lättare att sympastisera med. Såvitt kan bedömas ligger det i linje med min nyss framförda åsikt att den karakteristiska förpliktelsen inte utförs från servern. Huruvida uttrycken ”*negotiator*” och ”*effectuator*” är lämpliga i förklaringsmodellen vill jag låta vara osagt; möjligen underlättar de åskådliggörandet av slutsatsen och kan därmed anses fylla en funktion som förklaringsbegrepp.

Avslutningsvis måste påpekas att bestämmelsen i art. 4.2 är en presumtionsregel och denna kan åsidosättas genom en tillämpning av art. 4.5, om avtalet skulle ha en närmare anknytning till ett annat land än det som presumtionen utvisar. Följaktligen är det nödvändigt att i varje enskilt fall göra en helhetsbedömning. Det är förvisso olyckligt att man på detta sätt riskerar att förringa värdet av presumtionsregeln i art. 4.2, men denna risk är inte typisk för enbart elektroniska prestationer, utan gäller för samtliga avtal som faller under presumtionsreglernas tillämpningsområde. Eftersom GD saknar tolkningsbehörighet tolkar varje land Romkonventionens bestämmelser utifrån nationella premisser. Konsekvensen är att det inte är möjligt att generellt uttala sig om hur ”stark” eller ”svag” presumtionen är vid en helhetsbedömning, dvs. vad som krävs för att den skall åsidosättas.[459] Först när uniforma tolkningar kan tillhandahållas genom GD:s försorg, vilket förmodligen kommer att ske först när Romkonventionen omvandlas till en ”Rom I-förordning”, är det möjligt att mera konkret uttala sig om under vilka betingelser, om några, en webbplats kan utgöra ett ”verksamhetsställe”. Fram till dess är bedömningen beroende av vilken styrka den behöriga domstolen tillerkänner presumtionsregeln i relation till en helhetsbedömning av det enskilda fallet.

12.5.5 Åsidosättande av presumtionen – art. 4.5.

Romkonventionens art. 4.5 innehåller två bestämmelser. Enligt den första skall presumtionen i 4.2 inte tillämpas om det inte kan avgöras vilken den karakteristiska prestationen är. Denna bestämmelse torde vara av begränsat intresse för den elektroniska handeln, eftersom det sällan torde uppkomma några tvivel rörande den karakteristiska prestationen. Frågor kan undantagsvis uppkomma vid framför allt individuella elektroniska avtal. Vid sådana situationer finns det inga skäl att beakta att det bakomliggande rättsförhållandet uppkommit genom utväxling av elektroniska meddelanden, utan bedömningen bör ske på samma grunder som gäller generellt för samtliga typer av avtal.

Den andra bestämmelsen i art. 4.5 är av desto större betydelse, vilket inte minst framgår av föregående avsnitt. Sålunda skall presumtionen i art. 4.2 (samt även de i punkterna 3 och 4) inte gälla, ”om det framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har närmare an-

[459] Den rådande oklarheten rörande presumtionsregelns styrka har också föranlett kommissionen att i den Grönbok som utgör ett steg mot en eventuell omvandling av Romkonventionen till en Rom I-förordning, särskilt fråga om presumtionen i samband med en sådan omvandling bör stärkas och i givet fall hur så bör ske, se Grönbok om omvandlig av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser till ett gemenskapsinstrument och dess revidering i samband därmed. KOM(2002) 654 slutlig, s. 26 (fråga 10).

knytning till ett annat land". Ovan har berörts den osäkerhet som följer av att det inte på förhand är möjligt att uttala sig om vilken styrka de "samlade omständigheterna" måste uppvisa för att presumtionen skall brytas. Osäkerheten gäller oavsett vad för rättsförhållande det är fråga om och således även elektroniska avtal. Därför är det inte möjligt att uttala sig särskilt om vad som gäller för åsidosättandet av presumtioner vid sådana.

Den rättspraxis som föreligger i olika konventionsstater kan hårdraget sägas representera en av två skolor. Den första tar fasta på bestämmelsens ordalydelse, vilket innebär att det är tillräckligt att de samlade omständigheterna visar en närmare anknytning till ett annat land än den anknytning som framgår av presumtionen. Den andra skolan menar att en presumtionsregel bör ges en viss tyngd – om inte de samlade omständigheterna uppvisar en klart starkare anknytning till ett annat land, har presumtionsregeln inget egentligt värde.[460] Den förra skolan synes främst företrädas av engelska domstolar, den senare av holländska.[461] I avsaknad av svenska avgöranden på området är det inte möjligt att uttala sig om vilken av de båda skolorna en svensk domstol kan sägas tillhöra. Möjligen kan vissa antaganden göras från ett rättsfall från tiden innan Sverige tillträdde Romkonventionen. I NJA 1992 s. 823 menade HD att den i fallet gällande presumtionsregeln bör "kunna frångås om rättsförhållandet har en *klart starkare* (min kurs.) anknytning till ett annat land".[462]

Den faktiska konsekvensen av art. 4.5 är att det vid varje enskilt fall är nödvändigt att genomföra en sådan helhetsbedömning som följer av principen om den närmaste anknytningen i art. 4.1. Även vid elektronisk handel är det således nödvändigt att identifiera de moment som på ett eller annat sätt talar för att avtalet skall antas ha närmast anknytning till ett visst land. Några av de moment som vid webbaserad e-handel torde vara av störst intresse utgörs av webbplatsens språk, parternas hemvist vid avtalsingåendet, vilken valuta betalning skall erläggas i, parternas eventuella följdprestationer samt, vid indirekt elektronisk handel, avtalad plats för leverans av vara respektive utförande av tjänst.[463]

---

460 Allmänt om diskussionen rörande presumtionsreglernas styrka, se fr.a *Plender & Wilderspin*, s. 119 ff och Grönbok om omvandlig av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser till ett gemenskapsinstrument och dess revidering i samband därmed. KOM(2002) 654 slutlig, s. 26. Se även t.ex. *Dicey & Morris*, s. 1239 ff.; *Kaye*, s. 186 ff. och *Pålsson (1998)*, s. 66 f.

461 *Ib.* Problematiken illustreras på ett klargörande sätt av domarens resonemang i det engelska fallet Definitely Maybe Ltd v Lieberberg GmbH (QBD). Fallet refereras [2001] 1 WLR s. 1745.

462 Se NJA 1992 s. 823, s. 828.

463 Enligt Reich har omständigheterna i det enskilda fallet varit av så stor betydelse i rättspraxis att det inte är möjligt att göra några generella uttalanden baserade på dessa omständigheter som passar för den elektroniska handeln, se *Reich & Nordhausen*, s. 84 f.

12.6 IKL:s bestämmelser om tillämplig lag i avsaknad av lagvalsavtal

12.6.1 Inledning

Vid indirekt elektronisk handel rörande köp av lös sak äger IKL tillämpning. Vid tillfällen då lagvalsavtal enligt 3 § saknas äger 4 § tillämpning:

> ”Föreligger icke sådan överenskommelse som avses i 3 §, tillämpas lagen i det land där säljaren har hemvist då han mottager beställningen eller, om beställningen mottages vid ett säljaren tillhörigt fast driftställe, lagen i det land där detta är beläget.
>
> Lagen i det land där köparen har sitt hemvist eller där han innehar fast driftställe från vilket beställningen göres, skall dock tillämpas, såframt säljaren eller hans representant mottager beställningen i detta land.
>
> Beträffande köp på börs eller auktion skall tillämpas lagen i det land där börsen finnes eller auktionen äger rum”

Utgångspunkten är att köpet regleras av ”säljarens lag”. Avvikelse får ske endast i de fall som föreskrivs i st. 2 och 3 – någon möjlighet att åsidosätta huvudregeln, likt den som för Romkonventionens del erbjuds av bestämmelsen i dess art. 4.5, finns således inte.[464]

I det följande skall behandlas några av de frågor som en tillämpning av bestämmelserna väcker i samband med elektronisk handel. Härvid utgör fastställandet av parternas hemvist ett avgörande moment. Detta har behandlats särskilt, se avsnitt 7, och skall inte vidare beröras här. Inledningsvis kommer i stället frågan om vad som kan anses konstituera ett driftställe i lagens mening att diskuteras. Ånyo aktualiseras frågan i vad mån t.ex. en webbplats kan komma i beaktande. Nästa fråga är under vilka förutsättningar st. 2 är relevant – är det möjligt att anse ”säljaren eller hans representant” som mottagare av en beställning i köparens land när beställningen förmedlas elektroniskt? Slutligen kommer vissa problemställningar rörande Internetbaserade börser och auktioner att utredas.

12.6.2 Driftställe

Med tanke på att IKL med sin bakgrund i en Haag-konvention tillhör den traktatstyrda lagstiftningen är en naturlig utgångspunkt vid tolkningen av lagen att ta hänsyn till konventionens terminologi och syften.[465] Någon definition av begreppet driftställe (*établissement*) ges emellertid inte i Haagkonventionen, varför vägledning får sökas från annat håll. Av förarbetena till IKL framgår det att uttrycket fast driftställe ”får anses äga samma innebörd som i 10 kap. 5 § rättegångsbalken”.[466] Som framgått av avsnitt 9.5 kan en webbplats under vissa omständigheter anses utgöra ett sådant driftställe.

Någon anledning att resonera annorlunda vid bedömningen av 4 § IKL är inte för handen. Det finns visserligen ett par skillnader mellan de båda bestämmelserna, men de är mindre relevanta i sammanhanget. Den ena skillnaden gäller olikheten mellan IKL och rättegångsbalken som regelverk betraktat. Bestämmelsen i RB 10:5 angår svensk domstols behö-

---

[464] Detta kan leda till vissa mindre ändamålsenliga resultat, se t.ex. *Bogdan (2004)*, s. 269 och *Arnt Nielsen (1997)*, s. 562.

[465] Jfr *Lando (1981)*, s. 293.

[466] Prop. 1964:149, s. 23.

righet och berör således frågan om fast driftställe lokaliserat i Sverige, medan den berörda regeln i IKL, i kraft av lagens delvis universella karaktär, kan medföra att såväl svenska som utländska driftställen kommer i beaktande. Den andra skillnaden är att driftstället enligt IKL måste vara tillhörigt säljaren, varför t.ex. en fast agentur inte torde vara tillräcklig.[467]

12.6.3 ”Säljaren eller hans representant”

Det andra undantaget från huvudregeln om ”säljarens lag” gäller då en beställning har mottagits av säljaren eller hans representant i det land där köparen har hemvist. Situationen företer stora likheter med den som regleras av 10 kap. 4 § rättegångsbalken, enligt vilken svensk domstol kan vara behörig som *forum contractus*. Med stöd av den bestämmelsen kan en svarande sökas på den ort där förbindelsen ingicks, jfr avsnitt 9.4, under förutsättning att avtalet ingåtts här i riket av svaranden eller hans befullmäktigade ombud.[468] Denna förutsättning framgår inte explicit av ordalydelsen i RB 10:4, vilket kan vara en förklaring till att man i förarbetena till IKL inte hänvisar till bestämmelsen om *forum contractus*. En annan anledning kan vara att begreppet representant i IKL givits en mera extensiv tolkning än vad som kanske annars är fallet i svensk rätt. Av konventionstexten framgår att representanten kan utgöras av såväl en agent eller en handelsresande som företräder säljaren, vilket enligt förarbetena innebär att ordet representant här har en ”vidsträckt betydelse”.[469] Vid tillämpningen av bestämmelsen i IKL är det således inte nödvändigt att ombudet behöver ha fullmakt att binda säljaren.[470]

Trots att det föreligger en viss diskrepans mellan bestämmelsernas utformning, är den grundläggande samhörigheten ändå så pass stor att jag menar att bedömningen avseende tillämpningen av RB 10:4 kan läggas till grund även för tillämpningen av 4 § 2 st. IKL. Den förmodligen mest avgörande frågan vid detta ställningstagande angår förståelsen av begreppet representant. Då det som ovan framgått finns anledning att utgå ifrån att begreppet åtminstone inte skall tolkas snävare vid en tillämpning av bestämmelsen i IKL än vad som är fallet vid en tillämpning av bestämmelsen om *forum contractus* anser jag emellertid inte att frågan påverkar mitt ställningstagande.[471] Däremot är det återigen nödvändigt att beakta den skillnad som består av att den ena regeln avser svensk domstols behörighet grundad på avtal ingångna här i riket, medan den andra är en lagvalsregel som kan aktualiseras vid avtal ingångna i vilket land som helst.

---

[467] *ib.*

[468] *Dennemark*, s. 188.

[469] Prop. 1964:149, s. 23.

[470] Prop. 1964:149, s. 23

[471] Antagandet styrks dessutom av att det av propositionen till IKL framgår att tillämplig lag utgörs av *lex loci contractus,* se Prop. 1964:149, s. 23.

12.6.4 ”På börs eller auktion”

Eftersom IKL endast är tillämplig på köp av lösa saker och köp av värdepapper genom 1 § 2 st. 3 p. är explicit undantaget från lagens bestämmelser, är det köp på varubörs som avses i 4 § 3 st.[472] Den elektroniska motsvarigheten till en sådan utgörs av s.k. elektroniska marknadsplatser eller elektroniska börser (*electronic market places* respektive *electronic business-to-business exchanges*), se ovan avsnitt 2.3.4 där även elektroniska auktioner presenteras. Frågan är om begreppet ”köp på börs eller auktion” i den berörda bestämmelsen även omfattar köp på dessa elektroniska motsvarigheter.

Som framgått ovan är bestämmelsen i 4 § 3 st. ett undantag från huvudregeln i 1 st. om säljarens lag. Motivet för undantaget tycks vara att identifiera en tillämplig lag vid de tillfällen då parterna som utgångspunkt inte kan vara medvetna om varandras identitet eller hemvist, vilket icke sällan torde vara fallet vid köp på just börs eller auktion.[473] Vid sådana tillfällen förlorar huvudregeln om säljarens lag sin främsta och egentligen enda fördel, nämligen förutsebarheten för parterna. Undantagsregeln i 4 § 3 st. botar den uppkomna bristen på förutsebarhet genom att hänvisa till lagen i det land där börsen finns eller auktionen äger rum. I konsekvens med detta resonemang gäller inte undantagsregeln köp på internationella mässor, konferenser eller liknande.[474] Vid dylika arrangemang etableras sådan kontakt mellan parterna att de får sådan kännedom om varandra som är tillräcklig för att huvudregeln om säljarens lag skall kunna tillämpas.

Enligt min mening bör motsvarande principer vara avgörande för undantagsregelns tillämplighet vid köp på de elektroniska motsvarigheterna till börs och auktion. För bestämmelsens tillämplighet skulle därmed krävas att transaktionen kan genomföras utan att parterna behöver vara medvetna om varandras identitet eller hemvist. Skulle det däremot vara så att det endast är fråga om en förmedling av kontakt mellan presumtiva parter som på egen hand får slutföra avtalet finns det ingen anledning att frångå huvudregeln om säljarens lag. De båda situationerna kan exemplifieras på följande sätt:

I avsnitt 2.3.4 ställdes ett Lundaetablerat förlag inför uppgiften att ombesörja en transport av böcker till Uppsala – en transport som kopplades till en främmande transportör med outnyttjad transportkapacitet som kunde utföra uppdraget. I exemplet saknas förutsättningar för förlaget att ha någon kännedom om vilken transportör som avtalet sluts med, liksom transportören inte kan vara medveten om vilken kund som kommer att utnyttja den av honom anmälda outnyttjade transportkapaciteten. Antag att förlaget vid behov av visst papper på liknande sätt vänder sig till en pappersbörs och där registrerar sina önskemål rörande kvalitet, volym, tidsramar etc. Antag vidare att önskemålen matchar en finsk pappersleverantörs registrerade utbud, varvid den elektroniska börsen ombesörjer att avtalet sluts och papperet leve-

---

472 *ib.*

473 Jfr *Bogdan (2004)*, s. 270.

474 *Lando (1981)*, s. 294; Prop. 1964:149, s. 23.

reras till Lund. I en sådan situation råder inga möjligheter för parterna att utnyttja förutsebarheten i huvudregeln om säljarens lag i 4 § 1 st., varför undantagsregeln i 3 st. bör äga tillämpning.

Om man däremot antar att den verkstadsindustri som ligger granne med förlaget i Lund vid behov av järnplåt utnyttjar den elektroniska marknadsplatsen www.steelscreen.com är situationen annorlunda. På denna plats kan en köpare registrera sitt önskemål och detta kopplas sedan till de säljare som via sina registreringar matchar önskemålet. Men till skillnad från det fiktiva exemplet med papperet ovan sluts i detta fall inte avtalet direkt via marknadsplatsens försorg. Istället resulterar förfrågan i offerter från de säljare som har möjlighet att uppfylla önskemålet. Köparen kan välja att acceptera offerterna, att avslå desamma eller att via marknadsplatsen förhandla om villkoren med en eller flera säljare. I detta exempel är förutsättningarna sådana att parterna är medvetna om varandras identitet och hemvist, varför anledning saknas att inte låta huvudregeln i 4 § 1 st. om säljarens lag bli tillämplig.

Principerna bör gälla även vid elektroniska auktioner. Om ett engelskt företag vill pryda sina kontor med tavlor som utropas på www.svenskaauktioner.com, saknas återigen möjlighet för parterna att identifiera köpare respektive säljare. Därmed blir undantagsregeln tillämplig. Skulle det däremot vara fråga om en sådan Internetauktion där en part har möjlighet att utropa egen egendom, likt annonsering i en tidning, är auktionsplatsens enda uppgift att tillhandhålla ”annonsen” så att presumtiva köpare kan lägga bud, antingen via auktionsplatsen eller direkt till säljaren.[475] Här uppstår en sådan kontakt mellan parterna att de själva sluter avtalet och således är medvetna om varandras identitet, vilket medför att undantagsregeln ej kan anses vara tillämplig. Det bör den av naturliga skäl inte heller vara då det är ägaren av den utropade varan som själv arrangerar den elektroniska auktionen. Vare sig det är ett företag, som genom att utropa vissa varor vill locka kunder till en webbplats, eller det är någon som köper upp större partier som sedan via Internetauktioner ropas ut, saknas egentlig anledning att betrakta transaktionen som annat än ett köpeavtal mellan två parter som är medvetna om varandras identitet och hemvist. Att försäljningen rubriceras som auktion är i sig irrelevant i dessa fall.

Eftersom undantagsregeln i 3 st. kan äga tillämpning vid vissa köp på elektroniska marknadsplatser, börser respektive auktioner återstår frågan om hur dessa skall lokaliseras – för att kunna tillämpa lagen i det land där den elektroniska börsen finns eller auktionen äger rum måste den geografiska platsen för aktiviteten urskiljas. Vid denna bedömning bör man ha i åtanke att det är fråga om regler som utformades år 1955 för tillämpning vid köp på traditionella börser och auktioner. Frågan om undantagsbestämmelsens tillämpning på de elektroniska motsvarigheterna är således underkastad den osäkerhet som följer av att dessa sker *online* och ofta saknar de självklara anknytningar till en viss ort som en traditionell börs eller auktion uppvisar. Därmed inte sagt att bestämmelsen inte skulle vara tillämplig. Som ovan

[475] Jfr *Chissick & Kelman*, s. 46 f.

framgått kan det i elektroniska sammanhang vara fråga om såväl en börs som en auktion i den mening som åsyftas i bestämmelsen. Förutsättningarna för bestämmelsens tillämpning är därför för handen och i sammanhanget kan även noteras att de rättsliga frågeställningarna i grunden är desamma oavsett om det är fråga om traditionell eller elektronisk verksamhet – det handlar om att fastställa tillämplig lag när parterna saknar medvetande om varandras identitet och hemvist.

Bestämmelsens tillämpning vid köp på elektroniska börser och auktioner bör mot bakgrund av ovanstående baseras på en pragmatisk inställning. Eftersom bestämmelserna i 4 § är baserade på principen om förutsebarhet bör parternas rättmätiga förväntningar om var den elektroniska börsen befinner sig eller auktionen äger rum tillerkännas stor betydelse. Dessa förväntningar kan enligt min mening knytas till framför allt två moment. *Det första* utgörs av det land där tjänsteleverantören bakom verksamheten i fråga är etablerad. Är det fråga om en medlemsstat i EES så skall denna stat framgå av den informationsplikt som stadgas i e-handelsdirektivets art. 5 1.b. I annat fall går det i allmänhet att utläsa av villkoren på platsen. *Det andra* momentet består av den anknytning som föreligger till ett visst land med hänsyn till lokaliseringen av den lösa saken som börsen eller auktionen avser. Eftersom såväl säljare som köpare nödvändigtvis måste beakta den olägenhet som en transport av denna sak innebär, torde ytterst få avtal slutas utan att det framgår om saken befinner sig hos säljaren (vilket skulle kunna medföra att denne identifieras så att huvudregeln om säljarens lag enligt i 4 § 1 st. blir tillämplig) eller om den befinner sig på platsen för börsen eller auktionen. Det är nödvändigt att beakta att det anknytningsmoment som lokaliseringen av den köpta saken utgör kan vara behäftat med vissa svagheter eftersom denna kan befinna sig på annan plats. Vid sidan av nämnda två moment kan parternas förväntningar påverkas av den helhet som kan utläsas av faktorer som språk, valuta och eventuella anknytningar som toppdomäner eller liknande.

Det kan konstateras att förutsebarheten i sig sällan är lika klar som vid traditionella börser och auktioner, men enligt min uppfattning torde det endast undantagsvis vara några egentliga problem att knyta dessa elektroniska platser till ett visst land. I sammanhanget bör nämligen framhållas att problemets praktiska relevans i stor utsträckning begränsas av att förutsättningen för aktivitet på elektroniska börser och auktioner kräver att köpare och säljare har tilldelats medlemskap. Dessutom är detta medlemskap förenat med s.k. ”användarvillkor” som oftast innehåller materiella regler om tvistlösning och/eller såväl prorogations- som lagvalsklausler.[476] Den slutna formen innebär också att det noga klargörs vem som tillhandahåller medlemskap och var vederbörande är etablerad, vilket lämpligen får tjäna som utgångspunkt för bedömningen av verksamhetens lokalisering av den enkla grund att därigenom skapas den förutsebarhet för parterna som eftersträvas genom bestämmelserna i 4 §.

[476] Jfr not 50 ovan.

13 KONSUMENTAVTAL

13.1 Inledning

I syfte att skydda konsumenter från att vid rättsliga processer behöva ställas inför en tillämpning av främmande rätt återfinns i flera sammanhang kollisionsregler som på olika sätt medför att en konsument inte kan berövas det skydd som han åtnjuter av vissa regler i hemvistlandet. Sådana skyddsregler förekommer i Romkonventionen, men också i några andra regelverk som inte enbart reglerar lagvalssituationer. Dessa regelverk kommer att presenteras översiktligt nedan.

Skyddsreglerna för konsumenter har närmast syftet att etablera eller upprätthålla en balans mellan den förmodat starkare gruppen näringsidkare och den skyddsvärda gruppen konsumenter. Hur en sådan balans bör skapas och om de nu etablerade lösningarna tillgodoser behoven är omdiskuterat. I föreliggande avsnitt kommer de relevanta internationellt privaträttsliga konsumentskyddsbestämmelserna att analyseras. Avsikten är att identifiera vilka problemkomplex de är behäftade med samt ge förslag på hur de bör förstås vid tillämpningen på elektroniska transaktioner. Fokus kommer att ligga på Romkonventionens konsumentregler eftersom det är dessa som i huvudsak aktualiseras. Övriga bestämmelser av intresse kommer att behandlas sist i avnsittet.

Några av de mera allmänna problemen rörande elektronisk konsumenthandel, t.ex. konsumentbegreppet, parternas insikt om varandras status etc. har behandlats i samband med domsrättsproblematiken, se ovan avsnitt 10.6.2.

13.2 Romkonventionens bestämmelser om konsumentavtal – art. 5

13.2.1 Inledning

Som undantag från huvudregeln i art. 4 stadgas i Romkonventionens art 5.1 att artikeln är tillämplig på vissa konsumentavtal. Skulle det föreligga ett lagvalsavtal enligt art. 3 förblir detta i och för sig gällande, men enligt art. 5.2 kan det inte medföra ”att konsumenten berövas det skydd som tillförsäkras honom enligt tvingande regler i det land där han har sin vanliga vistelseort”. Saknas lagvalsavtal skall avtalet som helhet vara underkastat lagen i det landet, jfr. art 5.3. Ett första intryck ger vid handen att konsumenten är väl skyddad och att reglerna är lättillämpliga. Av art. 5.2 och 5.3 framgår emellertid att det endast är under vissa förutsättningar som konsumenten kommer i åtnjutande av de för honom så förmånliga bestämmelserna. Det är fråga om tre alternativa förutsättningar och de återfinns i art. 5.2. Vid elektronisk handel är det enbart de två första som är relevanta och dessa kommer att behandlas särskilt nedan.

Redan på detta stadium kan det för övrigt slås fast att bestämmelserna lämnar mycket i övrigt att önska i relation till elektronisk handel. I så gott som alla kommentarer som angår förhållandet mellan Romkonventionens art. 5 och elektronisk handel är samstämmigheten

stor avseende det faktum att det råder stor osäkerhet beträffande hur bestämmelserna skall förstås vid tillämpning på elektroniska konsumenttransaktioner.[477] Osäkerheten kan främst tillskrivas det faktum att bestämmelserna så uppenbart är formulerade för en icke-elektronisk avtalsvärld. I det följande kommer de berörda bestämmelserna att behandlas var för sig. Inledningsvis kommer effekten av att konsumentbestämmelserna enbart är tillämpliga på leverans av varor eller utförande av tjänster att belysas och därefter kommer förutsättningarna för att konsumenten skall komma i åtnjutande av skyddsreglerna i art. 5.2 att undersökas.

Som nämnts i avsnitt 10.6.3 är de här behandlade reglerna med tillhöriga problemställningar i stort desamma som dem som återfinns i Bryssel- och Luganokonventionernas (men inte i Bryssel I-förordningens) bestämmelser om konsumentforum i art. 13.3. Om inte annat nämns gäller nedanstående också för tillämpningen av den bestämmelsen.

13.2.2 Leverans av varor eller utförande av tjänster – art. 5.1

För att art. 5 överhuvudtaget skall bli tillämplig krävs att det är fråga om ett avtal rörande ”leverans av varor eller utförande av tjänster”.[478] Detta föranleder inga uppenbara problem vid indirekt elektronisk handel eftersom därvid förekommande prestationer typiskt kan kategoriseras som antingen varor eller tjänster. Vid direkt elektronisk handel är saken ofta annorlunda. När transaktionen gäller en produkt som skall laddas ned till användarens dator (jfr. grupp b-d i avsnitt 2.3.2 ovan) uppstår frågan om hur prestationen skall kategoriseras. Denna fråga har behandlats särskilt i avsnitt 8. Som där framgick kan en transaktion av nu nämnt slag sägas innehålla flera förpliktelser, häribland de två väsentliga att tillhandahålla den avtalade *produkten* samt att tillhandahålla en rätt att *använda* densamma.

Den huvudsakliga konklusionen i avsnitt 8 var att förpliktelsen att tillhandahålla produkten tycks kunna kategoriseras som en förpliktelse att tillhandahålla en *vara*, medan förpliktelsen att tillhandahålla rätten att använda produkten inte kan sorteras in i vare sig varu- eller tjänstekategorin. Mot bakgrund av dessa konklusioner får utgångspunkten anses vara att en talan som angår själva tillhandahållandet av produkten omfattas av Romkonventionens art. 5.1. Skulle en konsument väcka talan mot en näringsidkare pga. brister i produkten som sådan (t.ex. att den nedladdade filen var ofullständig) kan tillhandahållandet av filen betraktas som ett tillhandahållande av en vara

Skulle däremot den väckta talan röra själva licensavtalet, t.ex. sådana inskränkningar i rätten att använda produkten som inte framgår av detta avtal, är det fråga om avtalsförpliktelser som inte låter sig delas in i kategorier som varor eller tjänster. En sådan talan omfattas därmed inte av art. 5.1 och lagvalet får utföras med tillämpning av andra bestämmelser.[479]

Skulle domstolen inte acceptera att en talan endast kan angå en del av transaktionen ligger det i normalfallet närmast till hands att betrakta den immaterialrättsliga delen, dvs. den som

---

[477] Se t.ex. *de Cock Buning et al.*, s. 314; *Hörnle*, s. 223; *Larsson*, s. 246; *Lindskoug*, s. 893.

[478] Motsvarande ordalydelse i Bryssel- och Luganokonventionerna är ”avtal om tillhandahållande av varor och tjänster”.

[479] Jfr *Plender & Wilderspin*, s. 144 f.; *Pålsson (1998)*, s. 100.

regleras i licensavtalet, som den mest relevanta. Konsekvensen blir därvid att avtalet som helhet inte omfattas av art. 5.1.[480]

13.2.3 Ett särskilt anbud – art. 5.2 mom 1

13.2.3.1 Problemställningen

För att konsumenten skall komma i åtnjutande av de förmånliga bestämmelserna i art. 5 krävs som nämnts att vissa förutsättningar skall vara för handen. Av art. 5.2 mom. 1 framgår det inledningsvis att en sådan förutsättning kan vara att avtalet har föregåtts av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i den stat där han har hemvist eller av annonsering där. Detta är emellertid inte tillräckligt – vidare krävs att konsumenten skall ha vidtagit ”de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i det landet”.

Angående den första lokutionen, särskilt anbud, finns det ingen anledning att göra skillnad på ett anbud i elektronisk form som skickas direkt till konsumentens elektroniska brevlåda från ett anbud som i form av ett traditionellt brev skickas till konsumentens vanliga brevlåda.[481] Det är emellertid oklart vad som skall gälla i de fall då en konsument har sin elektroniska brevlåda i ett land och sitt hemvist i ett annat. Till skillnad från vanliga brev som normalt skickas till mottagarens hemvistadress, skickas elektronisk post till en elektronisk adress som inte nödvändigtvis säger något om adressatens hemvistland. Det har under senare tid blivit vanligare att Internetanvändare skaffar sig en leverantörsoberoende och permanent e-postadress som vissa Internetföretag erbjuder.[482]

Även i andra sammanhang kan en e-postadress tillknuten en utländsk toppdomän vara lockande. Många har t.ex. valt att registrera webbplatser under den lilla ögruppen Niues toppdomän ”.nu” (på så sätt kan fyndiga webbadresser som t.ex. www.bytbostad.nu erhållas). I samband härmed kan också en elektronisk brevlåda under domännamnet ”.nu” förvärvas.[483] Det verkligt intressanta med sådana domäner som Niues är att de inte administreras och styrs från respektive land. I stället blir rättigheterna uppköpta av framsynta personer från framför allt England och USA som sköter administrationen från hemmaplan – domänen ”nu.” administreras t.ex. från Sherborn, Massachusetts.

Den här relevanta frågan är om ett anbud skickat till en elektronisk brevlåda i utlandet, men som mottas och läses av en adressat som har hemvist i Sverige, skall anses utgöra ett sådant ”särskilt anbud riktat till konsumenten i det land där han har hemvist” som åsyftas i

---

480 För en sådan uppfattning, se *Larsson*, s. 96 och 249.

481 *Lindskoug*, s. 882.

482 Ex. på sådana företag är Netscape, Hotmail, Yahoo m.fl. Dessa erbjudanden blir ofta extra lockande eftersom tjänsten inte sällan är reklamfinansierad och därmed kostnadsfri för kunden.

483 Andra populära toppdomäner är ex. .tm för Turkmenistan (populär eftersom tm också är vedertagen förkortning för ”trademark”, varumärke), .to för Tonga m.fl.

konventionerna. Beroende på vilken typ av e-postanknytning som valts kan tre olika kategorier av konsumenter urskiljas (jag utgår ifrån att samtliga konsumenter har hemvist i Sverige): De som har en e-postadress tillknuten en generisk toppdomän (ex. hotmail.com), de som har en e-postadress tillknuten ett annat lands toppdomän samt de som har en e-postadress under den svenska toppdomänen ".se".

13.2.3.2 E-postadresser under generiska toppdomäner

En avsändare skulle kunna hävda att han endast skickat anbudet till det land där den elektroniska brevlådan befinner sig, vilket medför att anbudet i egentlig mening inte kan sägas vara riktat till konsumenten i den stat där han har hemvist.[484]

Frågan är vilken vikt som bör fästas vid ett sådant argument. Enligt min mening är det två saker som talar för att det är fråga om ett sådant riktat anbud som åsyftas i bestämmelsen. För det första är anbudet riktat till en viss person, även om vederbörandes namn inte alltid framgår av e-postadressen. Om säljaren utnyttjar Internets möjligheter att lämna anbud kan detta överhuvudtaget inte bli mer riktat till den presumtive köparen, konsumenten, än vad det blir via e-post. För det andra - skickar säljaren anbud till adresser under generiska toppdomäner råder han själv över det faktum att det inte längre är fråga om att han når ett visst land, hans åtgärd kan resultera i responser från konsumenter i vilket som helst av jordens länder. Den som via riktade anbud bedriver försäljningsverksamhet över Internet måste också förmodas vara så insatt i Internets uppbyggnad att han är medveten om att dessa toppdomäner hänför sig till verksamhetsområden och inte till något geografiskt begränsat område.

Det som tycks utgöra den avgörande faktorn för konsumentreglernas tillämplighet är om konsumenten rent faktiskt hämtat hem meddelandet och tagit del av det i det land där han har hemvist samt, som konventionstexterna vidare föreskriver, om han "vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna" i den staten.[485] Detta krav är närmast omöjligt att upprätthålla vid Internetbaserad elektronisk handel och den motsvarande bestämmelsen i domsrättssammanhang avlägsnades också vid omvandlingen av Brysselkonventionen till Bryssel I-förordningen, se avsnitt 10.6.5 ovan.[486] Vid en liknande omvandling av Romkonventionen är det både troligt och önskvärt att motsvarande operation blir genomförd. Vid en tillämpning av bestämmelserna i nuvarande utformning tillmäts kravet en avgörande betydelse som naturligtvis måste beaktas.

13.2.3.3 E-postadress tillknuten ett annat lands toppdomän

Om en konsument har en e-postadress under en toppdomän tillhörig ett annat land än hemvistlandet kan anbudsgivaren återigen framföra argumentet att anbudet inte riktades till honom i det land där han har hemvist. Till skillnad från en generisk toppdomän kan en nationell

---

[484] Jfr *Thunman & Åkerman*, s. 442.

[485] *Larsson*, s. 252.

[486] Jfr *Hörnle*, s. 223; *Junker*, s. 811; *Kronke*, s. 988 f.; *Larsson*, s. 252 f. Annorlunda dock, *Roth*, s. 167.

sådan nämligen i betydligt högre grad förutsättas vara tillknuten ett visst land. Jämfört med föregående fall kan anbudsgivaren därför anföra att han har fog för att förutsätta att anbudet inte skulle nås av någon utanför det land till vilket han riktat sina anbud, och att, för det fall så skulle ske, konsumentreglerna inte skulle vara tillämpliga.

Det är ovisst i vilken utsträckning konventionernas konsumentregler kan bli tillämpliga vid sådana tillfällen. Om säljaren är, eller borde vara, medveten om att han med sitt anbud direkt når konsumenter utanför det genom toppdomänen utpekade landet bör det dock åligga honom att klargöra i vilken utsträckning det avgivna anbudet begränsar sig till konsumenter med hemvist i den aktuella staten. Skulle konsumentens adress sålunda vara tillknuten toppdomänen ".nu" eller annan toppdomän vars administration överlåtits till företag i utlandet kan han förmodligen vinna viss framgång med att hävda att det i Internetkretsar är allmänt känt att domänen inte har något med det aktuella landet att göra och att den närmast präglas av en internationell karaktär, motsvarande den som kännetecknar de generiska toppdomänerna.

På så sätt kan man återigen hävda att säljaren själv råder över det faktum att hans anbud inte enbart riktar sig till konsumenter från ett visst land, utan först och främst konsumenter utanför detta land. Detta kan förmodligen också utläsas av anbudets utformning – oftast torde det vara präglat av att säljaren är medveten om att han inte vänder sig till en person som är bosatt i en ögrupp i Stilla havet. Därmed talar också det mesta för att konsumentreglerna skulle vara tillämpliga.

Annorlunda är det vid de tillfällen då konsumenter tillknutna den nationella toppdomänen verkligen kan förutsättas ha hemvist det berörda landet. Ett anbud riktat till e-postadresser under toppdomänen ".se" kan t.ex. förutsättas att enbart nå personer med hemvist i Sverige.

Exempel på motsatsen finns emellertid nära till hands, nämligen bland de utländska studenter som tillbringar en eller två terminer vid Juridiska fakulteten i Lund och därvid erhåller en e-postadress under domänen jur.lu.se. Skulle dessa studenter erhålla ett anbud från en säljare i ett annat land är det mycket som talar för att konsumentreglerna inte är tillämpliga eftersom anbudet inte riktats till dem där de har hemvist, något som en godtroende säljare vid avsändandet av anbudet skäligen kunde förutsätta att de hade.

13.2.3.4 E-postadress tillknuten hemvistlandets toppdomän

Om en konsument med hemvist i Sverige har en e-postadress under domänen ".se" och en utländsk säljare skulle skicka ett anbud till nämnde konsument, bör situationen inte vara annorlunda än om säljaren skickat anbudet med brev på traditionellt vis. Konsumentreglerna blir således direkt tillämpliga.

13.2.3.5 En kommentar

Indelningen av konsumenterna i tre olika kategorier fyller förmodligen sin främsta funktion som teoretisk modell. Jag har i ett tidigare sammanhang ifrågasatt huruvida det överhuvudta-

get är ändamålsenligt att klassificera anbudsmottagarna i olika kategorier.[487] De då anförda argumenten är fortfarande gällande: En tjänsteleverantör kan inte, oavsett intention, vara säker på att nå enbart personer i ett visst land vid avsändandet av e-postmeddelanden, såvida dessa inte skicka till en klart definierad och på förhand känd grupp adressater. Väljer avsändaren likväl att förmedla sitt anbud genom att rikta det direkt till konsumenter via Internet så måste han anses ha accepterat att anbudet kan få en internationell spridning.[488] Vill avsändaren undvika detta har han fortfarande möjligheten att begränsa sitt anbud till konsumenter inom ett visst geografiskt område genom att i samband med anbudet klargöra att det endast omfattar personer med hemvist i visst land.

Enligt min uppfattning bör förståelsen av de gällande reglerna i elektroniska sammanhang innebära att man söker upprätthålla en balans mellan konsumenter och näringsidkare. För att ett sådant upprätthållande skall vara möjligt är det nödvändigt att beakta att tjänsteleverantörer som bearbetar marknaden genom personligt riktade anbud har erhållit stora fördelar genom Internets etablerande. Utan denna teknik skulle de svårligen kunna nå sina adressater på ett lika snabbt och billigt sätt – därmed får utgångspunkten vara att de också måste acceptera ekvivalenta olägenheter vid användandet av tekniken.[489]

En lösning motsvarande den som etablerades i Bryssel I-förordningen innebär att konsumentskyddsreglerna blir tillämpliga om näringsidkaren riktar sin kommersiella verksamhet mot (bland andra) konsumentens hemvistland och om avtalet faller inom ramen för den berörda verksamheten, jfr ovan avsnitt 10.6.5. Denna lösning är kanske inte den mest lyckade, men i ett praktiskt perspektiv är den mera anpassad till den elektroniska handeln än vad som är fallet med nu gällande regler i Romkonventionen. Oavsett om motsvarande lösning kommer att etableras i en eventuell Rom I-förordning eller inte, bör en framtida bestämmelse enligt min mening utgå ifrån att den som avger ett anbud via Internet riktat till viss person i dennes egenskap av konsument får acceptera att konventionens konsumentregler blir tillämpliga.

13.2.4 Annonsering där – art 5.2 mom 1

13.2.4.1 Problemställningen

Som framgick ovan kan de för konsumenten förmånliga konsumentbestämmelserna bli tillämpliga om avtalet föregås av annonsering i konsumentens hemvistland. Vid tidpunkten för bestämmelsens formulering rådde knappast några tvivel om när annonsering i ett visst land var för handen. Annonsering i tidningar, via direktreklam eller i biograf etc. kan utan större svårighet knytas till ett visst land. Mera osäkert är vad som skall anses gälla för annonsering

[487] *Lindskoug*, s. 886.

[488] Jfr *Larsson*, s. 251.

[489] Jfr *Mankowski (1999)*, s. 236; *Lindskoug*, s. 886; *Roth*, s. 175.

på webbplatser. Skall det faktum att all världens webbsidor kan nås från Sverige innebära att annonsering på dessa skall ses som annonsering i Sverige?

I marknadsrättsliga sammanhang finns det principer som fastställer vad som krävs för att den svenska marknadsföringslagstiftningen skall kunna tillämpas på marknadsföring med internationell anknytning.[490] Dessa principer är emellertid inte direkt tillämpliga i internationellt privat- och processrättsliga sammanhang. Svensk marknadsföringslagstiftning är av en offentligrättslig karaktär, tillkommen för att klargöra ramarna för vad som är tillåtet och otillåtet vid kommersiell marknadsföring. Trots att frågor mellan en offentlig myndighet och ett privat rättssubjekt i vissa sammanhang kan falla in under konventionerna, är det i varje fall inte så när det handlar om att myndigheten utövar en offentligrättslig maktbefogenhet.[491] Även analoga tolkningar av marknadsföringsrättsliga regelverk har en begränsad tillämplighet. Den berörda bestämmelsen är baserad på en internationell konvention, vilken enligt art. 18 skall tolkas enhetligt och på ett för alla konventionsstater gemensamt sätt, helst oberoende av hur de enskilda konventionsstaterna väljer att tolka begreppen.

Den i och för sig lockande tanken att analogt tillämpa nationella regler om marknadsföringslagens territoriella räckvidd är därför inte utan vidare acceptabel på konventionsnivå. I stället måste vi utgå från vad som gäller rörande tolkning av konventionerna för att undersöka hur lokutionen annonsering där skall tolkas och tillämpas på Internet.

13.2.4.2 Allmänt om uttrycket "annonsering där"

Den allmänna innebörden av begreppet "annonsering där" bör ges en autonom tolkning.[492] I Giuliano/Lagarde-rapporten framhävs att säljaren måste ha vidtagit vissa åtgärder för att det skall vara annonsering i konsumentens hemvistland.[493] Som exempel nämns annonsering i tidningar, radio, TV eller biograf. Vidare kan nämnas kataloger som är riktade mot konsumentens land. Skulle en tysk konsument ingå ett avtal med ett franskt företag efter att det franska företaget har annonserat i en tysk tidning så gäller konventionernas konsumentregler. Skulle, å andra sidan, den tyske konsumenten ingå ett avtal med en engelsk firma efter att ha sett en annons i en engelsk tidning så gäller inte konventionernas konsumentregler – säljaren kan inte sägas ha vidtagit några åtgärder för att annonsera i Tyskland.[494] Det senast sagda gäller endast under förutsättning att annonsen inte var införd i en upplaga som var speciellt avsedd för en internationell publik och bl.a. var riktad mot den tyska marknaden.

---

[490] Angående dessa principer, se t.ex. Ulf Bernitz, Marknadsföringslagen, Stockholm, 1997, s 30 samt Michael Bogdan i SvJT 1994 s. 277 samt, samme, i JT 1994/95 s. 905. Jfr. även förarbetena till den gamla marknadsföringslagen (1975:1418), prop. 1970:57 s 64 och 93 samt prop.1977/78:178 s 38 och 53. I propositionen till den nya lagen (prop. 1994/95:123) uttalas ingenting om en förändrad inställning beträffande här aktuella avsnitt.

[491] Jfr Pålsson (1995), s. 39 ff samt Pålsson (1998) s. 31 ff.

[492] *Lindskoug*, s. 888. Den autonoma tolkningen bör även omfatta förståelsen av motsvarande bestämmelser i Bryssel- och Luganokonventionernas art. 13.3.

[493] *Giuliano/Lagarde* s. 24.

[494] *Giuliano/Lagarde* s. 24. Se även *Pålsson (1998)*, s. 74.

Vid TV-sändningar via kabel eller satellit aktualiseras konsumentreglerna om reklamen kan anses riktad mot konsumentens hemland. Tecken på att så är fallet kan vara att köparen ges möjlighet att ringa ett telefonnummer i det landet (oftast är de aktuella ländernas telefonnummer markerade med respektive lands flagga) eller genom att priset på varan är angivet i det landets valuta.

13.2.4.3 Annonsering där – på Internet?

För att det skall vara fråga om annonsering i ett visst land så måste således säljaren aktivt ha vidtagit åtgärder för att reklamen skall vara riktad mot det landet. Skall enbart utbjudandet på en webbsida medföra att säljaren anses ha vidtagit sådana åtgärder? Bedömningsgrunderna har en så stark anknytning till dem som gäller för den nyformulerade och för elektronisk handel anpassade bestämmelsen i Bryssel I-förordningens art 15.1 c), att det som anförts avseende den bestämmelsen bör äga tillämpning även här.[495]

Vid en eventuell rättslig tillämpning av bestämmelsen i Romkonventionen synes det lämpligt att basera avgöranden på de principer som etableras vid en framtida tillämpning av den nämnda bestämmelsen i Bryssel I-förordningen.[496] Båda syftar till att avgöra huruvida verksamheter skall anses riktade mot ett visst land och vid en eventuell omvandling av Romkonventionen till Rom I-förordning är det som nämnts troligt att konsumentreglerna kommer att formuleras likt dem som finns i Bryssel I-förordningen. Att basera det internationellt privat- och processrättsliga konsumentskyddet på identiska bestämmelser i de berörda regelverken innebär flera fördelar. Främst undviker man den något prekära situationen att en part anses som konsument vid domsrättsfrågan men inte vid lagvalsfrågan eller vice versa. Vidare skapar tillämpningen av den ena bestämmelsen i det ena regelverket förutsättningar för förståelsen av motsvarande bestämmelse i det andra. På så sätt etableras en bred och tydlig bas rörande konsumentskyddets omfattning, vilket är till gagn för skapandet av en rättslig förutsebarhet. Slutligen kommer en gemensam och autonom tolkning och tillämpning av bestämmelserna att leda till att den gemensamma utformningen oftare tillämpas inför domstol än vad som varit fallet om två olika bestämmelser prövas var för sig. Därmed ökas också förutsättningarna för att upptäcka och råda bot på eventuella svagheter i bestämmelserna.

---

[495] För en mera ingående undersökning av hur uttrycket ”annonsering där” kan förstås om man bortser från Bryssel I-förordningens bestämmelser, se *Mankowski (1999)*, s. 234 ff; *Lindskoug*, s. 888 ff; *Reich & Nordhausen*, s. 88ff.

[496] För en annorlunda uppfattning, se *Schu*, s. 40 f., som menar att platserna för prestationernas fullgörande skall vara avgörande.

13.3 IKL

Sedan Romkonventionen införlivades med svensk lag faller konsumentköp inte längre under IKL:s tillämpningsområde. Romkonventionen är enligt art. 21 i och för sig subsidiär till andra konventioner som en konventionsstat ingått eller kommer att ingå, vilket för svensk del innebär att IKL, som är baserad på 1955 års Haagkonvention om internationella köp, generellt har företräde framför Romkonventionens regler. Haagkonferensens fjortonde session år 1980 antog emellertid en deklaration som innebar att de till nämnda Haagkonvention anslutna staterna fritt fick tillämpa särskilda lagvalsregler för konsumentköp, utan att för den skull göra sig skyldiga till brott mot Haagkonventionens regler.

Sverige har utnyttjat deklarationens möjligheter och har genom lag (1998:169) infört en bestämmelse i 1§ 2 st. IKL om att konsumentköp undantas från lagens tillämpningsområde.[497] Däremot blir reglerna tillämpliga när två privatpersoner handlar med varandra, t.ex. vid sådana elektroniska auktioner som inte omfattas av IKL 4 § 3 st.

13.4 Vissa särskilda lagvalsregler

Vid sidan av de internationellt privaträttsliga regelverken finns det ytterligare några lagar som innehåller lagvalsregler till förmån för konsumenter och som kan aktualiseras vid elektronisk handel. Så blir enligt 13 § konsumentavtalsvillkorslagen[498], 23 § distansavtalslagen[499] respektive 48 § konsumentköplagen[500] ett avtalsvillkor, som anger att lagen i ett land utanför EES skall tillämpas, inte tillämpligt om klausulen pekar på en lag utanför det europeiska ekonomiska samarbetsområdet. Detta gäller dock endast under förutsättning att den lag som i stället blir gällande är lagen i ett land inom det europeiska ekonomiska samarbetsområdet och att denna lag ger konsumenten ett bättre skydd. En liknande regel finns i 18 § i lag (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende:

> 18 § Om bostadslägenheten är belägen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och rättsordningen i ett land utanför samarbetsområdet är tillämplig, gäller bestämmelserna i denna lag i den mån de ger konsumenten ett bättre skydd.

Den princip som framgår av de nämnda bestämmelserna bygger ursprungligen på artikel 6.2 i direktiv 93/13/EEG och har varit föremål för diskussion.[501]

---

[497] Prop. 1997/98:14, s. 22 f.

[498] Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

[499] Lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal.

[500] Konsumentköplag (1990:932).

[501] Se (Bogdan, 1995), s. 189 f.

14 LAGVAL OCH ELEKTRONISK HANDEL I AMERIKANSK RÄTT

14.1 Allmänt

Att framföra en beskrivning av den e-handelsrelaterade lagvalsproblematiken i amerikansk rätt av mera generell karaktär, likt den som ovan i avsnitt 11 presenterade jurisidiktionsfrågorna, låter sig svårligen göras. Den främsta anledningen är att på lagvalsområdet finns inga konstitutionella krav motsvarande dem som gäller för domstols behörighet.

Lagvalsklausuler erkänns som huvudregel av delstaterna, något som kan vara av stor betydelse.[502] Vissa undantag förekommer, men i likhet med vad som beskrivits ovan i avsnitt 10.8.2 rörande prorogationsklausuler, finns det anledning att anta att det stora flertalet tillfällen lagvalsavgöranden vid tvister som härstammar från elektroniska transaktioner kommer att ske på grundval av en lagvalsklausul. Problem uppkommer endast undantagsvis när dessa kalusuler inte erkänns av domstolen eller helt saknas i avtalet. Vid dessa tillfällen är det nödvändigt för domstolarna att fastställa tillämplig lag i enlighet med gällande kollisionsregler. I avsnitt 6.4 presenterades de bestämmelser som kan sägas vara av en mer övergripande karaktär och som kan sägas ha en särskild betydelse för den elektroniska handeln, nämligen *Restatement (Second) Conflict of Laws*, *Uniform Commercial Code* (UCC) och *Uniform Computer Information Transactions Act*.

14.2 Restatement (Second) Conflict of Laws

Enligt § 187 i detta regelverk äger parterna på egen hand ingå avtal om vilken lag som är tillämplig. Vid avsaknad av sådan överenskommelse framgår det av § 188 att lagen i den stat som har "*the most significant relationship*[503] *to the transaction and the parties under the principles stated in § 6.*" Det är således två moment som spelar in – dels en tillämpning av den individualiserande metoden, dels ett beaktande av de principer som framgår av § 6.

Anledningen till att § 6 omnämns är att denna bestämmelse är av övergripande karaktär och att man vid fastställandet av tillämplig lag alltid skall beakta de i paragrafen fastställda principerna, oavsett om tvisten gäller ett kommersiellt avtalsförhållande, *tort*, en familjeangelägenhet eller någonting annat. Dessa principer är

> a) the needs of the interstate and international systems, b) the relevant policies of the forum, c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, d) the protection of justified expectations, e) the basic policies underlying the particular field of law, f) certainty, predictability and uniformity of the result, and g) ease in the determination and the application of the law to be applied.

---

[502] *McDougal et al.*, s. 333.

[503] Begreppet "*the most significant relationship*" är det som används i lagtexten. I vissa andra fall används uttrycken "*dominant contacts*", "*center of gravity*" eller "*grouping of contacts*" för denna princip. Det speciella med begreppet i *Restatement (Second) Conflicts of Law* är att här är principen definierad, jfr *McDougal et al.*, s. 337.

När *the most significant relationship* skall fastställas enligt § 188 skall således dessa principer beaktas. Vidare framgår det av § 188 p. 2 att den individualiserande metoden skall utföras med hänsyn tagen främst till ett antal angivna anknytningsmoment.[504]

> § 188 – 2. In the absence of an effective choice of law by the parties (see § 187) the contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:
>
> a) place of contracting,
>
> b) the place of negotiation of the contract,
>
> c) the place of performance,
>
> d) the location of the subject matter of the contract, and
>
> e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.
>
> These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

För ett stort antal kontraktstyper, t.ex. försäkringsavtal, vissa avtal rörande fast egendom samt avtal om vissa tjänster, finns det i de efterföljande paragraferna ett slags presumtionsregler. Hur anknytningsmomenten i § 188 p. 2 skall tillämpas på rättsförhållanden rörande elektronisk handel är oklart eftersom ledande domar saknas. Särskilt problematiskt är det att de i § 188 p. 2 angivna anknytningsmomenten utpekar fysiska platser som inte självklart kan fastställas när det gäller elektroniska transaktioner. Denna omständighet har studerats av Østergaard som i sin konklusion konstaterar att: [505]

> ”…stedet for kontraktforhandlingerne ikke længere kan indgå som ett tilknytningsmoment, og at stedet for den elektroniske aftales indgåelse næppe kan indgå som et tilknytningsmoment. Hvad angår opfyldelsesstedet påvirkes dette tilknytningsmoment ikke af [indirekte] elektronisk handel. Derimod vil løsøregenstandens placering som relevant anknytningsmoment være afhængig af, om køber på den ene eller anden måde har viden om dennes placering.”

För att kunna få en mer klar bild av hur *Restatement (Second) Conflict of Laws* kommer att tillämpas vid elektronisk handel är det nödvändigt att förhålla sig till varje delstat, vars domstolar har valt att följa regelverket, för sig. Förutom att bestämmelserna kan ha olika utseende i de delstater som använder *Restatement (Second) Conflict of Laws* eller varianter därav, försvåras överblicken ytterligare av att delstaternas domstolar i stor utsträckning har egna tolkningar av bestämmelserna. Någon fördjupning i varje delstats tillämpning av *Restatement (Second) Conflict of Laws* är av praktiska skäl inte möjlig att genomföra inom ramarna för detta arbete.

---

[504] Domstolen är inte förhindrad att även hänvisa till andra anknytningsmoment, *Cramton et al.*, s. 118; *Østergaard (2003)*, s. 198,

[505] *Østergaard (2003)*, analysen tar sin början på s. 199 ff., konklusionen presenteras på s. 210 f.

14.3 Uniform Commercial Code

Eftersom UCC enbart är tillämplig på transaktioner rörande fysiska föremål kan dess bestämmelser enbart aktualiseras vid indirekt elektronisk handel.[506] Avtal om utförande av tjänster eller sådana lesingavtal som är typiska för den direkta elektroniska handeln får således främst bedömas i enlighet med bestämmelserna i *Restatement (Second) Conflict of Laws* eller UCITA i den mån något av dessa regelverk är tillämpligt.

Även UCC har som huvudregel att parterna äger rätt att avtala om tillämplig lag:

> "Except as provided hereafter in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties. Failing such agreement this Act applies to transactions bearing an appropriate relation to this state."

Som anförts under 6.4.3 är denna bestämmelse förenad med några oklarheter, något som ytterligare framgått när bestämmelsen diskuterats i samband med elektronisk handel. Så har det t.ex. hävdats att ett Internet-företag med lätthet skulle uppfylla kraven i ett *reasonable relation*-test om detta i ett standardavtal på en webbplats väljer att hänvisa till lagen i etableringsstaten, vilket medför att etableringar i stater vilkas lagar är fördelaktiga för Internetföretagen blir särskilt lockande.[507]

För att komma samhällets krav om en anpassning till den elektroniska handeln till mötes genomgår UCC sedan några år tillbaka en revidering. När de nya reglerna kan förväntas träda i kraft är ännu oklart, men *the Drafting Committe* har rekommenderat ändringar rörande lagvalsreglerna i den nya § 1-301.[508] Det bör noteras att de föreslagna ändringarna har generell verkan och således inte är tillämpliga enbart vid elektronisk handel.

Enligt förslaget utökas partsautonomin på så sätt att parterna skulle ges full frihet att välja vilken lag som skall reglera rättsförhållandet, dvs. kravet på *reasonable relation* tas bort. Detta gäller emellertid endast avtal mellan näringsidkare. Vid konsumentavtal behålls nämnda krav, samtidigt som konsumenten i vissa fall skyddas genom att denne oavsett lagvalsavtal i vissa fall inte skall kunna berövas det skydd som tilkommer honom genom tvingande regler i antingen den stat där han har sin vanliga vistelseort eller den stat där konsumenten sluter avtalet och tar emot godset (*makes the contract and takes delivery of those goods*). Hänvisningen till uppfyllelseorten i den sistnämnda bestämmelsen torde knappast medföra några problem eftersom det är fråga om lös egendom. Att fastställa var avtalet sluts är svårare, åtminstone vid elektroniska transaktioner. Viss vägledning kan sökas i den till förslaget bifogade preliminära kommentaren:

---

[506] Även om art. 2a har rubriken "*Leases*" framgår det av definitionslistan i § 2a-103 att ""*Lease" means a transfer of the right to possession and use of goods*".

[507] *Rustad & Daftary*, s. 562.

[508] Se www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html (senast besökt 2004-09-09). Här återfinns en förteckning över samtliga artiklar i UCC, vilka stater som tillträtt de olika artiklarna samt länkar till ändringsförslag för respektive artikel.

> ”The reference in subsection (d)(2)(B) to the State or country in which the consumer makes the contract should not be read to incorporate formalistic concepts of where the last event necessary to conclude the contract took place; rather, the intent is to identify the State in which all material steps were taken by the consumer to enter into the contract.”

Kommentaren ger inte i sig någon klarhet om hur bestämmelsen är tänkt att tillämpas vid elektronisk handel – det finns sällan möjlighet för säljaren att kunna få kännedom om från vilken ort konsumenten vidtar sina dispositioner, en kännedom som bör vara för handen för att bestämmelsen skall kunna användas. Mycket talar för att den delen av konsumentreglerna fr.a. är tänkt att komma till användning vid andra transaktioner än de elektroniska. Ingenstans i UCC eller förslaget till revidering finns det något som tyder på att platsen för avtalsslutet skulle utgöra ett lämpligt anknytningsmoment vid elektronisk handel.[509]

Slutligen klargör förslaget till § 1-301 att delstaterna skall använda sina egna lagvalsregler för att fastställa tillämplig lag vid de tillfällen då parterna inte själva kommit överens om vilken lag som skall reglera avtalet.

14.4 Lagvalet och Uniform Computer Information Transactions Act

Inledningsvis är det på sin plats att erinra om att UCITA är en modellag som är tillkommen i syfte att skapa enhetliga regler för den slags digitala transaktioner som främst karakteriserar den direkta elektroniska handeln. Icke desto mindre omfattas även indirekt elektronisk handel i den mån avtalet angår ett digitalt objekt på en fysisk bärare, som t.ex. ett datorprogram som är lagrat på en cd och skickas till beställaren. Lagen är som ovan nämnts, 6.4.4, så pass kontroversiell att den endast antagits av två stater medan lagförslag förkastats i flera andra. Trots att lagen, som det ser ut nu, kommer att tillämpas endast i begränsad omfattning är dess lagvalsregler av intresse, främst därför att de ger uttryck för tänkbara lösningar på internationellt privaträttsliga problem i samband med elektronisk handel.

Lagvalet regleras i § 109 och tar sin utgångspunkt i att parterna överenskommer om vilken lag som skall tillämpas:

> **SECTION 109. CHOICE OF LAW.**
>
> (a) The parties in their agreement may choose the applicable law. However, the choice is not enforceable in a consumer contract to the extent it would vary a rule that may not be varied by agreement under the law of the jurisdiction whose law would apply under subsections (b) and (c) in the absence of the agreement.
>
> (b) In the absence of an enforceable agreement on choice of law, the following rules determine which jurisdiction's law governs in all respects for purposes of contract law:
>
> (1) An access contract or a contract providing for electronic delivery of a copy is governed by the law of the jurisdiction in which the licensor was located when the agreement was entered into.
>
> (2) A consumer contract that requires delivery of a copy on a tangible medium is governed by the law of the jurisdiction in which the copy is or should have been delivered to the consumer.
>
> (3) In all other cases, the contract is governed by the law of the jurisdiction having the most significant relationship to the transaction.

[509] Jfr *Østergaard (2003)*, s. 205

> (c) In cases governed by subsection (b), if the jurisdiction whose law governs is outside the United States, the law of that jurisdiction governs only if it provides substantially similar protections and rights to a party not located in that jurisdiction as are provided under this [Act]. Otherwise, the law of the State that has the most significant relationship to the transaction governs.
>
> (d) For purposes of this section, a party is located at its place of business if it has one place of business, at its chief executive office if it has more than one place of business, or at its place of incorporation or primary registration if it does not have a physical place of business. Otherwise, a party is located at its primary residence.

Noterbart är att konsumenter skyddas i viss utsträckning. Så kan ett lagvalsavtal enligt punkten a) inte beröva konsumenten den rätt som tvingande regler tillerkänner honom enligt lagen i den stat som vore tillämplig enligt punkterna b) och c).

Vid de tillfällen då lagvalsavtal saknas eller då det nämnda konsumentskyddet aktualiseras framgår det av punkten b) att det finns tre regler som anger hur tillämplig lag skall fastställas. *Den första regeln* återfinns i punkten b 1) och rör s.k. *access contracts*:

> "Access contract" means a contract to obtain by electronic means access to, or information from, an information processing system of another person, or the equivalent of such access."[510]

Det handlar således om sådana avtal som medger rätt till nyttjande av information. Det kan handla om möjlighet att ta del av Internettidningars artiklar, tillgång till databaser som WESTLAW, tillträde till SMHI:s väderprognoser, möjlighet att utnyttja e-postprogram som hotmail m.m.[511] Det karakteristiska med denna typ av avtal är att informationsmottagaren ställs inför ett standardavtal som måste accepteras i sin helhet för att tillträde till informationen skall medges. Som framgår av punkten b 1) skall lagen i den stat där licensgivaren var lokaliserad vid avtalets ingående vara tillämplig på avtalet. Vilken plats detta är framgår av punkten d) som torde vara tillräckligt omfattande för att uppfylla alla önskemål om förutsebarhet. Noterbart är att bestämmelsen i punkten d) fullständigt ignorerar den plats på vilken teknisk utrustning som t.ex. servern är placerad.

Den andra regeln innebär ett utökat skydd för konsumenter i vissa situationer. Enligt punkten b 2) skall ett konsumentköp som innebär att digtal information är fäst vid en fysisk bärare regleras av lagen i den stat där den fysiska bäraren levererats eller skulle ha levererats till konsumenten.[512] Om t.ex. ett datorprogram skickas till konsumenten på en cd får adressen styra lagvalet.

Den tredje regeln visar på de svårigheter som finns när det gäller lagval vid direkt elektronisk handel. Vid de tillfällen då varken den första eller andra regeln äger tillämpning hänvisas domstolen till att tillämpa lagen i den stat som har *the most significant relationship* till avtalet. Detta innebär att domstolen medelst den individualiserande metoden skall värdera vilken

---

[510] UCITA Section 102 a) 1).

[511] *Rustad & Daftary*, s. 562.

[512] UCITA Section 606 a 1): The place for delivery of a copy on a tangible medium is the tendering party's place of business or, if it has none, its residence. However, if the parties know at the time of contracting that the copy is located in some other place, that place is the place for delivery.

tyngd olika anknytningskriterier skall tillmätas, för att på så sätt fastställa tillämplig lag. Härvid kommer majoriteten av domstolarna att tillämpa *Restatement (Second) Conflict of Laws*. Vilka anknytningsmoment som därvid kommer att tillerkännas verkan skiljer sig, som i avsnitt 13.2 ovan konstaterats, mellan staterna. I detta avsnitt konstaterades också att flera traditionella anknytningsmoment var mer eller mindre olämpliga att nyttja vid användandet av den individualiserande metoden.

14.5 En jämförelse med Romkonventionen

Det amerikanska lagvalssystemet karakteriseras av att det finns i princip lika många regelverk som det finns stater, något som i princip omöjliggör en adekvat jämförelse. Några iakttagelser är dock på sin plats. I huvudsak baseras det amerikanska systemet vid elektronisk handel, oavsett vilka lagvalsregler som äger tillämpning, på principer som är tämligen likartade med de europeiska. I både USA och Europa är huvudregeln att partsautonomin skall accepteras, undantagen är i båda lägren främst koncentrerade till vissa konsumenttransaktioner. Vidare utgör tanken om avtalets närmaste anknytning till ett visst rättssystem den ledande lösningsmodellen oavsett regelverk.

Den måhända främsta skillnaden ligger i den presumtionsregel som Romkonventionen tillhandahåller i art. 4.2, men eftersom dennas betydelse är något osäker pga. den ännu okända styrkan i undantagsregeln i art. 4.5 är det inte möjligt att uttala sig om hur stor denna skillnad är i praktiken.

Svårigheten att hitta en metod att lösa lagvalsfrågorna vid elektronisk handel blir särskilt tydlig om man ser till de lösningar som i amerikansk rätt presenteras i modellagen UCITA. Till skillnad från alla andra regelverk i både Europa och USA är detta utformat speciellt för att tillgodose behovet av rättsliga lösningar vid elektronisk handel. Trots den ansträngning som ligger bakom regelverket har frågorna rörande fastställande av tillämplig lag inte givits några direkt nydanande lösningar. Bortsett från utpekande av tillämplig lag vid *access contracts* hänvisas endast till traditionella metoder som var kända sedan tidigare. Något svar på spörsmålen om vilka anknytningskriterier som är relevanta vid elektronisk handel och hur dessa kriterier skall bedömas ges inte.

Det amerikanska och det europeiska systemet har dock det gemensamt att svårigheterna inte skall överdrivas. Problemen torde såväl i USA som i Europa främst angå konsumenter. I andra sammanhang finns det förmodligen ytterst få tillfällen då en lagvalsklausul saknas. Även vid konsumenttransaktioner kommer dessa klausuler att vara vägledande i både USA och Europa. Domstolarnas uppgift är att avgöra om ett accepterande av klausulen kommer att leda till att tvingande regler till konsumentens förmån kringgås. Om så är fallet skall dessa regler tillämpas i stället.

15 ELEKTRONISKA AVTALS MATERIELLA GILTIGHET I ETT INTERNATIONELLT PRIVATRÄTTSLIGT PERSPEKTIV

15.1 Inledning

Vid vissa tillfällen kan fråga uppkomma om huruvida det elektroniska avtalet är såväl materiellt som formellt giltigt, något som kan vara av väsentlig betydelse för såväl lagvalsklausuler som för avtalet som helhet. Den internationellt privaträttsliga aspekten rör att fastställandet av vilket lands lag som skall läggas till grund för avgörandet om ett avtal överhuvudtaget är ingånget och om det delvis eller i sin helhet kan anses giltigt. Denna aspekt kommer att belysas i det följande.

Inledningsvis skall de i sammanhanget relevanta frågeställningarna presenteras. Därefter behandlas i ett internationellt privaträttsligt perspektiv det elektroniska avtalets materiella giltighet och därmed förbundna frågeställningar och slutligen motsvarande frågor angående det elektroniska avtalets formella giltighet.

Fråga om prorogationsklausulers materiella giltighet har behandlats särskilt, se ovan 10.7.4.

15.2 Allmänt om elektroniska avtals materiella giltighet

Vid gränsöverskridande avtalsverksamhet har man av tradition varit tvungen att ta hänsyn till att regler rörande avtals ingående och utformning skiljer sig åt i olika länder. Företeelser som t.ex. särskilda viljeförklaringar kan i viss utsträckning vara rättsligt bindande i ett land, men inte i motsvarande utsträckning i ett annat.

Problemet med differentierade regler i nämnda avseende är således inte nytt, men med införandet av moderna kommunikationsmedel uppträder problemet i en någorlunda ny dager. Antag t.ex. att en person med hemvist i Sverige via e-post får ett anbud från en amerikansk säljare om att ingå ett visst avtal. När svensken accepterar får han till svar att säljaren inte längre är intresserad av avtalet. Svensken menar, med hänvisning till svensk rätt, att anbudsgivaren varit bunden av sitt anbud, medan amerikanen, med hänvisning till sitt rättssystem, hävdar att så inte alls är fallet.[513] Föreligger avtal eller ej?

Ett annat exempel finner vi på närmare håll. En i Danmark bosatt person finner på en svensk säljares webbplats ett säljerbjudande där t.ex. ett datorprogram utbjuds till ett visst pris. Vid beställningen får han till svar att det angivna priset var felaktigt och att programmet rent faktiskt kostar betydligt mer. Medan enligt svensk rätt en dylik uppgift i en annons är att anse som ett sådant utbud som innebär uppfordran att avge anbud,[514] är det enligt dansk rättstradition annorlunda. Enligt dansk rätt kan nämligen den ursprungliga uppgiften vara

[513] Jfr. principen om *consideration*. Se t.ex. *Lando (1991)*, s. 30 f.

[514] Om tolkningen i elektroniska sammanhang, se *Hultmark (1998)*, s. 45 och 52. Ett påpekande om en alternativ syn framfördes av *Lehrberg*, s. 677 ff.

bindande för annonsören på samma sätt som ett ordinärt anbud.[515] Annonsering och utskick av prislistor och liknande anses dock i dansk rätt endast innebära en uppfordran att avge anbud.

I och för sig ligger det nära till hands att bedöma den svenske säljarens säljerbjudande som en annons för vilken tolkningen enligt såväl dansk som svensk avtalsrätt skulle medföra att det är fråga om uppfordran till anbud. Vid elektronisk handel är det emellertid antagligt att man enligt dansk rätt jämställer ett på en webbplats angivet pris med en prisuppgift som framsätts av en näringsidkare vid traditionell detaljhandel.[516] Därvid kan fråga uppkomma om det föreligger ett bindande avtal med innebörden att den svenske säljaren måste acceptera att sälja till det framsatta priset eller om han kan hävda att avtal ej har slutits emedan han valt att avslå ett mottaget anbud.

15.3 Avtals materiella giltighet enligt Romkonventionen

15.3.1 Inledning – Bestämmelsen i art. 8

Frågor om avtals materiella giltighet behandlas i Romkonventionens art. 8. Av art. 8.1 framgår att frågor rörande förekomsten och giltigheten av ett avtal eller en viss bestämmelse i ett avtal skall avgöras enligt den lag som skulle tillämpas enligt konventionen, om avtalet eller bestämmelsen vore giltig. Detta överensstämmer med den tradition som rådde i nordiska rättsförhållanden vid tiden före Romkonventionens tillkomst. Frågor rörande avtals ”förekomst” är typiskt sådana som gäller avtalets tillkomst, jfr. i svensk rätt avtalslagens kap. 1., medan frågor om giltigheten av ett avtal rör ämnen som normalt återfinns i 3 kap. avtalslagen.[517]

Tvistefrågor om avtalets materiella giltighet skall således bedömas enligt avtalsstatutet. Även frågor om existens och giltighet av lagvalsklausuler kan prövas enligt art. 8. Detta framgår uttryckligt av art. 3.4.

15.3.2 Elektroniska avtals materiella giltighet enligt art. 8.1

Bestämmelsen i art. 8.1 torde utan vidare svårigheter vara direkt applicerbar på avtal som ingåtts genom utväxling av elektroniska meddelanden. Frågan torde främst aktualiseras vid tvist om giltigheten av klausuler i standardavtalen. En eventuell lagvalsklausul kommer i så fall att vara vägledande för avgörandet av vilket lands (standardavtals-)rätt som skall avgöra huruvida såväl lagvalsklausulen som avtalets övriga villkor är giltiga. Skulle hela avtalet förklaras ogiltigt enligt den av lagvalsklausulen utpekade lagen, skall även följderna av ogiltigheten

---

[515] Frågan om erbjudanden på webbplatser skall betraktas som anbud eller uppfordringar att avge anbud är inte besvarad i dansk rättspraxis, men flera bedömare hävdar att sådana erbjudanden bör betraktas som anbud, se t.ex. *Andersen (2003)*, s. 759 och *Frost*, s. 365.

[516] Jfr. *Andersen (1999)*, s. 69 f.

[517] Se *Bogdan (1982)*, s. 42; *Pålsson (1998)*, s. 92 samt *Svenné Schmidt (2000)*, s. 244.

regleras enligt denna lag. Det framgår av art. 10.1e. Därmed kan man inte nå framgång med resonemanget att en ogiltigförklaring av avtalet bör leda till att lagvalsklausulen också är ogiltig och att avtalets giltighet därmed skall bedömas enligt den lag, som utgör avtalsstatut med bortseende av lagvalsklausulen.[518]

Skulle det däremot vara så, att enbart lagvalsklausulen ogiltigförklaras enligt den utpekade lagen, t.ex. för att den inte svarar mot uppställda krav i den lagens (standardavtals-)rätt, så skall domstolen bedöma avtalets förekomst och giltighet i övrigt enligt den lag som blir tillämplig med bortseende av avtalsklausulen. För svensk del skulle det innebära att övriga bestämmelser i IKL alternativt Romkonventionen får avgöra enligt vilket lands lag som avtalets förekomst och giltighet skall bestämmas. Detsamma är fallet vid de tillfällen då lagvalsklausul saknas.

15.3.3 Undantaget i art. 8.2

En obetingad användning av huvudregeln i art. 8.1 skulle kunna ge upphov till vissa oönskade konsekvenser, kanske främst i de sammanhang då parterna är ovana vid internationella rättsförhållanden. Detta har föranlett att en undantagsregel införts i art. 8.2. Här stadgas att en part kan åberopa lagen i det land där han har sin vanliga vistelseort för att få fastställt att han inte har samtyckt till avtalet eller avtalsbestämmelsen, *om det framgår av omständigheterna att det inte skulle vara rimligt att avgöra verkan av hans uppträdande enligt avtalsstatutet*. Problemet som sådant är sedan tidigare uppmärksammat i nordisk rättstradition.[519]

Bestämmelsen tar framför allt sikte på de avtal som enligt avtalsstatutet kan grundas på passivitet på endera partens sida. Genom tillämpning av regeln förhindras sålunda en situation av följande karaktär: antag att A via e-post tillsänder B ett anbud om att ingå ett avtal, för vilket A:s lands lag skulle utgöra avtalsstatut. B väljer att ignorera anbudet och lämnar vare sig accept eller avslag. Om passivitet är avtalsgrundande enligt A:s lands lag kommer A med all sannolikhet att hävda att ett bindande avtal föreligger.[520]

Orimligheten i åberopandet av ett sådant avtal har givit upphov till regleringen i art. 8.2. En diskussion huruvida avtalet är helt eller delvis giltigt enligt art. 8.1 är i dylika fall överflödig om det med hjälp 8.2 kan fastställas att det överhuvudtaget inte existerar något avtal. Undantagsregeln i art. 8.2 tar i första hand tar sikte på distansavtal, vilket gör den särskilt relevant för elektroniska transaktioner.[521]

Om man utgår från exemplet ovan med en i Danmark bosatt person som beställer en produkt som utannonserats på en webbplats av en svensk säljare, så menade denne beställare sig ha rätt att köpa varan till det utannonserade priset. Om man vidare antar att den svenske

---

[518] Se *Svenné Schmidt (2000)*, s. 245.

[519] Diskussioner kring undantag från huvudregeln har i nordisk rätt till viss del skett utifrån det norska s.k. Nittedal-målet, N. Rt. 1924.1181 H. Fallet kommenteras av *Philip (1976)*, s. 301. Se även *Lando (1981)*, s. 215 f.

[520] Jfr Giuliano, M and Lagarde, P., s. 28.

[521] Jfr Giuliano, M and Lagarde, P., s. 28.

säljaren invänder att det inte har ingåtts något avtal på den grund att dansken enbart lämnat ett anbud som säljaren ej har accepterat, så uppstår frågan om avtal föreligger eller ej.

Det finns inget hinder för en tillämpning av art. 8.2 även i fall av detta slag. I det här fallet är det förvisso inte fråga om att passivitet skulle ha framkallat avtalet, utan i stället det faktum att parternas aktiva förfarande tolkas olika enligt reglerna i respektive land. Att regeln i art. 8.2 framför allt tar sikte på orimlig bundenhet genom passivitet innebär emellertid inte att den ej skall tillämpas enbart på den grund att viss aktivitet uppvisats.[522]

Problemställningen bör därför ges följande lösning: I enlighet med art. 8.1 skall spörsmål som det här diskuterade lösas i enlighet med avtalsstatutet. Detta utgörs med största sannolikhet av svensk rätt, antingen eftersom man kan anta att den svenske tjänsteleverantören i avtalsvillkoren har infogat en lagvalsklausul med hänvisning till svensk lag, eller pga en tillämpning av Romkonventionens art. 4.2 alternativt. lagvalsbestämmelserna i IKL 4 §. Eftersom svensk rätt därmed skall läggas till grund för avgörandet om avtalets materiella giltighet har den danske medkontrahenten ingen rätt att köpa varan till det utannonserade priset.

Om man däremot antar att dansken är konsument och att den aktuella marknadsföringen enligt Romkonventionens konsumentregler i art. 5 befinns riktad till köpare också i Danmark uppstår möjligheten att avtalsstatutet utgörs av dansk rätt, vilket talar till den danske köparens fördel. Denne kan då fortsatt hävda att han accepterat ett anbud från den svenske tjänsteleverantören och att avtal därmed skulle föreligga. Om den svenske säljaren fortsatt invänder att han ej samtyckt till avtalet är hans möjligheter till framgång i princip begränsad till att med hänvisning till art. 8.2 åberopa att det inte skulle vara *rimligt* att avgöra verkan av hans uppträdande enligt avtalsstatutet.

Rimlighetsfrågan avgörs i varje enskilt fall genom en skälighetsbedömning. Vid en sådan bedömning får domstolen ta hänsyn till samtliga omständigheter i det aktuella fallet och sålunda kan bl.a. parternas erfarenhet av internationella förhandlingar och förhållanden, tidigare affärsförbindelser och eventuell sedvänja som parterna utbildat mellan sig beaktas.[523] Detta gäller även rättsförhållanden baserade på elektroniska avtal. Förutom de nämnda omständigheterna bör man beakta vilken erfarenhet parterna har av nyttjandet av elektroniska kommunikationsmedel och om det hos parterna förelegat några insikter om att den uppkomna situationen skulle kunna uppstå.

15.4 Materiell giltighet enligt IKL

Av 2 § IKL framgår att bestämmelserna i lagen inte avser köparens eller säljarens rättshandlingsförmåga och ej heller köpeavtalets form, varför det är oklart enligt vilka principer frågor

---

[522] Se *Giuliano, M & Lagarde, P.*, s. 28, vari klargörs att det *uppträdande* (conduct) som den berörda parten uppvisar "…must be taken to cover both action and failure to act by the party in question; it does not, therefore, relate solely to silence."

[523] *Pålsson (1998)*, s. 92 f.

rörande dessa områden skall behandlas. Det finns visserligen faktorer som pekar på motsatsen, men såvitt kan bedömas är det åtminstone antagligt att Romkonventionens bestämmelser blir tillämpliga.[524]

Vad angår frågor om huruvida giltigt avtal kommit till stånd måste en distinktion göras mellan lagvalsavtal och övriga frågor av materiell karaktär. Vad lagvalsavtal angår är dylika frågor explicit reglerade i 3 § 2 st. IKL: *Fråga, huruvida giltig överenskommelse om tillämpning av visst lands lag kommit till stånd, bedömes enligt lagen i detta land*, jfr ovan avsnitt 11.4.3.

Hur övriga frågor, t.ex. rörande förekomsten och giltigheten av köpeavtalet som sådant eller en bestämmelse i köpeavtalet skall lösas framgår varken av bestämmelserna i IKL eller den bakomliggande konventionstexten. Vid utarbetandet av lagtexten påpekades också denna brist av ett par remissinstanser. Ett förslag byggde då på införandet av en föreskrift som innebar att frågan huruvida giltigt avtal kommit till stånd skulle avgöras enligt den lag som enligt principerna i konventionen utpekades som tillämplig lag.[525] Att en sådan tolkning förmodligen skulle vara möjlig utan att den infördes explicit förespråkades redan 1955 av Nial och Dennemark: det ligger ”motsatsslutet nära till hands att övriga regler rörande avtalets giltighet skall bedömas enligt den lag som enligt konventionen skall vara tillämplig på köpet”. Vidare framhölls dock att ”Det kan emellertid tänkas att i något fall svenska domstolar anse en enligt konventionen tillämplig utländsk lag innehålla så otillfredsställande regler…, att de finna sig föranlåtna att i stället tillämpa svensk rätt, t.ex. rörande avtals ogiltighet på grund av svek eller ocker.”[526] Denna möjlighet skulle därmed kunna tillerkännas domstolarna utan åberopande av ordre public-regeln (art. 6 i konventionen, 6 § IKL). I propositionen uttryckte sig departementschefen (ordagrant) på samma vis när han bemötte remissinstansernas anmärkningar.[527] Nämnda tolkning har sedermera fått stöd i litteraturen såsom varande den mest praktiska.[528] Mot bakgrund av att motsvarande princip kommit till uttryck i Romkonventionen art. 8 (se här ovan), är det svårt att finna anledning till en annorlunda tolkning vid tillämpning av IKL, oavsett om det är fråga om traditionella eller elektroniska avtalsmiljöer.[529]

---

[524] Osäkerheten grundas främst på att Romkonventionens art. 21 stadgar att konventionen är subsidiär i förhållande till andra internationella konventioner som en medlemsstat har tillträtt.

[525] Se Prop. 1964:149, s. 14.

[526] Se *Nial & Dennemark*, s. 87.

[527] Se Prop. 1964:149, s. 15, 17 och, för slutgiltig kommentar, s. 26.

[528] Se *Arnt Nielsen (1997)*, s. 558; *Svenné Schmidt (2000)*, s. 272.

[529] I litteraturen har i sammanhanget t.o.m. framförts att Romkonventionen fungerar som en ”bakgrundskonvention” för Haagkonventionen om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker, se *Arnt Nielsen (1997)*, s. 558

15.5 Särskilt angående elektroniska avtals materiella giltighet vid bristande rättskapacitet eller bristande rättshandlingsförmåga

15.5.1 Bakgrund

En speciell frågeställning vid diskussion rörande avtals materiella giltighet angår bristande rättskapacitet och bristande rättslig handlingsförmåga. Frågan är enligt vilket lands lag dylika brister skall behandlas. En person som t.ex. saknar rättslig handlingsförmåga i en stat kan helt eller delvis tillerkännas sådan i andra stater. Ur svensk synvinkel aktualiseras frågeställningen i elektroniska sammanhang förmodligen främst när underåriga eller personer som är satta under förvaltarskap sluter avtal via Internet. Antag att en i Sverige bosatt 15-åring på så vis ingår ett avtal med en säljare i Utopia, ett land där 15-åringar tillerkänns full rättslig handlingsförmåga. Är 15-åringen bunden av detta avtal? För en svensk säljare är frågan likaledes intressant – antag att en 19-åring i Otupia, vars medborgare inte får rättslig handlingsförmåga förrän de fyller 21, vill ogiltigförklara ett avtal ingånget med en svensk säljare via Internet. Enligt vilket lands lag skall frågan om avtalets giltighet då avgöras?

Enligt IKL 2 § tillämpas inte denna lag på dylika frågeställningar. Inte heller Romkonventionen behandlar frågeställningar av denna karaktär – enligt art. 1.2 undantas frågor om avtals materiella giltighet som är beroende av parts rättskapacitet eller rättshandlingsförmåga, om inte annat följer av art. 11.

15.5.2 Fall då art. 11 i Romkonventionen blir tillämplig

I art. 11 behandlas tillfällen då avtal ingås mellan vissa personer som *befinner sig i samma land*. Skulle så vara fallet kan ena parten åberopa bristande rättskapacitet eller bristande rättshandlingsförmåga enligt ett annat lands lag, dock endast om den andra avtalsparten kände eller borde ha känt till bristen vid avtalets ingående.

Art. 11 omfattar endast de tillfällen då den part som åberopar bristande rättskapacitet eller bristande rättshandlingsförmåga utgörs av en *fysisk person*. För bolag, föreningar eller andra juridiska personer finns således inga begränsningar från undantaget i art 1.2 a. För dylika personer löses i stället de här diskuterade frågeställningarna på samma sätt som om parterna befann sig i olika länder. Vidare måste påpekas att om frågan rör en underårig nordisk medborgare för vilken förmynderskapet utövas i Norden så gäller inte Romkonventionen. I så fall har nämligen den nordiska äktenskapskonventionen[530] företräde (enligt art. 21 viker Romkonventionen för andra konventioner).

Bestämmelsen i art. 11 har utformats ”negativt” för att markera gränsen för tillämplighet av den lag som i övrigt utpekas av andra kollisionsregler. En godtroende medkontrahent riskerar således inte att bundenhet till avtalet förnekas på grund av att avtalsparten saknade

[530] Konvention mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap, ingången i Stockholm 6.2.1931, dock med senare ändringar. Konventionen har införlivats i svensk rätt genom förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap.

rättslig handlingsförmåga enligt eventuellt tillämplig utländsk lag. Bevisbördan avseende den onda tron åvilar den part som hävdar bristande rättslig handlingsförmåga.[531] Stadgandet torde främst ta sikte på de situationer då parterna ingår avtal *inter praesentes*, ex. vid vanliga butiksköp, eftersom part då ges en möjlighet att utifrån faktiska intryck (baserade på bl.a. utseende och uppförande) bedöma medkontrahentens status i här diskuterat avseende utifrån givna förutsättningar.

Vid elektroniska avtal torde det ytterst sällan föreligga situationer då en medkontrahent känt till eller borde ha känt till brister avseende rättskapaciteten eller den rättsliga handlingsförmågan. Möjligheten att göra sådana brister gällande i enlighet med art. 11 synes i samband med elektronisk handel vara mycket ringa.

15.5.3 Fall då art. 11 i Romkonventionen ej är tillämplig

Skulle det vara så att parterna befinner sig i olika länder finns det ingenting som begränsar verkan av undantaget i Romkonventionens art. 1.2. Detsamma gäller, som ovan nämnts, alltid då fråga uppkommer om juridisk persons bristande rättskapacitet eller bristande rättshandlingsförmåga.

Tillämplig lag vid frågor om avtals materiella giltighet som är beroende av parts rättskapacitet eller rättshandlingsförmåga får vid nu nämnda tillfällen lösas enligt respektive konventionsstats lagvalsregler.[532] För svensk del bygger reglerna på vad som inom personrätten kallas för personalstatutet, dvs. den rättsordning som berörd person har ”särskilt stark och varaktig anknytning till” och som därför bör tillämpas på frågor rörande dennes personliga förhållanden.[533] Hur fastställandet av fysiska personers personalstatut bör ske är en gammal diskussionsfråga inom den internationella privaträtten. Frågan rör främst huruvida man skall utgå från medborgarskapslandets lag (*lex patriae*) eller hemvistlandets lag (*lex domicilii*).

Ståndpunkterna och den historiska bakgrunden för diskussionen kommer inte vidare att beröras här, men rent allmänt kan sägas att den svenska internationella privaträttens inställning tycks ha skiftat från användande av nationalitetsprincipen till domicilprincipen.[534] Avgörande för vilken princip som skall tillämpas är emellertid vilka kollisionsregler som aktualiseras. För att fastställa personalstatutet och utifrån detta klargöra huruvida ett materiellt giltigt avtal föreligger måste man enligt svensk rätt skilja mellan inom- respektive utomnordiska

---

[531] Se *Pålsson (1998)*, s. 93 f. och *Philip (1994)*, s. 172. I Danmark är uppfattningen att regeln om den goda tron dock inte är utan undantag. I förarbetena vid införlivandet av Romkonventionen med dansk lag uttalades att medkontrahenten får antagas vara i ond tro, såvida han visste eller borde ha vetat att den underårige hade hemvist i ett annat land, se Justitsministerns forslag til lov om gennemførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser m.v., Folketingstidende 1983-84, 2. saml., tillæg A sp. 179. Tvivel rörande det danska undantagets berättigande framförs övertygande av *Svenné Schmidt (2000)*, s. 249 not 136.

[532] *Giuliano, M & Lagarde, P.*, s. 34; *Kaye*, s. 311; *Pålsson (1998)*, s. 93.

[533] *Bogdan (2004)*, s. 145.

[534] Se *Bogdan (2004)*, s. 146 ff. I t.ex. Danmark har domicilprincipen länge varit den förhärskande, se *Svenné Schmidt (1990)*.

förhållanden. Avgörande för om det skall betraktas som inomnordiskt är att förmynderskap respektive förvaltarskap skall avse nordisk medborgare samt utövas i Norden.
I inomnordiska förhållanden torde problemen vara i det närmaste försumbara eftersom de relevanta reglerna inte skiljer sig från varandra i någon större utsträckning, t.ex. är enligt huvudregeln myndighetsåldern i samtliga länder 18 år.

De regler som aktualiseras bygger på domicilprincipen och återfinns i förordning (1931:24) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap (NÄF) samt lag (1988:1321) om nordiska rättsförhållanden rörande förvaltarskap enligt föräldrabalken m.m. Enligt 17 § NÄF skall omyndighetens verkan i förmögenhetsrättsligt hänseende, liksom förmyndarens behörighet, bedömas enligt lagen i det nordiska land där förmynderskapet utövas.

I utomnordiska förhållanden regleras förmynderskap för underåriga respektive förvaltarskap i kapitel 4 och 5 i lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL). Kapitel 4 och 5 bygger på att personstatutet bestäms utifrån nationalitetsprincipen, även om detta inte uttrycks direkt i någon kollisionsregel.[535] Enligt 4:1 och 5:1 gäller vad som är stadgat i svensk lag angående förmynderskap respektive förvaltarskap för svenska medborgare, oavsett var vederbörande har hemvist. Undantag finns, t.ex. om förmynderskap för sådan person anordnas eller är anordnat i utlandet, såvida inte särskilda omständigheter medför att förmynderskapet skall vara anordnat i Sverige.[536]

Av 4:5 1 st. och 5:6 1 st. IÄL framgår det att ett förmynderskap, som är anordnat i utlandet i överensstämmelse med bestämmelserna i IÄL, tillerkänns rättsverkningar i Sverige. Därmed bör rättshandlingar företagna av en utländsk (icke-nordisk) medborgare med hemvist utomlands bedömas enligt detta lands lag. Skulle sålunda en person, underårig enligt personalstatutet, men myndig enligt svensk rätt, ingå avtal över Internet med en person som har hemvist i Sverige så skall de rättshandlingar som vederbörande företagit i samband härmed bedömas enligt hemlandets lag. Detsamma gäller om den utländske kontrahenten står under förvaltarskap.[537]

Kan då principerna i IÄL anses tillhandahålla den mest ändamålsenliga lösningen i Internetsammanhang? Det är inte svårt att finna argument för att en tillämpning av domicilprincipen vore att föredra, framför allt med hänsyn till Internets natur. Även om man kan dra paralleller till olika former av traditionellt avtalsingående, är en av de unika egenskaperna med

---

[535] *Bogdan (1999)* , s. 157 f.

[536] Till sådana särskilda omständigheter hör att förmyndarvården i den främmande staten ej kan anses betryggande eller att den underåriges intressen är knutna till Sverige på ett sådant sätt att de på denna grund lämpligen bör vårdas enligt den svenska lagens regler. Se NJA II 1924 s. 660, 670 samt NJA 1975 s. 119, s. 122 f.

[537] Härvid kan frågan om vad som sker vid nationalitetsbyte aktualiseras. Antag att en 19-årig medborgare i Schweiz, där myndighetsåldern är 20 år, blir medborgare i Tyskland där myndighet uppnås vid 18 års ålder. Enligt IÄL skulle detta medföra att vederbörande nu betraktas som myndig. Om man ser till det motsatta, att en 19-årig tysk erhåller schweiziskt medborgarskap, blir situationen mer tveksam. Enligt ordalydelsen i IÄL skulle effekten bli en förlust av den erhållna myndigheten och en återgång till status som underårig. Det finns dock argument för att en erhållen rättslig handlingsförmåga skall erkännas även i fortsättningen såsom en ”välförvärvad rättighet”. För vidare diskussion, se *Bogdan (2004)*, s. 166.

Internet den enkelhet med vilken en gränsöverskridande förhållanden kan etableras. Personer kan utan vidare åtgärder, från den egna bostaden, ingå avtal med medkontrahenter som kan befinna sig i princip var som helst på jorden. Några klick med datormusen kan leda till ett avtal och en eventuell säljare har utifrån denna kommunikation inga större möjligheter att avgöra vilken rättslig status köparen har. Härvid är det visserligen egalt om man tillämpar nationalitetsprincipen eller domicilprincipen, men en tillämpning av domicilprincipen skulle dock medföra att respektive avtalspart åtminstone ges en något säkrare möjlighet att undersöka regler på området i det land dit varan skall levereras, betalningen genereras eller liknande.

Om en person med hemvist i utlandet ingår ett avtal via Internet med en svensk person, förefaller det passande att frågor om rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga bedöms enligt reglerna i detta land, oavsett nationalitet, precis som är fallet med övriga rättshandlingar som vederbörande företar i hemvistlandet. Detta leder till en enhetlig bedömning som i alla sammanhang leder till förståelse för antagna normer i det samhälle den berörde lever i och förhindrar oseriös spekulation kring framför allt underårigas beteendemönster på Internet.

Det finns två alternativ till den nämnda lösningen. Det första är, som nu är fallet i svensk rätt, att tillämpa nationalitetsprincipen i stället för domicilprincipen vid de tillfällen då medborgarlandet skiljer sig från hemvistlandet. Det olyckliga med denna lösning är främst att frågor om rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga i avtalsrättsliga sammanhang inte bedöms utifrån de normer som eljest gäller i ifrågavarande persons dagliga liv. Inom den internationella privaträtten blir det allt vanligare att låta sådana aspekter vara avgörande.[538]

Det andra alternativet är att, i likhet med regeln i Romkonventionen art. 11, skydda en godtroende säljare. Denne skulle då kunna tillämpa de för honom kända reglerna rörande rättslig handlingsförmåga. Vederbörande slipper att undersöka hur reglerna ser ut i de länder varifrån beställningar görs. Trots dylika argument kan man knappast motivera att en godtroende säljare skulle åtnjuta ett så utsträckt skydd. Regeln om personalstatutet är baserad på grundläggande internationellt privaträttsliga principer och att söka grund för vare sig en nationell eller internationell acceptans för avvikande från dessa torde vara såväl meningslöst som föga önskvärt. Redan den negativa utformningen av art. 11 i Romkonventionen markerar en grundläggande utgångspunkt som innebär att bristande rättskapacitet och bristande rättslig handlingsförmåga får åberopas enligt en annan lag än lagen i det landet där rättshandlingen företogs. Det naturliga är i mitt tycke att denna andra lag bör utgöras av personalstatutet då det är fråga om rättshandlingar företagna av fysiska personer som klassificeras som underåriga enligt denna lag. I litteraturen har också uttalats att bestämmelsen i IÄL 4:5 och 5:6 normalt torde ”konsumeras” av Romkonvnetionens art. 11.[539]

---

[538] Allmänt om den svenska privaträttens inställning till nationalitets- respektive domicilprincipen, se *Bogdan (2004)*, kap. 9.2. Angående domicilprincipen inbrytande i resonemanget ovan närstående sammanhang, se IÄL 1:2 och 1:3 som i vissa fall ger svensk (även underårig) medborgare möjlighet att få sin rätt att ingå äktenskap prövad enligt lagen i hemvistlandet.

[539] *Bogdan (2004)*, s. 167.

Vad slutligen juridiska personers rättskapacitet angår måste man utgå från den grundläggande frågan huruvida den juridiska personen existerar som självständigt rättssubjekt. Såväl denna fråga som spörsmålet om vem som äger rätt att företräda den juridiska personen bedöms som huvudregel enligt personalstatutet (*lex corporationis*). Enligt svensk internationell privaträtt innebär det lagen i det land där den juridiska personen är registrerad (inkorporationsteorin).[540] En distinktion måste härvid göras mellan juridiska personer för vars existens registrering är nödvändig och juridiska personer som kan existera utan dylika krav. Vid en bedömning av rättskapaciteten hos sistnämnda grupp måste andra metoder tillgripas för att fastställa personalstatutet. Härvid betraktas styrelsens säte som ett starkt anknytningsfaktum. Ett problem är att frågan om registrering är nödvändig eller ej skall bedömas enligt personalstatutet, vilket kan ge upphov till svårlösta cirkelresonemang.[541]

I framtiden kommer förmodligen dylika frågeställningar att vålla mindre problem i elektroniska avtalssammanhang, åtminstone vid avtalsverksamhet inom EU. Regelverk inom den elektroniska handeln kommer att medföra att näringsidkare vid ingående av avtal åläggs att lämna information om den geografiska adress där vederbörande är etablerad.[542] Vid elektronisk avtalsverksamhet som inte omfattas av nämnda regelverk kvarstår problemställningen emellertid oförändrad. Härvid blir det nödvändigt att, bl.a. utifrån nämnda kriterier, fastställa personalstatutet utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

16 ELEKTRONISKA AVTALS FORMELLA GILTIGHET I ETT INTERNATIONELLT PRIVATRÄTTSLIGT PERSPEKTIV

16.1 Inledning

För giltigheten av ett flertal rättshandlingar fordras en viss bestämd form. Formkravens existens har att göra med rättssäkerhets- och effektivitetsaspekter, såsom att säkra bevisning, säkra långvarig arkivering eller att skydda svagare part alternativt tredje man. I svensk rätt används härvid begrepp som t.ex. skriftlighet, egenhändig namnteckning och originalexemplar.

En fråga i elektroniska avtalssammanhang är på vilket sätt olika formkrav skall kunna uppfyllas när all dokumentation föreligger i digital form. När spörsmålet uppkommer vid gränsöverskridande transaktioner är svaret beroende av vilket lands lag som blir tillämplig. I det

---

[540] *Bogdan (2004)*, s. 157. Jfr i dansk rätt ”Stiftelsestatens lov”, *Arnt Nielsen (1997*), s. 631.

[541] För en mera ingående beskrivning, se*Bogdan (2004)*, s. 157 f.

[542] Bestämmelsen är redan etablerad i konsumentsammanhang, se 9 § 1 st. lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (baserad på direktiv 97/7/EG). I direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (”Direktiv om elektronisk handel”) framgår det av art. 5 att även i andra sammanhang skall dylik information lämnas. Begreppet etableringsort beskrivs vidare i direktivets ingresspunkt nr. 19.

följande kommer först en allmän presentation av formkraven i en elektronisk avtalsmiljö, därefter följer en studie av de internationellt privaträttsliga reglerna rörande elektroniska avtals giltighet till formen.

16.2 Formkrav i en elektronisk avtalsmiljö

Genom nyttjandet av ny teknik uppstår problem när legala formkrav inte kan uppfyllas på traditionellt vis. Det är emellertid sällan några svårigheter att utarbeta teknikbaserade lösningar – svårigheten är förmodligen att rent mentalt acceptera att till exempel en elektronisk signatur, genererad genom ett lösenord, kan vara likvärdig med en skriftlig namnteckning.

I ett försöka att tona ned problemen utformade UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) redan 1996 en *Modell Law on Electronic Commerce*. Denna modellag utgör en rekommendation vid framställande av regleringar rörande elektronisk kommunikation och en av de bärande principerna baseras på en tanke om *funktionell ekvivalens*. Därmed avses att spörsmål huruvida traditionella regler kan och bör appliceras på nya kommunikationstekniker skall besvaras utifrån de traditionella reglernas syfte och bakgrund. Tanken är att om syftet kan tillgodoses i den elektroniska miljön så skall inte de elektroniskt kommunicerade meddelandena nekas rättslig verkan enbart på den grund att de är baserade på en ny kommunikationsteknik.

Denna tankegång har också etablerats i vissa rättsliga instrument där nya kommunikationstekniker aktualiseras. I den ovan behandlade art. 23.2 i Bryssel I-förordningen framgår att ”ett elektroniskt meddelande som möjliggör en varaktig dokumentation av avtalet, skall anses likvärdigt med skriftligt”, se avsnitt 10.7.3.

I 10 § 1 st. distansavtalslagen anges avseende näringsidkarens informationsplikt att ”informationen skall ges i en handling eller i någon annan läsbar och varaktig form som är tillgänglig för konsumenten”.[543] Vare sig i förarbetena till distansavtalslag eller i det bakomliggande direktivet definieras innebörden av ”varaktig form”, men förutsättningen synes vara att informationen skall lämnas i en form som är tillgänglig för konsumenten och rimligtvis bör även varaktigheten bedömas ur dennes perspektiv.[544] Regelns utformning ställer vissa krav på accepterandet av nya företeelser i en del av rättssfären som varit intakt under lång tid.[545] Oavsett vilken grad av gillande man väljer att anlägga är det svårt att vara oenig med direktivets motivering för teknikens influerande på reglernas utformning. Motivet bygger på en förstå-

[543] Jfr direktiv 1997/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal, art. 5.

[544] Man kan således endast lämna information med e-post om konsumenten har tillgång till detta kommunikationsmedel. Bevisbördan i detta avseende vilar på leverantören av informationen, jfr. distansavtalsdirektivet 1997/7/EG ingresspunkt 22. I Prop. 1999/2000:89, s. 41, till distansavtalslagen dras paralleller till definitionen av begreppet ”varaktigt medium”, så som det formuleras i ett utkast till direktiv om distansförsäljning av finansiella tjänster. Enligt detta förslag menas varaktigt medium ”varje instrument som konsumenten kan använda för att bevara information som vänder sig till honom personligen på ett sätt som är tillgängligt för framtida hänvändelse under en tid som är lämplig för avsikten med informationen och som tillåter oförändrad reproduktion av den lagrade informationen.”

[545] Allmänt om begreppet och vissa tillhörande tolkningsproblem, se *Hultmark (2000)*, s. 57 f.

else för att nya kommunikationstekniker etablerats och att den ständiga utvecklingen omöjliggör uttömmande förteckningar över olika resultat och effekter som de nya teknikerna för med sig. I stället framhålls vikten av att fastställa principer som är giltiga oavsett vilken teknik som utnyttjas.[546] I det aktuella fallet har det lett till att man i direktivet fokuserar på den information som konsumenten skall erhålla från näringsidkaren. I direktivets ingresspunkt 11 uttalas att ”användning av tekniker för distanskommunikation får inte leda till någon minskning av den information som tillhandahålls konsumenten. Det är därför nödvändigt att slå fast vilken information som måste skickas till konsumenten oavsett vilken kommunikationsteknik som används”.

16.3 Internationellt privaträttsliga regler rörande avtals giltighet till formen

16.3.1 Inledning

Det finns inga regler i den internationella privaträtten som särskilt behandlar formkrav i elektroniska sammanhang. Den ursprungliga huvudregeln, med rötter i medeltiden, är att lagen å den ort där en rättshandling företogs skall användas (*locus regit actum*). Denna regel medför således att frågor rörande avtalets giltighet till formen skall lösas enligt lagen i det land där avtalet ingicks (*lex loci contractus*).

I takt med en ökande internationell avtalsverksamhet har sedermera etablerats en regel om att avtalet även skall anses giltigt till formen, om det i detta avseende är giltigt enligt avtalsstatutet. Sistnämnda regel kan numera sägas ha erhållt status som huvudregel, samtidigt som principen om *lex loci contractus* fått en alltmer underordnad betydelse.[547]

Rent generellt kan sägas att reglerna är liberalt utformade och sällan torde leda till att avtal inte blir gällande pga. brister till formen.

16.3.2 Avtals formella giltighet och IKL

Av 2 § IKL framgår att lagens bestämmelser inte omfattar frågor rörande köpeavtalets form. Denna regel grundas på art. 5 i den underliggande Haagkonventionen och är så klart formulerad att någon diskussion om dess tillämplighet inte torde aktualiseras, oavsett om diskussionen rör elektroniska eller traditionella avtalssammanhang.

---

[546] Direktiv 1997/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal, ingresspunkt 9.

[547] Frågan om det förnuftiga i användandet av *lex loci contractus*-bestämmelsen i dagens avtalsvärld diskuteras av *Lando (1981)*, s. 219 f. Härvid uttrycks en förståelse för betydelsen av de formkrav som historiskt sett reglerade rättshandlingar (sådana skulle ex. oftast företas inför en bestämd myndighet). Därvid förelåg också anledning att beakta formkrav å den ort där avtalet ingicks. Idag har dylika formkrav försvunnit ur de flesta rättsordningar, varför *lex loci contractus* som sådan egentligen spelat ut sin roll. Lando menar dock att regelns existens fortfarande är berättigad emedan den har starka traditioner och kan bidra till att avtal inte ogiltigförklaras.

Frågor rörande avtals formella giltighet ur en internationellt privaträttslig synvinkel blir i stället underkastade Romkonventionens regler.

16.3.3 Avtals formella giltighet enligt Romkonventionen

16.3.3.1 Allmänt

Tillämpliga regler återfinns idag i Romkonventionen art. 9. Ingenstans i Romkonventionen definieras begreppet form som sådant, vilket innebär att begreppets innebörd får fastställas utifrån nationell rätt.[548] Lämplig utgångspunkt är därvid Giuliano/Lagarde-rapportens definition, enligt vilken begreppet form tar sikte på ”every external manifestation required on the part of a person expressing the will to be legally bound, and in the absence of which such expression of will would not be regarded as fully effective”.[549]

Generellt kan sägas att reglerna i art. 9 är tämligen frikostigt utformade, varför det kan antas att det endast i sällsynta fall kommer att uppstå situationer då formkraven inte är uppfyllda enligt någon av de lagar som utpekas som tillämpliga.

16.3.3.2 Art. 9.1 – avtalsstatutet eller lex loci actus

De nyss nämnda traditionella huvudreglerna har blivit lagfästa i art. 9.1. Här handlar det främst om avtal *inter praesentes*, även om det är tillräcklig att parterna befinner sig i samma land. Avtalet är således giltigt till formen om det uppfyller de formkrav som är uppställda i antingen avtalsstatutet eller i lagen i land där avtalet ingås.

Förutsättningen att kontrahenterna befinner sig i samma land medför att man undgår en besvärlig diskussion om i vilket land ett elektroniskt avtal skall anses ingånget. Befinner sig parterna i samma land är det irrelevant vilket kommunikationsmedium som använts.

16.3.3.3 Art. 9.2 – avtal inter absentes

Enligt art. 9.2 skall ett avtal, om det ingås mellan personer som befinner sig i olika länder, vara giltigt till formen om det uppfyller de formkrav som är uppställda i avtalsstatutet eller om det uppfyller formkraven i något av dessa länder.

Detta är förmodligen den situation som främst aktualiseras vid elektroniska avtalsslut av internationell karaktär. Även nu är det irrelevant att försöka utröna vilket land avtalet kan ha slutits i. Genom sin utformning ger regeln generösa möjligheter till uppfyllande av formkrav.

Med modern teknik är det emellertid inte ovanligt att avtal ingås medan kontrahenterna är på resande fot. Antag att den ena parten tillfälligt befinner sig i ett land till vilket varken vederbörande eller avtalet har någon anknytning i övrigt. Härvid väcks frågan huruvida det är rimligt att nämnda lands lag skall kunna avgöra huruvida avtalet är formenligt upprättat eller ej. Problemställningen tycks inte ha beaktats i någon större utsträckning vare sig i konventionen eller i litteraturen. Icke desto mindre kan företeelsen inte varit helt ovanlig vid tidpunk-

---

[548] *Arnt Nielsen (1997)*, s. 533. Jfr *Kaye*, s. 289 och *Pålsson (1998)*, s. 95.

[549] *Giuliano, M & Lagarde, P.*, s. 30.

ten för konventionens tillkomst, varför det tycks närliggande att betrakta dylika effekter som – i och för sig föga tillfredsställande – konsekvenser av en i övrigt optimal utformning av regeln.

Med ändrade tekniska förutsättningar kan det förefalla alltmer orimligt att låta ett tillfälligt passerat land påverka formkravet. Måhända kan den berörda parten inte ens erinra sig vilket territorium som genomrestes vid tidpunkten för avtalsslutet. I enlighet med nuvarande utformning blir verkan att kontrahenterna åläggs ett större ansvar att försäkra sig om att ingångna avtal är giltiga till formen.

16.3.3.4 Art. 9.3 – avtal via representant

Vid de tillfällen som nämnts ovan, beträffande art. 9.1 och 9.2, kan part ha ingått avtalet med hjälp av en representant. Av art. 9.3 framgår att det i sådana fall är det land där representanten agerat som utgör det relevanta landet vid tillämpningen av dessa båda punkter.

Fråga om placering av datorutrustning i ett visst land skall kunna medföra en analog tillämpning av innevarande artikel bör enligt mitt förmenande besvaras nekande.[550] Med representant (eng. *agent*) förstås i artikelns mening att det föreligger ett mellanmansrättsligt förhållande, sålunda att representanten äger behörighet att ingå avtal för huvudmannens räkning.[551] En server eller liknande utrustning som helt automatiskt sluter och fullgör avtal via nätverk utgör inget rättssubjekt med möjligheter att bära egna skyldigheter och rättigheter och kan därför inte i här diskuterat avseende jämställas med en representant.

Skulle det däremot vara fråga om särskilda anknytningar till ett visst land som framgår av t.ex. en webbplats kan frågan bedömas annorlunda, jfr ovan avsnitt 9.4.

16.3.3.5 Art. 9.4 – ensidiga rättshandlingar avseende avtal

Enligt art 9.4 skall en ensidig rättshandling som avser ett existerande avtal (ex. en reklamation eller en uppsägning av avtalet) eller ett framtida avtal (ex. anbud eller accept) vara giltigt till formen om rättshandlingen uppfyller formkraven i avtalsstatutet (alternativt det presumtiva avtalsstatutet) eller i landet där den företogs.

16.3.3.6 Art. 9.5 – vissa konsumentavtal

I art. 9.5 fastslås att bestämmelserna i art 9.1–9.4 inte skall tillämpas på de konsumentavtal som omfattas av reglerna i Romkonventionens art. 5 och som har ingåtts under de omständigheter som anges i artikel 5.2. Giltigheten till formen skall vid sådana tillfällen i stället avgöras enligt lagen i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort.

Undantaget är begränsat till nämnda konsumentavtal – för övriga konsumentavtal gäller reglerna i art. 9.1-9.4. Ett problem är att det är behäftat med vissa svårigheter att avgöra

---

[550] Liknande frågor har diskuterats av *Bogdan (1998)*.

[551] Jfr *Pålsson (1998)*, s. 96.

huruvida art. 5 och särskilt art. 5.2 är tillämplig i elektroniska sammanhang, jfr ovan avsnitt 12.2.

16.3.3.7 Art. 9.6 – avtal angående fast egendom

Enligt art 9.6 undantas bestämmelserna i art. 9.1-9.4 också vid vissa avtal som rör köp eller nyttjanderätt till fast egendom. Undantaget rör de fall då det finns tvingande bestämmelser rörande formkrav i den stat där egendomen är belägen och som skall tillämpas oavsett i vilket land avtalet ingåtts och oavsett vilken som i övrigt gäller för avtalet.

16.4 Några relevanta problemställningar

16.4.1 Partsautonomin i art. 3.2

I Romkonventionen är utgångspunkten vid fastställande av avtalsstatutet att parterna har rätt att utnyttja partsautonomin, art 3.1. En sådan överenskommelse måste åtminstone framgå av omständigheterna och kan ingås eller ändras i samband med eller efter avtalets ingående. Det förtjänar att betonas att vid dylika ändringar, enligt art. 3.2, påverkas ”inte avtalets giltighet till formen”.

Befinns sålunda avtalet giltigt till formen enligt det först valda avtalsstatutet, men inte enligt den lag som sedan valts blir avtalet således inte ogiltigförklarat till formen p.g.a. lagskiftet. Om, vice versa, ett till formen ogiltigt avtal kan bli giltigt genom byte av avtalsstatut framgår inte av konventionstexten. I doktrinen har dock uttalats att så åtminstone får antagas vara fallet[552] och enligt mitt förmenande finns ingen anledning till en annorlunda bedömning.

16.4.2 Dépeçage

Romkonventionens art. 3.1 och 4.1 tillåter att ett avtalsförhållande regleras av flera olika avtalsstatut (*dépeçage*). Skulle avtalets giltighet till formen bedömas annorlunda i de olika avtalsstatuten uppkommer frågan om vilket av dem som skall reglera formgiltigheten. Saken är omdiskuterad och i huvudsak är det två uppfattningar som framförts. Den ena åsikten är att prioritera den lag som utgör avtalsstatut för den del av avtalet som omfattar det omstridda formkravet.[553] Den andra uppfattningen utgår från den generellt liberala utformningen av art. 9 och menar att avtalet skall anses giltigt till formen såvida det uppfyller formkraven i någon av de lagar som det är underkastat.[554] Argumentationen tycks bygga på att reglerna i art. 9 sällan tar någon större hänsyn till enstaka anknytningar utan oftast tillhandahåller alternativa, ur avtalssynpunkt helande, anknytningar.

Enligt min mening bör avtalets giltighet till formen primärt prövas enligt den lag som gäller för den del av avtalet vari formkravet aktualiseras, under förutsättning att en sådan upp-

---

552 Se *Philip (1994)*, s. 140 och *Pålsson (1998)*, s. 46 f.

553 *Giuliano, M & Lagarde, P.*, s. 30 och *Pålsson (1998)*, s. 96.

554 *Kaye*, s. 238 och *Arnt Nielsen (1997)*, s. 534.

delning är möjlig att genomföra. Detta eftersom det finns en naturlig anknytning till den lagen. Argumentet att de frikostiga formuleringarna i artikel 9 i stor utsträckning negligerar nämnda anknytning och att det i enlighet därmed också bör anses vara tillräckligt att formkravet är uppfyllt enligt någondera avtalsstatuten är förvisso förståeligt, men kan ändå sägas uppvisa vissa brister i konsekvenshänseende.

Argumentet är förståeligt därför att det bygger på en tankegång som genomsyrar de aktuella reglerna i konventionen, nämligen att formkrav endast i en ringa omfattning skall kunna utgöra hinder vid internationell avtalsverksamhet. Denna tankegång baseras antagligen på ett antagande om att formkrav i olika rättsordningar lever kvar utan att i någon större utsträckning fylla den funktion som de en gång skapats för.

Argumentet brister i konsekvens därför att det utgår ifrån att det enligt artikel 9 allt som oftast är möjligt att finna lösningar som medför att avtalet är giltigt till formen. Detta är förvisso riktigt, men här diskuterar vi inte artikel 9 som helhet, utan endast de tillfällen då giltigheten till formen är avhängiga av avtalsstatutet (avtalet är således inte giltigt till formen enligt lagen i något av de länder där parterna befann sig vid avtalsslutet). Att argumentera för en lösning som svarar mot den liberala utformningen av artikel 9 synes inkonsekvent när reglerna i denna artikel, den liberala utformningen till trots, inte redan lett till att avtalet kan anses giltigt till formen.

Frågan är som sagts omdiskuterad, men diskussionen har inte tidigare tillmätts någon större betydelse, vilket torde hänga samman med att diskussionens relevans ur såväl praktisk som teoretisk synvinkel får sägas ha varit tämligen begränsad.

16.4.3 Internationellt tvingande regler

Undantag från reglerna i Romkonventionens art. 9.1-4 kan motiveras med tillämpning av s.k. internationellt tvingande regler i art. 7. Regler av internationellt tvingande karaktär finns i de flesta rättsordningar och innebär att det i varje rättsordning har bestämts att vissa bestämmelser skall finna tillämpning, oavsett att avtalsstatutet utgörs av ett annat lands lag. En tillämpning av internationellt tvingande regler medför att lagvalsfrågor blir irrelevanta – den internationellt tvingande regeln träder omedelbart in, se vidare ovan avsnitt 6.3.2.

Internationellt tvingande regler kan vara av såväl offentligrättslig som privaträttslig karaktär. Till de förstnämnda hör regler om bl.a. konkurrens, import- eller exportrestriktioner och förbud mot handel med vissa länder. Vid avtal av privaträttslig karaktär berörs särskilt avtalsområden inom vilka lagstiftaren har intentionen att åstadkomma en viss balans till skydd för svagare part och återfinns följaktligen inom bl.a. konsumenträtten och arbetsrätten.

Ur svensk synvinkel är det något oklart vilka regler som kan anses vara internationellt tvingande inom den förmögenhetsrättsliga sfär som i normalfallet torde aktualiseras i elektroniska avtalssammanhang.[555] Det är sällan uttalat i lagtexten vilka bestämmelser som, förutom

[555] De områden där internationellt tvingande regler synes mest tillämpbara, konsumenträtten och arbetsrätten, är skyddsbehovet ofta tillgodosett genom såväl särskilda lagvalsregler i konventionen som genom andra rättsakter från EU. Ev. kan

att vara civilrättsligt tvingande, skall vara internationellt tvingande. Skulle fråga om tillämpning av en internationellt tvingande regel uppkomma vid elektronisk handel får bedömningen som utgångspunkt ske på de villkor som föreskrivs i bestämmelsen, dvs. utan särskild hänsyn till att det är fråga om ett rättsförhållande baserat på elektronisk kommunikation.

16.4.4 Rättsverkningar i bevishänseende

Avtalets giltighet till formen enligt Romkonventionens regler kan få vissa rättsverkningar i bevishänseende. Bevisning om ett avtal eller en rättshandling får, enligt art. 14.2, föras inte bara med de bevismedel som är godkända i domstolslandets lag, utan också med varje slags bevismedel som är erkända i något av de länder där avtalet eller rättshandlingen enligt art. 9 har giltighet till formen.

En begränsning kan emellertid ligga i att det är en förutsättning att det enligt domstolens rättegångsregler är möjligt att genomföra bevisföringen. Eftersom principen om fri bevisvärdering gäller i svenska domstolar torde stadgandet inte ha någon större betydelse ur svensk synvinkel. Däremot kan det vara värt att beakta vid eventuella förestående processer i utlandet. Den teknik som använts vid ett elektroniskt avtalsslut kan måhända, p.g.a. förbud eller brist på tekniska förutsättningar, inte användas vid bevisföringen i vissa domstolar.

16.4.5 En avslutande reflektion

Reglerna för huruvida formkrav skall anses uppfyllda är i sin nuvarande utformning mycket liberala. Alternativ som att försöka lokalisera och binda sig till lagen i den ort där anbud eller accept avlämnades eller att kumulera formkraven i de involverade rättssystemen, och därmed kräva att samtliga sådana krav skall vara uppfyllda, förkastades vid utarbetandet av Romkonventionen. Det mest fördelaktiga ansågs vara en helhetsbedömning av det underliggande avtalet och ett accepterande av den pragmatiska lösning som den liberala utformningen medförde.

Effekterna av en tillämpning av reglerna i elektroniska sammanhang kan svårligen bedömas i nuläget. Det finns dock anledning att anta att de formkrav som kan förväntas utvecklas i den elektroniska avtalsvärlden framkallas av andra behov och på delvis andra grunder än de formkrav som lever kvar av närmast traditionella orsaker.

Ett intresseväckande scenario är en utvecklad elektronisk avtalsvärld där elektroniska signaturer kommer i flitigt bruk. Rent nationella betingelser kommer, som ovan diskuterats, att styra vilken säkerhetsgrad som kommer att krävas i respektive sammanhang. I en internationell elektronisk avtalsmiljö kan situationer uppstå där olika rättssystem ställer olika krav på vilka elektroniska säkerhetsnivåer som skall iakttagas för att avtal skall anses formenligt upprättade. Reglerna i Romkonventionen kan i sådana fall komma att resultera i att elektroniska avtal är formellt giltiga i t.ex. Sverige, trots att i svensk rätt existerande formkrav inte upp-

---

grundläggande regler om rättshandlingars ogiltighet räknas dit. Härvid har bl.a. 36 § avtalslagen kommit på tal, se *Pålsson (1998)*, s. 119.

fyllts. Någon kanske hävdar att detta bör motivera en något mer restriktiv hållning till den liberala inställning som i dag genomsyrar formkravsreglerna. Innan sådana åtgärder vidtas bör man fästa avseende vid bakgrunden för de typer av formkrav som utkristalliserats för att utröna i vilken mån de fyller en funktion i (elektroniskt) avtalshänseende eller om de endast uppstår till följd av enskilda staters önskan om att anpassa existerande formkrav till ny teknik.

Rent generellt förefaller utvecklingen mot att i minsta möjliga mån låta enskilda staters formkrav influera rättsliga relationer vara ett sundhetstecken i en alltmer gränsöverskridande avtalsvärld. En invändning mot en mer restriktiv hållning är att effekten inte är ny – sedan reglerna infördes har det varit möjligt att ingå formellt giltiga internationella avtal trots att vissa formkrav inte varit uppfyllda. För det fall det anses oumbärligt att fasthålla ett speciellt formkrav finns möjligheten att skapa en internationellt tvingande regel som i enlighet Romkonventionen art. 7 medför att formkravet måste vara uppfyllt.

Det är i mina ögon diskutabelt om sistnämnda insats vore lämplig. För det första är internationellt tvingande regler ett medel som bör förbehållas områden där föreligger starka skäl för att hålla fast vid nationella rättsregler. För det andra innebär en sådan lösning ett vidhållande vid principer som bortser från att internationell elektronisk avtalskommunikation växer i omfattning. Ett accepterande av detta faktum och ett gillande av regler som gör det smidigt att sluta sådana avtal vore förmodligen en större vinst såväl för rättssystemet som för en effektiv utveckling av den internationella elektroniska avtalsmiljön i sig.

DEL V – E-HANDELSDIREKTIVET OCH INTERNATIONELL PRIVATRÄTT

17 OM E-HANDELSDIREKTIVET

17.1 Inledning

Den 8 juni 2000 antogs Europaparlamentets och Rådets direktiv 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (”Direktiv om elektronisk handel”), nedan e-handelsdirektivet. Direktivet har införlivats med svensk rätt genom lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.

Det uttalade syftet med direktivet är att säkerställa den fria rörligheten för *informationssamhällets tjänster* på den inre marknaden, ett uttryck för den s.k. Cassis de Dijon-principen[556] med intentionen att undanröja hinder för utnyttjande av de möjligheter som informationssamhällets tjänster erbjuder. Det medel, genom vilket syftet skall uppnås, är införandet av en särskild *ursprungslandsprincip*.

Redan under direktivets utarbetande diskuterades huruvida privaträttsliga aspekter skulle omfattas av direktivet eller ej och vilken status ursprungslandsprincipen skulle ha i förhållande till den internationella privaträttens lagvalsregler. Den slutliga utformningen av direktivet synes i detta avseende vara präglad av kompromisslösningar som olyckligtvis leder till att de berörda bestämmelserna är svårförståeliga och brydsamma att tolka. Huruvida detta kommer att ha en hämmande effekt på förverkligandet av ett annat av ändamålen med direktivet, förbättrade förutsättningar för ett ökat utbyte av informationssamhällets tjänster, är det för tidigt att uttala sig om. Oklarhet och bristande förutsebarhet är emellertid faktorer som normalt sett dämpar viljan att ingå transaktioner.

[556] Principen som torde vara välkänd har haft stor betydelse för harmoniseringsarbetet genom undanröjandet av s.k. tekniska handelshinder. Principen har sitt ursprung i EG-fördraget och har fått sitt namn efter rättsfallet 120/78 Cassis de Dijon, REG 1979, svensk specialutgåva vol. 4, s. 649.

Problemställningen kan åskådliggöras med följande exempel:

> Säg att det i Danmark etablerade kreditinstitutet Kreditkassen A/S bedriver sin verksamhet på Internet. Det svenska företaget Debitor lockas av ett erbjudande om kredit och ingår att avtal om lån av ett visst belopp. Enligt kreditavtalet skall Debitor erlägga en ränta om 10 %. Om man vidare antar att det i svensk rätt fanns ett förbud mot räntor över 8 % med påföljden att sådana avtal var ogiltiga uppstår frågan om Debitor med hänvisning till svensk rätt skulle kunna få avtalet ogiltigförklarat.

Svaret på frågan är beroende av vilket lands lag som är tillämplig på avtalsförhållandet. Ovissheten som uppstår är om tillämplig lag skall fastställas med hjälp av gängse kollisionsregler eller om tanken är att den genom e-handelsdirektivet införda särskilda *ursprungslandsprincipen* skall förstås så, att ursprungslandets (i fallet Danmarks) lag skall tillämpas.

Inom ramarna för det här avsnittet avser jag att belysa de frågeställningar som rör förhållandet mellan direktivets ursprungslandsprincip och den internationella privaträtten. I det följande kommer inledningsvis direktivets innehåll att presenteras. Därefter följer en genomgång av den för detta avsnitt relevanta problematiken. Avslutningsvis kommer jag att redogöra för mina konklusioner.

17.2 Direktivets innehåll

17.2.1 Allmänt

Några av e-handelsdirektivets bestämmelser är så formulerade att de leder till oklarhet om vilka regler som skall användas när tillämplig lag skall utses. I direktivet introduceras alltså en särskild *ursprungslandsprincip* vid elektronisk handel som innebär att lagen i ursprungslandet skall anses tillämplig vid vissa gränsöverskridande förhållanden, nämligen de förhållanden som omfattas av *det s.k. samordnade området*. Samtidigt som ursprungslandsprincipen pekar ut tillämplig lag vid vissa förhållanden, uttalas också att denna princip *inte* skall ses som en ny *internationellt privaträttslig* regel. I det följande kommer bestämmelserna om ursprungslandsprincipen, det samordnade området samt förhållandet till den internationella privaträtten att studeras närmare. Först skall emellertid några grundläggande definitioner presenteras.

17.2.2 Några grundläggande definitioner

Direktivet behandlar vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster. Härmed förstås tjänster som normalt utförs mot *ersättning* och som tillhandahålls på *distans*, på *elektronisk* väg och på *individuell begäran* av en tjänstemottagare.[557] Enkelt uttryckt kan man säga att det är varje aktivitet som utförs *online* och har ett ekonomiskt värde som berörs. En exakt gränsdragning för vad som omfattas av informationssamhällets tjänster finns inte, även om det

[557] Se direktiv 98/34/EG, ändrat genom 98/48/EG.

råder klarhet kring att samtliga fyra kriterier måste vara uppfyllda.[558] Utanför begreppet faller offline-tjänster, såsom t.ex. en fysisk leverans av varor, oavsett om elektronisk utrustning använts i övrigt. Detta får till följd att vissa delar av en transaktion kan komma att omfattas av begreppet informationssamhällets tjänster, medan andra delar inte gör det.

> Antag att en svensk köpare beställer druvjuice av en fransk säljare via dennes webbplats i Frankrike. Säljarens möjlighet att tillhandahålla tjänsten att utbjuda varor till försäljning omfattas av begreppet informationssamhällets tjänster. Själva leveransen av druvjuicen från Frankrike utgör emellertid inte en informationssamhällets tjänst. Exakt vilka delar av transaktionen mellan den franske säljaren och den svenske köparen som omfattas av begreppet informationssamhällets tjänster är inte helt klargjort.

En fysisk eller juridisk person som tillhandahåller någon av informationssamhällets tjänster benämns i direktivet *tjänsteleverantör*. Vidare används begreppet *etablerad tjänsteleverantör* avseende den som utövar näringsverksamhet med hjälp av ett fast driftställe under obestämd tid. Enbart förekomst av utrustning och teknik innebär inte i sig att tjänsteleverantören är etablerad.[559] Genom denna struktur gör direktivet det möjligt att inordna informationssamhällets tjänster i geografiskt hänseende och därmed klargöra vilken jurisdiktion en tjänsteleverantör av informationssamhällets tjänster omfattas av.

17.2.3 Ursprungslandsprincipen

17.2.3.1 Inledning

Den fria rörligheten på den inre marknaden omfattar även informationssamhällets tjänster och detta fastslås genom införandet av *ursprungslandsprincipen*. Principen kan sägas bestå av två delar, vilka återges i direktivets art. 3.1 resp. 3.2:

> 3.1 Varje medlemsstat skall se till att de av informationssamhällets tjänster som en på dess territorium etablerad tjänsteleverantör tillhandahåller överensstämmer med de nationella bestämmelser som är tillämpliga i denna medlemsstat och som omfattas av det samordnade området.

> 3.2 Medlemsstaterna får inte av skäl som omfattas av det samordnade området begränsa den fria rörligheten för de av informationssamhällets tjänster som har ursprung i en annan medlemsstat.

Den faktiska innebörden av ursprungslandsprincipen är i sig svår att utläsa av direktivet. Det är klargjort att den äger tillämpning inom det samordnade området, men vad som skall för-

---

[558] Se direktiv 98/34/EG, art.1 p. 2. Genom ändringen i direktiv 98/48/EG infogades bilaga V, vilken genom att ange ett antal tjänster som inte omfattas av begreppet motsatsvis ger vägledning till vad som skall räknas som informationssamhällets tjänster.

[559] Tidigare har diskussioner förts huruvida placering av teknisk utrustning skall tillåtas påverka bestämningen av tillämplig lag. Problematiken presenteras kortfattat i det ursprungliga förslaget till e-handelsdirektiv, se Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa rättsliga aspekter på den elektroniska handeln på den inre marknaden: KOM(1998) 586 slutlig, avsnitt II och III.

stås därmed är oklart. Frågan är relevant i ett internationellt privat- och processrättsligt perspektiv eftersom det är nödvändigt att utreda om, och i så fall i vilken utsträckning, meningen är att medelst ursprungslandsprincipen etablera en särskild ordning för elektroniska transaktioner jämfört med andra former av avtal.

Medlemsstaterna har rätt att vidtaga åtgärder för undantag från ursprungslandsprincipen i vissa specifika fall (art. 3.4-3.6). Sådana åtgärder måste vara nödvändiga för att skydda allmän ordning, folkhälsa, allmän säkerhet eller konsumenter. Åtgärderna måste vara proportionerliga och med undantag av brådskande fall ha föregåtts av en uppmaning till ursprungsstaten att vidta åtgärder. Endast om en sådan uppmaning inte hörsammats av ursprungsstaten har andra medlemsstater rätt att vidta de här nämnda åtgärderna för undantag från ursprungslandsprincipen. Till direktivet är också fogat en bilaga som anger att art. 3.1 och 3.2 (ursprungslandsprincipen) inte är tillämplig på vissa situationer.

Det är i sammanhanget värt att notera att ursprungslandsprincipen inte automatiskt medför en tillämpning av ursprungslandets lag. Enligt sin ordalydelse handlar det om att medlemsstaterna inte får begränsa den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster som har sitt ursprung i en annan medlemsstat. Sålunda kan mottagarlandets lag tillämpas i den utsträckning detta inte leder till en begränsning av den fria rörlighet som direktivet påbjuder.

Härav följer också att ursprungslandsprincipen i sig inte skall betraktas som en sådan lagvalsregel som enligt art. 20 i Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser har direkt företräde i förhållande till denna konvention. Ett sådant företräde kan emellertid uppkomma om ursprungslandsprincipen inom särskilda områden fastställs som en lagvalsregel, ex. genom en vägledande dom från GD.

17.2.3.2 En särordning för e-handel?

Frågan är om avsikten med ursprungslandsprincipen och direktivet har varit att särbehandla e-handeln och övriga informationssamhällets tjänster i förhållande till annan handel och andra transaktioner på den inre marknaden. Frågeställningen motiveras dels av direktivets utformning, dels av att utvecklingen av informationssamhällets tjänster och inte minst den elektroniska handeln har ansetts ha stor betydelse för att undanröja hinder som skiljer de europeiska folken. I det ovan nämnda meddelandet ”Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel” år 1997 framhävdes att den elektroniska handeln erbjuder enorma möjligheter för konsumenter och näringsliv i Europa. Ett snabbt genomförande av sådan handel ansågs därför vara en angelägen uppgift för handeln som helhet, näringslivet och statsmakterna i Europa.

Målet med direktivet är att säkra en fri rörlighet för informationssamhällets tjänster. Detta mål är i och för sig säkrat redan genom EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster på den inre marknaden,[560] men icke desto mindre anses tydligen en reglering nödvändig eftersom den betydelsefulla utvecklingen ”hämmas av ett antal rättsliga hin-

[560] Se EG-fördraget art. 14.2. För vidare information, se t.ex.*Bernitz & Kjellgren*, s.175-246.

der", vilket i sin tur påstås bero på "skillnader i lagstiftningen samt på den rättsliga osäkerheten om vilka nationella bestämmelser som är tillämpliga".[561]

Det förefaller således som om direktivet har sitt ursprung i en oro över att den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster i allmänhet och den elektroniska handeln i synnerhet inte kunnat säkerställas genom en tillämpning av gängse regler. På grund av vissa säregna egenskaper hos informationssamhällets tjänster har draghjälp därför ansetts påkallad.
Någon möjlighet att ge informationssamhällets tjänster någon särställning avseende deras förhållande till den inre marknaden finns dock inte. Detta framgår redan av den i EG-rätten allmänt gällande proportionalitetsprincipen.[562] I direktivets ingresspunkt 10 klargörs också att "De åtgärder som föreskrivs i detta direktiv begränsas i enlighet med proportionalitetsprincipen till vad som är strikt nödvändigt för att den inre marknaden skall fungera väl".

Däremot kan konstateras att direktivet, inom ramarna för bestämmelserna om den inre marknaden, i viss omfattning skapar en särskild ordning för e-handel över nationsgränserna som skiljer sig från vad som gäller andra medier för distansförsäljning. Så skall exempelvis en tjänst som marknadsförs *online* omfattas av direktivets regler, medan så inte gäller en motsvarande tjänst som marknadsförs offline.

17.2.3.3 Konklusion

Betydelsen av den inkoherens som uppstår mellan e-handel omfattad av direktivet och andra slags transaktioner är svårbedömd. Valet mellan å ena sidan urprungslandsprincipen och, å andra sidan, en existerande, väl fungerande och allmänt vedertagen internationellt privaträttslig bestämmelse är inte självklart. En strikt tillämpning av ursprungslandsprincipen kan resultera i svåröverskådliga konsekvenser för rättsområden som berörs av e-handeln eftersom etablerade principer riskerar att tillämpas olika från fall till fall beroende på om det är e-handel eller annan form av distanshandel.

17.2.4 Det samordnade området

17.2.4.1 Inledning

Av ursprungslandsprincipens definition framgår att den enbart omfattar vissa bestämmelser, nämligen de som ingår i det s.k. *samordnade området*. Detta område definieras i direktivets art. 2h :

> *Det samordnade området*: de krav som har fastställts i medlemsstaternas rättssystem och som är tillämpliga på tjänsteleverantörer av informationssamhällets tjänster eller på informationssamhällets tjänster, oberoende av om de är av allmän natur eller särskilt utformade för dem.
>
> i) Det samordnade området gäller de krav som tjänsteleverantören måste uppfylla när det gäller

[561] E-handelsdirektivets ingresspunkt 5.

[562] EG-fördraget art 5.3: Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag.

- startande av verksamhet som gäller någon av informationssamhällets tjänster, såsom krav i fråga om behörighet, tillstånd eller anmälningar,

- utövande av verksamhet som gäller någon av informationssamhällets tjänster, såsom krav i fråga om tjänsteleverantörens beteende, kvaliteten på eller innehållet i tjänster, inbegripet sådana krav som är tillämpliga på reklam och avtal, eller krav som gäller tjänsteleverantörens ansvar.

ii) Det samordnade området omfattar inte krav såsom

- krav som är tillämpliga på varor som sådana,

- krav som är tillämpliga på leverans av varor,

- krav som är tillämpliga på varor som inte tillhandahållits på elektronisk väg.

Det samordnade området är ett av de mest betydelsefulla momenten i direktivet. Ändå lämnar bestämmelserna rörande detta område mycket övrigt att önska i ett flertal hänseenden; formuleringen i definitionskatalogen är förvånansvärt oprecis och någon egentlig uppfattning om vilka nationella bestämmelser som ingår i det samordnade området är svår nå.

17.2.4.2 Ett nationellt eller ett autonomt område

En väsentlig fråga är huruvida det samordnade området skall tolkas autonomt eller ej, dvs. om varje stat på egen hand kan avgöra huruvida en nationell regel omfattas av direktivet och sålunda internt fastställa ramen för det samordnade området eller om områdets innehåll skall förstås uniformt för hela unionen.

En nationell tolkning har till synes viss fog för sig. Definitionen i art. 2 talar ju om de ”…krav som fastställts i medlemsstaterna…”, vilket ger vid handen att staterna själva har givits utrymme att fastställa huruvida en intern regel omfattas av det samordnade området eller ej. Utgångspunkten är enligt ordalydelsen de krav som redan fastställts. Dessutom saknas i direktivet vägledning för ett alternativt tankesätt, dvs. en klar definition som på ett uniformt sätt fixerar ramarna för det samordnade området.

Konsekvensen av en icke-uniform tolkning vore emellertid anmärkningsvärd ur en gemenskapsrättslig synvinkel. Om varje enskild medlemsstat anger såväl ram för som innehåll i det samordnade området är diskrepanser mellan de olika staterna oundvikliga; regler som omfattas av regelområdet i en stat kommer att ligga utanför i en annan. Detta leder i sin tur till att förutsättningarna för de etablerade tjänsteleverantörerna vore beroende av i vilken stat de är etablerade.

Med direktivet som utgångspunkt skulle i så fall fördelar respektive nackdelar i medlemsstaternas olika bestämningar av det samordnade området snart uppenbaras. Att många tjänsteleverantörer skulle komma att beakta dessa skillnader och låta dem påverka valet av etableringsort får hållas för sannolikt emedan skillnaderna skulle utgöra ett incitament för att etablera sig i det land där det samordnade området blir minst ingripande i deras verksamhet. Detta skulle leda till skapandet av något som kan liknas vid bekvämlighetsflaggning inom e-handeln.[563] Resultatet av ett sådant agerande torde kunna utläsas i snedvridning av marknads-

[563] I diskussionen har problemet karakteriserats som ett ”Race to the bottom”, se bl.a. *Mankowski (2001)*, s. 138.

förutsättningar och konkurrens, något som knappast kan innefattas i ändamålet med direktivet.

Om man i stället ser till en uniform lösning uppnår man den fördelen att ramen för det samordnade området blir gemensam för medlemsstaterna. Frågan om vissa regler är inkluderade eller ej besvaras omgående vilket leder till en önskvärd transparens. Visserligen kvarstår ett diskrepansproblem i och med att de regler som faller inom det samordnade området, trots en dylik koordination, kan ha olika utseende i olika länder och vid tillämpning leda till avvikande resultat. Resonemanget om ”bekvämlighetsflagg” kan därmed inte heller uteslutas helt vid en uniform lösning.

Diskrepansproblemet är dock mindre omfattande vid en uniform lösning eftersom problemet med en divergerande syn på vilka regler som inkluderas i det samordnade området undviks. De återstående svårigheterna, främst skillnaderna i ”stränghet” mellan de olika ländernas regler inom det samordnade området, bör kunna övervinnas genom gemenskapsrättslig harmonisering. Vi talar i så fall om en rationell metod att arbeta sig fram emot en klar och tydligt markerad fri rörlighet för informationssamhällets tjänster.

Första steget är att, som i direktivet, etablera ett (uniformt) samordnat regelområde. När gränserna för detta område ligger fast blir nästa steg att angripa och harmonisera de rättsområden som uppvisar de mest graverande skillnaderna länderna emellan. Den vaga utformningen och de bristfälliga definitionerna som direktivet uppvisar gör att det är närmast utopiskt att föreställa sig att en dylik rationell metod har några större möjligheter att få genomslagskraft inom en nära framtid.[564]

En mer angelägen fördel med en uniform förståelse är att vissa regelkonflikter vid gränsöverskridande handel kan undvikas. För det fall att medlemsstaterna fastställer det samordnade området internt kan diskrepansen nämligen också leda till en osäkerhet angående vilket lands regler som skall tillämpas. Antag att en tjänsteleverantör etablerad i stat A överträder en rättsregel i stat B. Nämnda rättsregel anses i stat A falla inom det samordnade området, medan så ej är fallet i stat B. Med hänvisning till ursprungslandsprincipen kan tjänsteleverantören då åberopa reglerna i etableringslandet A, medan stat B invänder att eftersom den överträdda regeln faller utanför det samordnade området så skall bedömningen ske enligt det landets regler. Med en uniform definition av det samordnade området undviks denna olyckliga situation.

[564] I ingresspunkt 40 talas det dock om att en dylik ordning är önskvärd avseende det ansvar som gäller för tjänsteleverantörer som agerar mellanhänder: ”Detta direktiv bör utgöra en tillämplig grund vid utarbetande av snabba och tillförlitliga förfaranden som syftar till att avlägsna olaglig information och göra den oåtkomlig.” I det fallet tycks meningen emellertid inte vara att det skall handla om åtgärder som vilar på gemenskapsrättslig grund. I stället hävdas att ”Sådana mekanismer skulle kunna bygga på frivilliga överenskommelser mellan alla berörda parter och bör uppmuntras av medlemsstaterna”.

17.2.4.3 Problemet avgränsningen offentlig rätt - privaträtt

En fråga som har nära anknytning till den förra är huruvida privaträtten omfattas av det samordnade området eller ej. [565] Härvid är det väsentligt att beakta att varken offentligrättens eller privaträttens ramar är särskilt klara.[566] Det kan således vara svårt att klassificera vissa regelverk som rent privaträttsliga alternativt offentligrättsliga. En lag som t.ex. marknadsföringslagen, som är direkt relevant vid tillämpningen av direktivet, är offentligrättslig till sin natur men innehåller dessutom regler av privaträttslig karaktär. Ett rättsområde som konkurrensrätten är i Tyskland privaträttsligt reglerat, men ligger i Sverige i gränslandet mellan privaträtten och den offentliga rätten samt är i en del andra stater helt offentligrättsligt reglerat.[567]

Detta leder till ytterligare problem med internationell prägel. Om det samordnade området utgörs av offentligrättsliga regler väcks frågan om hur rättsområden, som i en medlemsstat betraktas som offentligrättsliga och i en annan medlemsstat som privaträttsliga, skall hanteras inom ramen för det samordnade området. Eftersom det är en nödvändighet för en enhetlig tillämpning av direktivets regler att det samordnade området ges ett för samtliga direktivstater gemensamt innehåll är det, vilket också påpekas i den svenska propositionen, GD som slutligen får ta ställning till huruvida privaträtten inkluderas eller ej. Den troliga lösningen är att GD därvid ger begreppet *det samordnade området* en autonom tolkning. Rättspraxis från andra sammanhang visar att GD inte drar sig för att autonomt avgöra huruvida en företeelse faller inom privaträttens område eller ej.[568]

17.2.4.4 Konklusion

Att varje stat på egen hand fastställer ramarna för det samordnade området är oacceptabelt eftersom det resulterar i att området inte är ”samordnat”. Med tanke på att syftet med direktivet är att skapa en rättslig ram för den fria rörligheten av informationssamhällets tjänster torde det vara begränsat med utrymme för åtgärder som ger upphov till divergerande regler och minskad transparens i systemet.

---

[565] Enligt propositionen till e-handelslagen talar mycket för att definitionen av det samordnade området skall tolkas så ”att området är begränsat till krav som det allmänna ställer på tjänsteleverantörerna, dvs. offentligrättsliga krav”. Samtidigt påpekas dock att direktivet är oklart. Se Prop. 2001/02:50, s. 61 f.

[566] Om problemet i internationellt privaträttsliga sammanhang, se *Bogdan (2004)*, s. 82 ff.

[567] Vissa konkurrensbegränsade åtgärder omfattas ej av direktivet, se art. 1.5c. Se även 1 § 2 st. i lagen om elektronisk handel. För en djupare analys av problemet i tysk rätt, se *Mankowski (2001)*.

[568] Se fallet C-167/00, Henkel, REG 2002 s. I-8111. I målet gjordes gällande att en österrikisk konsumentskyddsorganisation utgjorde en offentlig myndighet och att dess talan om förbudsföreläggande mot oskäliga avtalsvillkor utgjorde utövande av offentligrättsliga maktbefogenheter. Därmed skulle talan falla utanför Brysselkonventionens tillämpningsområde, emedan konventionen endast är tillämplig på privaträttens område. Trots att organisationen åtagit sig sina uppgifter i det allmännas intresse och trots att dess rätt att väcka talan om att näringsidkare skall upphöra med rättstridigt handlande följer av lag, ansåg GD ändock att nämnda talan föll inom privaträttens område i den mening som avses i Brysselkonventionens art. 1.i. Avgörandet har givit upphov till vissa frågetecken. För svenskt vidkommande har t.ex. Pålsson påpekat att enligt svensk terminologi kan den berörda talan karakteriseras som marknadsrättslig och att det knappast var självklart att tvisten skulle anses vara av privaträttslig natur, se *Pålsson (2004)*, s. 36. Se även *Bogdan (2002)*, s. 410 ff.

Sett till utgångspunkten att direktivet inte skall påverka den internationella privaträtten, se nedan, kommer den grundläggande frågan, när problemet så småningom bedöms av GD, att vara huruvida den berörda frågeställningen faller inom begreppet privaträtt i den mening som åsyftas i de relevanta internationellt privat- och processrättsliga regelverken. Frågeställningen som sådan är inte ny. Dylika avgränsningar har varit nödvändiga sedan de internationellt privat- och processrättsliga reglerna formulerades och GD har, i den omfattning tolkningsföreträde har förelegat, strävat efter en autonom förståelse som inte nödvändigtvis varit i linje med de enskilda medlemsstaternas. Mot bakgrund av det ovan anförda är det sannolikt att medlemsstaternas respektive tolkning och bestämning av det samordnade områdets innehåll kommer att klargöras först genom framtida avgöranden från GD. Dessa avgöranden kommer i sin tur att leda till en framtida uniform tolkning av det samordnade området.

17.2.5 Direktivets bestämmelser om förhållandet till den internationella privaträtten

I direktivet framhålls vid inte mindre än två tillfällen att den internationella privat- och processrättens nuvarande ställning inte berörs. I ingresspunkt 23 sägs:

> Detta direktiv syftar inte till att införa några nya regler inom internationell privaträtt avseende lagval och berör inte heller domstolars behörighet. Bestämmelser om tillämplig lag som utpekas enligt regler i internationell privaträtt får inte begränsa friheten att tillhandahålla informationssamhällets tjänster enligt vad som föreskrivs i detta direktiv.

Ännu klarare konstateras det i art 1.4:

> Genom detta direktiv införs inte några nya regler om internationell privaträtt, och inte heller berörs domstolars behörighet.

Vid en översiktlig betraktelse tycks det inte råda någon tvekan om att den internationella privaträtten inte berörs av vare sig ursprungslandsprincipen eller några av direktivets övriga bestämmelser. Vid en närmare granskning framgår det emellertid att det inbördes förhållandet mellan ingresspunkt 23 och art. 1.4 är oklar. I ingresspunkt 23 sägs inledningsvis att direktivet inte *syftar*[569] till att införa några nya regler inom internationell privaträtt avseende lagval, en lokution som med sin vaghet skulle kunna tolkas som att införandet av nya lagvalsregler inte helt kan uteslutas. I enlighet med den vaga lokutionen i inledningen ger den fortsatta lydelsen av ingresspunkt 23 ett närmast kontradiktoriskt intryck i förhållande till den skarpa formuleringen i art. 1.4. Enligt andra meningen är ett lagvalsavgörande grundat på existerande lagvalsregler ogiltigt, om avgörandet leder till en begränsning av friheten att tillhandahålla informationssamhällets tjänster enligt direktivet. Härvid bör noteras att den svenska översättningen ger upphov till en viss tveksamhet.[570] Regeln i andra meningen bör nog förstås så, att

---

[569] Eng. *aims*, ty. *zielt*, fr. *a pour objet , Da. til formål.*

[570] En mera korrekt översättning av andra meningen hade varit: ”Bestämmelser i tillämplig lag…”. Jfr engelska ”Provisions of the applicable law designated by rules of private international law…”, franska ”Les dispositions du droit applicable désigné

det inte är de kollisionsrättsliga reglerna som åsyftas utan enbart de materiella normerna som kollisionsreglerna kan komma att utpeka.[571] Genom detta förfarande upphöjs regler utpekade av ursprungslandsprincipen till att i vissa avseenden närmast liknas vid internationellt tvingande, dvs. sådana som skall tillämpas oavsett resultatet av en tillämpning av existerande kollisionsregler.[572] Därigenom kan man förvisso hävda att det inte införs några nya regler vid fastställandet av tillämplig lag i sig – i stället underkänns ”felaktiga” resultat av kollisionsreglernas tillämpning. Enbart framkallandet av en sådan kontrollprocess tillför emellertid ett extra moment vid traditionell lagvalsbestämning. Detta moment kan dessutom leda till helt andra resultat än vad som varit fallet om kontrollprocessen inte genomförts, vilket i sig medför att den internationella privaträtten faktiskt utsätts för en påverkan. Det hade varit önskvärt med en tydligare formulerad regel som mera explicit klargjort direktivets förhållande till den internationella privaträtten.

En trolig anledning till den bristande överensstämmelsen mellan art. 1.4 och ingresspunkt 23 är att de infördes vid olika tidpunkter vid de förhandlingar som föregick direktivet. Dessa förhandlingar kommenteras särskilt nedan i avsnitt 17.3 varvid även diskrepansen mellan art. 1.4 och ingresspunkt 23 kommer att beröras närmare.

17.2.6 De oförenliga bestämmelserna

I presentationen av direktivet har hittills tre huvudområden i direktivet beskrivits, nämligen ursprungslandsprincipen, det samordnade området samt de internationellt privaträttsliga bestämmelserna. Förhållandet mellan dessa tre borde vara okomplicerat; ursprungslandsprincipen gäller för bestämmelser som omfattas av det samordnade området och den etablerade internatioella privaträtten berörs inte. Så enkelt och klart är förhållandet emellertid inte. Direktivet innehåller nämligen också regler som är oförenliga med tanken om det okomplicerade förhållandet.

Det handlar framför allt om fyra olika regler som på olika sätt antyder att nationella bestämmelser av *privaträttslig* karaktär skulle kunna anses vara inkluderade i det samordnade området. Om så är fallet föreskriver direktivet att dessa privaträttsliga bestämmelser, i likhet med övriga bestämmelser inom det samordnade området, skall omfattas av direktivets ursprungslandsprincip i stället för av internationellt privaträttsliga kollisionsregler vid fastställande av tillämplig lag. På så sätt skulle ursprungslandsprincipen komma att etableras som en internationellt privaträttslig kollisionsregel, en konsekvens som är oförenlig med ingresspunkt

---

par les règles du droit international privé…” tyska ”Vorschriften des anwendbaren Rechts, die durch Regeln des Internationalen Privatrecht bestimmt sind…”.

[571] *Fezer & Koos* s. 353 och *Mankowski (2001)*, s. 138. Detta tycks även vara Europaparlamentets uppfattning, se Andrabehandlingsrekommendation om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av direktivet om elektronisk handel, A5-0106/2000, s. 10. För en beskrivning av problemställningen som uppstår i fall de svenska och danska översättningarna skall läggas till grund för tolkningen, se *Østergaard (2002)*, s. 14.

[572] Jfr *Hellner (2003)*, s. 19.

23 och art. 1.4 om att det genom direktivet inte införs några nya bestämmelser om internationell privaträtt.

I det följande skall nämnda fyra bestämmelser och deras eventuella privaträttsliga anknytning presenteras.

A. I direktivets bilaga anges situationer då ursprungslandsprincipen (art. 3.1 och 3.2) inte är tillämplig. Punkt 5 anger att ursprungslandsprincipen inte är tillämplig på

> ”parternas frihet att välja vilken lagstiftning som skall tillämpas på deras avtal.”

Frågan är vilket motiv som ligger bakom detta undantag. Om inte direktivet avser att införa nya regler om internationell privaträtt, varför påtala att en av de mest etablerade internationellt privaträttsliga principerna – rätten att genom utnyttjandet av partsautonomin gemensamt fastställa avtalsstatut – inte omfattas av ursprungslandsprincipen? Skall det ses som ett argument för att andra internationellt privaträttsliga regler skall underkastas ursprungslandsprincipen?

B. I direktivets bilaga anges vidare i punkt 6 att ursprungslandsprincipen inte är tillämplig på

> ”avtalsförpliktelser vid konsumentavtal.”

För att inte stå i strid mot art. 1.4 kan det samordnade området inte omfatta några privaträttsliga aspekter – varför då påtala att vissa avtalsförpliktelser inte omfattas av ursprungslandsprincipen? Skall undantaget tolkas e contrario såsom innebärandes att övriga avtalsförpliktelser skall anses omfattade av ursprungslandsprincipen?

C. I direktivets bilaga anges vidare i punkt 7 att ursprungslandsprincipen inte är tillämplig på

> ”formell giltighet för avtal som skapar eller överför rättigheter i fast egendom där sådana avtal är föremål för tvingande formella krav i lagstiftningen i den medlemsstat där den fasta egendomen befinner sig.”

Om inte direktivet avser att införa nya regler avseende internationell privaträtt, varför påtala att detta formkrav inte omfattas av ursprungslandsprincipen? Lagval rörande avtals giltighet till formen behandlas traditionellt genom internationellt privaträttsliga regler.[573] Skall undantaget förstås så, att övriga regler om formkrav skall anses omfattade av ursprungslandsprincipen?

D. Av art. 2 h) p. i framgår av definitionen av det samordnade området att detta område gäller bl.a. avtal och ansvar:

[573] Se t.ex. art. 9 i Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

> ”Det samordnade området gäller de krav som tjänsteleverantören måste uppfylla när det gäller …
> - utövande av verksamhet som gäller någon av informationssamhällets tjänster, såsom krav i fråga om tjänsteleverantörens beteende, kvaliteten på eller innehållet i tjänster, inbegripet sådana krav som är tillämpliga på reklam och avtal, eller krav som gäller tjänsteleverantörens ansvar.”

Frågan är om kravet på tjänsteleverantören skall förstås så, att det omfattar privaträttsliga krav i samband med enskilda avtal och om det gäller sådant ansvar som kan etablera privaträttsliga ersättningsanspråk. I sådant fall omfattar det samordnade området sådana privaträttsliga moment som får till följd att ursprungslandsprincipen är oförenlig med art. 1.4.

Sammanfattningsvis kan konstateras att genom sin utformning ger direktivet upphov till en komplex situation. Å ena sidan klargörs att den internationella privaträttens ställning inte påverkas. Å andra sidan synes en tillämpning av direktivets föreskrifter få effekter som, i större eller mindre omfattning, inte stämmer överens med traditionellt internationellt privaträttsliga regler.

17.3 Direktivets bakgrund – problemställningarnas uppkomst

Vid försök till förståelse av direktivet uppkommer ett antal frågor, men den kanske mest uppenbara är förmodligen ”Hur kunde det bli så här?”. Som vid många andra frågor som direktivet ger upphov till är det svårt att finna några konkreta svar. En granskning av processen med utarbetandet av direktivet ger dock vissa aningar om hur kampen mellan olika viljor slutat med mer eller mindre övervägda kompromisser.

Redan i kommissionens tidigare nämnda meddelande ”Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel” år 1997 framhölls att den elektroniska handeln erbjuder enorma möjligheter för konsumenter och näringsliv i Europa. Ett snabbt genomförande av sådan handel ansågs därför vara en angelägen uppgift för handeln som helhet, näringslivet och statsmakterna i Europa. För att kunna utnyttja potentialen konstaterades att det var nödvändigt att utarbeta en rättslig ram för den elektroniska handeln. Härvid skulle en huvudprincip vara att inga bestämmelser fick skapas för bestämmelsernas egen skull. Den fria rörligheten för elektroniska handelstjänster skulle effektivt kunna uppnås ”genom ömsesidigt erkännande av nationella regler”.[574] Denna tanke som anses bidraga till den elektroniska handelns fullständiga tillgång till den inre marknaden har nu kommit till uttryck i e-handelsdirektivets ursprungslandsprincip.

Problemet vid utarbetandet av direktivet var att fastställa vilka regler som skulle omfattas av ursprungslandsprincipen, dvs. vilka regler på nationell nivå som skulle ingå i det samordnade området. I kommissionens ursprungliga förslag till direktiv var tanken att vissa rent pri-

[574] Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel: KOM(1997) 157, s. 23.

vaträttsliga aspekter skulle omfattas av ursprungslandsprincipen.[575] Att detta medförde effekter på den internationella privaträttens område stod klart för kommissionen, som till synes såg dessa effekter som oönskade. Därför infördes i dåvarande ingresspunkt 7 regeln om att syftet med direktivet inte var att fastställa särskilda bestämmelser på den internationella privaträttens område avseende tillämplig lag och behörig domstol, jfr första meningen i nuvarande ingresspunkt 23.

I vad som förefaller vara ett försök att ytterligare befästa den internationella privaträttens oberoende kompletterades bestämmelsen i dåvarande ingresspunkt 7 med en regel i art. 3.3 som i princip innebar att direktivförslagets privaträttsliga aspekter inte omfattades av ursprungslandsprincipen, ”utom i den utsträckning den aktuella medlemsstatens lag är tillämplig till följd av dess bestämmelser inom internationell privaträtt”. Tanken verkade, enkelt uttryckt, vara att när ursprungslandsprincipen utpekade ett visst lands bestämmelser så var det inte endast de materiella bestämmelserna som skulle omfattas utan även det landets kollisionsregler.[576] Därigenom skulle den internationella privaträtten fortsätta att tillämpas som vanligt och inte påverkas av direktivet. Det har med rätta ifrågasatts om denna strategi verkligen var hållbar.[577] Härmed kan också konstateras att regeln i ingresspunkt 23 sålunda har, om än med vissa brister, varit en del av direktivets grundläggande struktur sedan första början.

Annorlunda förhåller det sig med regeln i art. 1.4. Kommissionens ursprungliga intentioner om att vissa privaträttsliga aspekter uttryckligen skulle omfattas av direktivet befanns oacceptabla för ett stort antal medlemsstater. I ett sent skede av förhandlingarna i rådet avlägsnades de berörda reglerna, däribland den ovan omtalade regeln i art 3.3, för att ersättas av bestämmelsen i art. 1.4.[578]

Slutsatsen är att ingresspunkt 23 och art. 1.4 inte baseras på en grundläggande tanke om ett klargjort förhållande till den internationella privaträtten. När de privaträttsliga artiklarna avlägsnades hade det varit önskvärt att även revidera ingresspunkt 23 och på nytt se över relationen till den internationella privaträtten. Så skedde emellertid inte. Syftet med införandet av art. 1.4 synes vara att tydligt markera privaträttens bortfall. Samtidigt infördes andra meningen i ingresspunkt 23 om att bestämmelser om tillämplig lag som utpekas enligt regler i internationell privaträtt inte får begränsa friheten att tillhandahålla informationssamhällets tjänster enligt vad som föreskrivs i direktivet.

Lösningen bär tydlig prägel av att vara en kompromiss vars konsekvenser inte fullt ut beaktats. Vid åtminstone ett tillfälle under processens gång ledde oklarheterna till att kommiss-

---

[575] Se förslaget KOM (1998) 586 slutlig art 9-11. Det kan tilläggas att privaträttsliga aspekter omfattades även av det första ändringsförslaget, se KOM (1999) 427 slutlig, innan de slutligen avlägsnades.

[576] *Hoeren (1999)*, s. 195.

[577] *ib.*

[578] Detta enligt det danska lagförslaget, se Lovforslag nr. L 61, Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel av 020129, s. 13. Enligt bemærkningerne (motiven) skulle regeln i art. 1.4 blivit införd för att markera att ursprungslandsprincipen inte längre omfattade privaträttsliga aspekter.

ionen anmodades att sammankalla till ett implementeringsmöte i syfte att reda ut problemen och gemensamt med medlemsstaterna utarbeta ett klarläggande. Denna anmodan hörsammades dock inte.[579]

18 ÄR E-HANDELSDIREKTIVETS URSPRUNGSLANDSPRINCIP EN KOLLISIONSREGEL?

"Die letztere Regelung zeigt, daß die Kommission entweder keine Ahnung von IPR hat oder eine solche große Kenntnis hat, daß einem angst und bange wird." *

18.1 Inledning

Frågan om ursprungslandsprincipen påverkar eller t.o.m. skall anses utgöra en del av den internationella privaträtten kan förefalla irrelevant mot bakgrund av stadgandena i art. 1.4 och ingresspunkt 23. Problemet är som ovan visats att flera av direktivets övriga regler inte tycks vara förenliga med nämnda stadganden då de ger det motsägelsefulla intrycket att det samordnade området, och därmed ursprungslandsprincipen, rent faktiskt omfattar privaträttsliga aspekter. Om så är fallet är reglerna logiskt oförenliga.

Allt sedan det första utkastet till e-handelsdirektiv har det i mer eller mindre klara ordalag hävdats att ursprungslandsprincipen skulle ha ett kollisionsrättsligt innehåll.[580] Även om en sådan argumentation kanske kan härledas ur direktivtexten är det emellertid inte givet att så är fallet. Redan den gemenskapsrättsliga grunden för direktivet innebär att någon kollisionsrättslig reglering åtminstone inte kan ha varit ett syfte i sig. Inte heller förekomsten av de oförenliga reglerna måste nödvändigtvis tolkas som ett uttryck för införande av en ny kollisionsregel.

---

[579] Se det danska lagförslaget, se Lovforslag nr. L 61, Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel av 020129, s. 13. Jfr även den möjlighet som det s.k. direktiv 98/34-förfarandet ger upphov till, se nedan 17.4.

[*] Professor Thomas Hoeren angående utformningen av ursprungslandsprincipens tillämpningsområde i det första förslaget till e-handelsdirektiv , se *Hoeren (1999)*, s. 195.

[580] Se bl.a. *Hoeren (1999)*, s. 195; *Mankowski (2001)*; *Moerel*; *Nielsen (2001)*, s. 84 f.; *Nielsen (2002)*; *Roebuck*, 29-32; *Walden*; *Veermer*, s. 184.

18.2 Ett gemenskapsrättsligt missförstånd?

Bedömningsgrunder för huruvida det samordnade områdets omfattar privaträtten kan sökas även utanför själva direktivtexten och diskussionen i doktrinen. Så har t.ex. medarbetare vid kommissionen, Pia Lindholm och Frithjof A. Maennel, (GD Inre marknaden) givit uttryck för att direktivet är tillämpligt på alla rättsområden, inklusive privaträttsliga.[581] I en artikel kommenterar de direktivet och några av dess konsekvenser. I samband härmed uttalas också att ärenden där frågor om tillämplig lag avseende såväl inom- som utomkontraktuell karaktär kan påverkas av direktivet, i den mån tillämpningen av existerande lagvalsregler ”…*would be incompatible with the proper functioning of the Internal Market for electronic commerce*…”. Enligt författarna har undantagen i bilagan till syfte att upprätthålla status quo i vissa specifika sammanhang, vilket skulle innebära att Romkonventionen och – som alltid – principen om fri rörlighet skall styra lagvalet i dessa fall.

Det är viktigt att notera att författarna inleder sin artikel med en *disclaimer* i vilken de klargör att ståndpunkterna i artikeln är deras egna och på intet sätt uttrycker kommissionens uppfattning i frågan. Att liknande uppfattningar cirkulerar bland kommissionens medarbetare är dock ett känt faktum.[582] Nämnda uppfattningar manifesterar måhända endast kommissionens ursprungliga vision om en fullständig ursprungslandsprincip. Kommissionens tolkning väger i och för sig inte tyngre än någon medlemsstats, men det är icke desto mindre tankeväckande att budskapet i art 1.4 och ingresspunkt 23 inte bara negligeras av Lindholm och Maennel, utan även att de så tydligt argumenterar för en förståelse av direktivet som är diametralt motsatt stadgandena i själva direktivtexten.

Även parlamentet har vid utarbetandet av direktivet, som skedde enligt det s.k. medbeslutandeförfarandet i EGF art. 251, i sin andrabehandlingsrekommendation[583] uttryckt att såväl privaträttens som den internationella privaträttens status i direktivet är klar. Med hänvisning till det ändrade förslaget, KOM(1999) slutlig, uttalas:

> ” Internationell privaträtt: I enlighet med parlamentets krav är den gemensamma ståndpunkten nu mycket tydlig när det gäller direktivets företräde över den internationella privaträtten, eftersom den föreskriver att tillämpningen av den internationella rätten, även om direktivet inte som sådant utgör en tilläggsregel till denna, inte får begränsa den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster, så som de fastställs i direktivet. Artikel 3 skall tillämpas på alla områden inom nationell rätt, inbegripet privaträtt (utom när det gäller de frågor som anges i bilagan). Slutligen klargörs i den gemensamma ståndpunkten att den inte behandlar domstolarnas behörighet, eftersom artikel 3 faktiskt enbart handlar om den lagstiftning som måste följas när det gäller informationssamhällets tjänster.”

En annorlunda tillämpning av direktivets regler vore således liktydigt med en avvikelse från den utformning som Parlamentet utgått ifrån vid godkännandet och antagandet av direktivet.

---

581 Se *Lindholm och Maennel*, s. 19.

582 Se Crabit, E., La directive sur le commerce électronique, Revue de Droit de l’Union Européenne 4/2000, s. 793. Se även Lovforslag nr. L 61, Forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel av 020129, s. 13.

583 Slutlig version A5-0106/2000.

Nielsen menar att det i så fall skulle innebära ”at man ikke respekterer Parlamentets andel af lovgivningsmagten i EU.”[584]

I diskussionen har som argument mot ovanstående framförts att om syftet med direktivet är att införa en internationellt privaträttslig kollisionsregel så måste det *gemenskapsrättsliga grundlaget* för direktivet ifrågasättas. Direktivet är utarbetat av *Generealdirektoratet för inre marknaden* och av ingressen framgår att det är antaget med stöd av särskilt artikel 47.2 samt 55 och 95 i EG-fördraget. Dessa artiklar kan inte användas som rättslig grund för att etablera nya internationellt privaträttsliga regleringar; för sådana krävs stöd av artikel 65 i EG-fördraget. Mot bakgrund av att direktivets art. 1.4 klart markerar att några nya internationellt privaträttsliga regler inte införs och med tanke på att direktivet dessutom inte har stöd av artikel 65 i EG-fördraget är utrymmet för förfäktanden att direktivets ursprungslandsprincip utgör en internationellt privaträttslig kollisionsregel ytterligt begränsat. Skulle likväl hävdas att så är fallet kan den yttersta konsekvensen bli att direktivet ogiltigförklaras. GD har i tidigare fall ogiltigförklarat ett direktiv bl.a. med motiveringen att detta antagits med stöd av artiklar som ”*inte utgör en korrekt rättslig grund för direktivet*”.[585]

Harmonisering av den internationella privaträtten sorterar under det civilrättsliga samarbete som *Generealdirektoratet för rättsliga och inrikes frågor* ansvarar för. I bakgrunden kan anas en intern principdiskussion i kommissionens korridorer mellan *Generealdirektoratet för inre marknaden* och *Generealdirektoratet för rättsliga och inrikes frågor*. Det har noterats att medarbetarna vid förstnämnda generaldirektorat uppenbart argumenterar för en utvidgning av den gemenskapsrättsliga ursprungslandsprincipen så att denna även når in på det privaträttsliga området,[586] medan *Generealdirektoratet för rättsliga och inrikes frågor* i sitt arbete med Rom I- respektive Rom II-förordningen verkar fokusera på lösningar som ligger i linje med i medlemsstaterna redan etablerade internationellt privaträttsliga principer.[587] Den diskussion som e-handelsdirektivets ursprungslandsprincip har fört med sig har förutsättning att bli långvarig.

---

[584] *Nielsen (2001)*, s. 75.

[585] Se mål C-376/98 Förbundsrepubliken Tyskland mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd. Fallet rörde direktiv 98/43/EG om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror. Se även Mål C-74/99 The Queen mot Secretary of State for Health m.fl., ex parte Imperial Tobacco Ltd m.fl.

[586] Förutom e-handelsdirektivet, se t.ex. art 16 i förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tjänster på den inre marknaden KOM(2004) 2 slutlig.

[587] Se Grönbok om omvandling av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser till ett gemenskapsinstrument och dess revidering i samband därmed KOM/2002/0654 slutlig, respektive Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II) KOM/2003/0427 slutlig.

18.3 En närmare studie av de oförenliga reglerna

18.3.1 Inledning

Oavsett om man utgår ifrån att ursprungslandsprincipen utgör en kollisionsregel eller ej finns det skäl att undersöka hur de oförenliga reglerna kan förstås vid en tillämpning av direktivet. I det följande skall dessa regler studeras närmare.

18.3.2 Undantaget rörande partsautonomin

I bilagan undantas parternas frihet att välja vilken lagstiftning som skall tillämpas på deras avtal från ursprungslandsprincipens tillämpningsområde. Frågan är vilket motiv som föranlett införandet av detta undantag. Svaret skiljer sig åt beroende på om man utgår från bestämmelsen i art. 1.4 eller ingresspunkt 23. Ännu en gång aktualiseras diskrepansen mellan de bestämmelser som behandlar direktivets förhållande till den internationella privaträtten. Utgår man från ordalydelsen i art. 1.4 är frågan varför man överhudtaget klargör att parternas rätt att utnyttja partsautonomin vid lagvalssammanhang inte berörs av ursprungslandsprincipen.

En systematisk tolkning leder till att ett undantags existens är beroende av en regel - ingen regel, inget undantag. Frågan är då vilken *regel* som här föranleder undantaget. I och med att det är en internationellt privaträttslig princip som undantas från ursprungslandsprincipen, blir den logiska slutsatsen att *regeln* är att andra internationellt privaträttsliga principer omfattas av ursprungslandsprincipen. Detta är obestridligen det sätt på vilket dylika undantag brukar förstås. Problemet är att en sådan tolkning står i strid mot bestämmelsen i art. 1.4. Söker man motivet för undantagets existens i ljuset av ingresspunkt 23 blir svaret delvis annorlunda. Enligt ingresspunkt 23 får inte bestämmelser om tillämplig lag som utpekas enligt regler i internationell privaträtt begränsa friheten att tillhandahålla informationssamhällets tjänster enligt vad som föreskrivs i direktivet.

En strikt tolkning av ingresspunkt 23 leder till att ingen internationellt privaträttslig bestämmelse får leda till begränsningar av nämnda frihet. Antag att det i det inledande fallet med Kreditkassen och Debitor förelegat en lagvalsklausul som utpekade svensk lag som avtalsstatut. Om denna lagvalsklausul skulle medföra att avtalet ogiltigförklarades kan det förstås som att en bestämmelse om tillämplig lag utpekad enligt regler i internationell privaträtt rent faktiskt begränsat friheten att tillhandahålla Kreditkassens tjänst. Detta förfarande skulle således stå i strid mot bestämmelsen i ingresspunkt 23.

Genom en tillämpning av undantaget i bilagan kan t.ex. parterna i det aktuella fallet ändå ges rätt att välja svensk (eller annat lands) lag som avtalsstatut, oavsett att konsekvensen blir att nämnda frihet begränsas. Kan det anses vara i överensstämmelse med bestämmelsernas syfte? Frågan bör enligt min mening besvaras jakande.[588] Rättigheten för parterna att välja lag är en del av den internationella privaträtten, men också en del av en grundläggande avtalsfrihet. Undantaget i bilagan borgar för att parterna själva skall tillåtas råda över sitt avtal, även

[588] Så även *Nielsen (2001)*, s. 110.

om konsekvensen skulle vara en sådan begränsning av den fria rörligheten för informationssamhällets tjänster som i normalfallet vore i strid mot ingresspunkt 23.

Det egentliga problemet utgörs således av oklarheten rörande vilken av art. 1.4 och ingresspunkt 23 som skall vara den rådande i direktivets förhållande till den internationella privaträtten. Denna oklarhet kan i princip endast behandlas i ett helhetsperspektiv, i vilket även den fördjupade studien av övriga motstridiga och svårfattliga bestämmelser ingår.

18.3.3 Förpliktelser vid konsumentavtal

Nästa undantag från ursprungslandsprincipens tillämpningsområde, *"förpliktelser vid konsumentavtal",* berör frågan huruvida det samordnade området omfattar privaträttsliga aspekter eller ej. Om utgångspunkten är att direktivet *inte* inkluderar privaträtt är den naturliga följden att ingen avtalsförpliktelse skall omfattas av direktivets regler. Men det faktum att vissa avtalsförpliktelser uttryckligen undantas kan tala för att *andra* avtalsförpliktelser skall anses inkluderade.

I propositionen till e-handelslagen vidgår man att en svensk författningstext normalt skulle förstås på så sätt.[589] Trots det utgår propositionen från den annorlunda tolkning som ursprungligen framfördes i promemorian[590], nämligen att det samordnade området är begränsat till krav som det allmänna ställer på tjänsteleverantörerna, dvs. endast offentligrättsliga krav.[591] Ställningstagandet motiveras bl.a. med att direktivet måste ses som "resultatet av ett omfattande och bitvis besvärligt förhandlingsarbete där flera olika viljor har måst tillgodoses inom ramen för kompromisslösningar". Propositionen döljer emellertid på intet sätt att osäkerhet ännu råder. Det framhålls att "direktivet är oklart och att någon uttrycklig regel som anger att civilrättsliga frågor inte omfattas av direktivet finns inte". [592] Vidare påpekas att det i sista hand är en uppgift för GD att avgöra direktivets innebörd. Sett till direktivets och regelns bakgrund kan konstateras att det berörda undantaget har funnits med alltsedan det första direktivförslaget lades fram. Med tanke på att de första förslagen innehöll bestämmelser av privaträttslig karaktär var motivet för undantaget tydligare. I annat fall riskerade nämligen konsumentavtal att omfattas av ursprungslandsprincipen vilket kunde leda till för konsumenterna främmande lag, vilket genom hela förfarandet ansetts som icke önskvärt.

I väntan på GD:s avgörande är det i nuläget endast möjligt att spekulera i hur undantaget skall förstås. Oavsett om bevarandet av undantaget är fullt avsiktligt, en kompromiss eller om det skulle råka vara så att undantaget "glömdes" kvar vid den slutliga revideringen, så utgör undantaget en del av det slutliga direktivet som på något sätt skall beaktas vid tillämpningen.

Förståelsen av oklara bestämmelser kan underlättas om det är möjligt att utröna de bakomliggande motiven. I sökandet efter sådana finner jag i princip endast två rationella för-

---

589 Prop. 2001/02:150, s. 62.

590 Ds 2001:13.

591 Ds 2001:13, s. 90 f.

592 Prop. 2001/02:150 s. 62.

klaringar till förekomsten av den aktuella bestämmelsen. Den ena är att direktivet, trots slopandet av de privaträttsliga bestämmelserna, fortsatt omfattar vissa privaträttsliga aspekter. Dessa skulle i så fall ingå i det samordnade området och därmed omfattas av ursprungslandsprincipen. Behovet av undantaget skulle då vara påkallat i syfte att skydda konsumenterna från en tillämpning av främmande rätt, medan en sådan tillämpning skulle vara påbjuden för andra än konsumenter när ursprungslandsprincipen appliceras.

Om denna förklaring prövas mot de bakomliggande förutsättningarna så motsägs den definitivt av art 1.4 – direktivet skall inte införa några nya regler på den internationella privaträttens område; privaträttsliga aspekter är sålunda exkluderade från direktivets tillämpningsområde oavsett om det är fråga om konsumenter eller ej. Förklaringen kan dock anses vara förenlig med ingresspunkt 23. Om tillämpning av den lag som utpekas av internationellt privaträttsliga bestämmelser begränsar den fria rörligheten av informationssamhällets tjänster skall ursprungslandsprincipen ha företräde. Privaträtten är då inkluderad och undantaget borgar då för att nämnda företräde inte omfattar avtalsförpliktelser vid konsumentavtal.

Den andra tänkbara förklaringen till motivering för undantagets existens utgår ifrån direktivets syn på själva termen *avtalsförpliktelser i konsumentavtal*. Om definitionen av begreppet är sådan att med begreppet också förstås viss verksamhet, t.ex. marknadsföring, som kan leda till konsumentavtal och som kan komma att aktualiseras i konsumentsammanhang, ex. på grund av konsumentskyddslagstiftning, så kommer undantaget i delvis nytt ljus. Undantaget skulle då kunna vara motiverat av en generell vilja att inte utsätta existerande konsumentskyddsregler för någon påverkan av ursprungslandsprincipen och därmed inte att stadga att avtalsförpliktelser i övrigt omfattas av ursprungslandsprincipen.

För att sistnämnda förklaringsmodell skall kunna tas för god måste två delfrågor besvaras jakande. Delfråga 1) är om direktivet ger uttryck för en vilja att inte utsätta existerande konsumentskyddsregler för någon påverkan av ursprungslandsprincipen och delfråga 2) om direktivets definition av begreppet avtalsförpliktelser i konsumentsammanhang inkluderar sådan verksamhet som omfattas av dessa konsumentskyddsregler.

Vad den första delfrågan angår visar en närmare studie att konsumentaspekter genomgående särbehandlas i direktivet. Alltsedan det första förslaget har det funnits en uttalad ambition att säkerställa en hög nivå av konsumentskydd.[593] I ingresspunkt 11 uttalas att ”Detta direktiv påverkar inte skyddsnivån för i synnerhet folkhälsa och konsumentintressen såsom dessa fastställts i gemenskapsakter”. Härvid nämns bl.a. direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal och direktiv 97/7/EG om konsumentskydd vid distansavtal (distansavtalsdirektivet). Dessa påstås utgöra en viktig beståndsdel för att skydda konsumenter i avtalsfrågor och är dessutom tillämpliga i sin helhet på informationssamhällets tjänster. Vidare nämns att ”gemenskapens regelverk som även tillämpas fullt ut på informationssamhällets tjänster omfattar också i synnerhet” ett antal direktiv av mera marknadsmässig karak-

[593] Se t.ex. ingresspunkterna 10 och 11, som i både första och andra förslaget (KOM (1998) 586 slutlig respektive (KOM (1999) 427 slutlig) motsvaras av ingresspunkterna 6 respektive 14.

tär.[594] Avslutningsvis i ingresspunkt 11 framförs att e-handelsdirektivet kompletterar de krav på information som fastställs i all de nämnda direktiven, i synnerhet distansavtalsdirektivet.

Dessutom klargörs i ingresspunkt 55 att ”direktivet påverkar inte den lag som är tillämplig på avtalsförpliktelser som följer av konsumentavtal” och ”följaktligen” kan en tillämpning av direktivet ”inte leda till att konsumenten förlorar det skydd som han får genom tvingande regler om avtalsförpliktelser enligt lagstiftningen i den medlemsstat där han har sin hemvist”.

Slutsatsen är i mina ögon att direktivet ger uttryck för en strävan att hålla den etablerade skyddsnivån för konsumenter intakt. Utgångspunkten tycks vara ett bibehållande av status quo och, där direktivet har något att tillföra angående informationskrav, låta detta ”komplettera” existerande regler som är etablerade genom tidigare direktiv och som omfattas av informationssamhällets tjänster. Ingenting talar för att ursprungslandsprincipen på något sätt skulle ges företräde i ett sammanhang där etablerade regler är tillämpliga. Svaret på den första delfrågan blir således jakande; direktivet får anses ge uttryck för en vilja att inte utsätta existerande konsumentskyddsregler för någon påverkan av ursprungslandsprincipen, oavsett vad slags skyddsregler det än må vara fråga om.

Så till den andra delfrågan: Inkluderar direktivets definition av begreppet avtalsförpliktelser i konsumentsammanhang sådan verksamhet som kan leda till avtal som omfattas av ovan nämnda konsumentskyddsregler? Eftersom min uppfattning i frågan baseras på en tämligen omfattande redogörelse väljer jag att redan nu klargöra att även denna fråga enligt min uppfattning kan besvaras jakande. Anledningen är att begreppet avtalsförpliktelser i konsumentavtal främst behandlas i ingresspunkt 56. Här klargörs även att viss information vid marknadsföringen skall räknas som avtalsförpliktelse vid tillämpning av direktivet:

> När det gäller undantaget i detta direktiv beträffande avtalsförpliktelser vid avtal ingångna av konsumenter bör dessa förpliktelser tolkas så att de innefattar information om de väsentliga delarna i avtalets innehåll, däribland rättigheter för konsumenten, som har ett avgörande inflytande på beslutet att ingå avtal.

Bestämmelsen kan läsas som ett uttryck för svårigheten att kombinera ursprungslandsprincipen, e-handelsdirektivets vilja att hålla det etablerade konsumentskyddet oförändrat och de nationella regler som (baserade på gemenskapsrättsliga initiativ) detta konsumentskydd baseras på.

---

[594] Här uppräknas bl.a. direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam, direktiv 98/6/EG om konsumentskydd i samband med prismärkning av varor som erbjuds konsumenter, direktiv 92/59/EEG om allmän produktsäkerhet, direktiv 98/27/EG om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas intressen, direktiv 1999/44/EG om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.

De gemenskapsrättsliga initiativen på områden rörande konsumenter och marknadsfrågor har resulterat i lagstiftning som innehåller såväl offentligrättsliga som privaträttsliga bestämmelser. Resultaten av genomförandt i de olika medlemsstaterna kan vid jämförelse uppvisa en viss diskrepans inom såväl det offentligrättsliga som det privaträttsliga området eftersom det ofta rör sig om s.k. minimidirektiv. Dessa ger medlemsstaterna möjligheten att (inom EG-fördragets ramar) på nationell nivå införa regler som är förmånligare för konsumenterna än de regler som anges i direktivet. Däremot får de nationella reglerna inte medföra att konsumenterna får ett sämre skydd än det som uppställs i direktivet.

Nämnda diskrepans kan vid gränsöverskridande marknadsföring ge upphov till vissa problem – marknadsföring som normalt betraktas som otillbörlig i Sverige kan anses lagenlig i en annan medlemsstat och vice versa.[595] I kommissionens grönbok ”Commercial Communications in the Internal Market”[596] uttalades följande angående vilseledande reklam:

> ”The wide differences in national measures in this area are reflected in the Directive on misleading advertising. Certain differences remain between Member States, which to some extent may be explained by the directive's minimal harmonisation or by its definition of ”misleading”… But different degrees of restriction arise too from different national definitions of ”misleading”. In Member States where the definition is narrow, advertising may be banned which, in another Member State, would precisely be seen as informative advertising. Survey results suggest that these differences in interpretation across a number of Member States are creating real barriers to the flow of advertising services.”

Efter grönbokens publicering har ytterligare åtgärder vidtagits för att slipa av de värsta bristerna på överensstämmelse mellan medlemsstaterna samt för att tillhandahålla effektiva medel att behandla reklamationer från konsumenter vid gränsöverskridande köp.[597] Trots detta är lagstiftningen i olika stater inte uniform.[598] Detta synes främst ha sin orsak i de skillnader i nationell lagstiftning som uppstår p.g.a. direktivens karaktär av minimidirektiv och det faktum att EG-rätten i sig inte innehåller någon heltäckande och enhetlig marknadsföringsrätt.

Varför är då detta relevant vid en praktisk tillämpning av e-handelsdirektivet? Jo, när det är en uttalad avsikt i E-handelsdirektivet att inte påverka skyddsnivån för konsumentintressen så som dessa fastställts i gemenskapsakter uppstår vissa problem. Så är det t.ex. osäkert om e-handelsdirektivet hänsyftar till den grad av (minimi-)skyddsnivå som anges i akterna. Alternativet är den skyddsnivå som varje konsument i respektive medlemsstat är tillförsäkrad genom de nationella regler som är resultatet av genomförandet av gemenskapsakterna. Sett till ordalydelsen i ingresspunkt 11 är det minst den skyddsnivå som fastställts i de berörda akterna:

---

595 Problemet har i marknadsrättsliga sammanhang uppmärksammats av bl.a. *Larsson*, s. 37.

596 KOM/1996/192.

597 Så har t.ex. direktiv 84/450/EEG om vilseledande och jämförande reklam ändrats genom direktiv 97/55/EG, vilket för svensk del bl.a. resulterat i att MFL tillförts 8a §. Vidare kan nämnas direktiv 98/6/EG om prismärkning, det tidigare nämnda direktiv 98/27/EG om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas intressen samt direktiv 1999/44/EG om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier. Se även rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet om reklamationer från konsumenter med avseende på distansförsäljning och jämförande reklam, KOM(2000) 127 slutlig.

598 Jfr *Carlén-Wendels*, s. 207 f. och *Svensson m.fl.*, s. 666.

”Detta direktiv påverkar inte skyddsnivån för i synnerhet…konsumentintressen såsom dessa *fastställts i gemenskapsakter*” (min kursivering). Samtidigt talar ordalydelsen av ingresspunkt 55 för att omständigheter som rör förpliktelser vid konsumentavtal skall bedömas i enlighet med den nationella skyddsnivå som genomförandet av gemenskapsakterna resulterat i: ”detta direktiv [kan] inte leda till att konsumenten förlorar det skydd som han får genom tvingande regler om avtalsförpliktelser…där han har sin hemvist”. Beaktat att konsumentskyddsdirektiven är minimidirektiv vilkas genomförande i nationell rätt ger konsumenterna i de olika staterna olika skydd, samt att vissa av dessa direktiv behandlar marknadsföringens betydelse för avtalsinnehållet,[599] drar jag slutsatsen att avsikten i e-handelsdirektivet är att undvika konflikt med varje skyddsregel som etablerats till förmån för konsumenter i respektive medlemsstat. Detta oavsett hur skyddsreglerna utformats i nationell rätt.

Därmed uppstår frågan om vad som händer när en marknadsföringsåtgärd är tillåten i den stat där tjänsteleverantören är etablerad men inte i den stat där konsumenten har sin vanliga vistelseort Antag t.ex. att en i EES-staten Beneluxugal etablerad tjänsteleverantör i sin marknadsföring riktar sig även mot konsumenter utanför denna stat. I marknadsföringen uttalas att en produkt är så förträfflig att livstids garanti utlovas. I Sverige har marknadsdomstolen förklarat att livstidsgarantier är att anse som otillbörliga.[600] Så länge sådana inslag är tillåtna enligt marknadsföringsrätten i Beneluxugal kan det emellertid enligt direktivets huvudprinciper bli svårt att utifrån svensk ståndpunkt åberopa denna otillbörlighet. Möjligheten att förbjuda en fortsatt användning av ett oskäligt villkor som detta, dvs. ett ingripande för att skydda konsumenter som kollektiv, skall nämligen i enlighet med ursprungslandsprincipen prövas enligt beneluxugalisk rätt. Det skulle strida mot e-handelsdirektivets syften om effektprincipen i den svenska marknadsrätten i stället skulle tillämpas. Gränsen för tillämpning av beneluxugalisk rätt får anses gå vid den skyddsnivå som fastställts i de berörda gemenskapsakterna, jfr. e-handelsdirektivets ingresspunkt 11.[601]

Det är här undantaget om avtalsförpliktelser vid konsumentavtal kommer in. Eftersom redan informationen (marknadsföringen) om de väsentliga delarna av avtalet skall utgöra en del av avtalsförpliktelser vid avtal ingångna av konsumenter,[602] överförs i direktivet en del av det som normalt räknas såsom inkluderat i det samordnade området till att ligga utanför detta område.

Om man väljer att utgå från denna tolkning av direktivet kan undantaget i bilagan förstås så, att det är tillkommet för att tjäna två syften. Dels att klargöra att avtalsförpliktelser vid

---

[599] Se t.ex. art 2 direktiv 1999/44/EG om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.

[600] Se t.ex. Nop 1414/68 och MD 1993:2. Skälet synes bl.a. vara att det inte är klart vad som menas med livstid eller vems livstid som åsyftas.

[601] Härvid bortses från möjligheten för medlemsstaten att genom åtgärd som avses i art. 3.4 a) mom. 4 undanta ursprungslandsprincipens tillämpning.

[602] Se e-handelsdirektivets ingresspunkt 56.

konsumentavtal över huvud taget aldrig kan komma att omfattas av ursprungslandsprincipen,[603] dels att klargöra att även viss marknadsföring enligt direktivets definition skall ses som avtalsförpliktelse även om det inte hade varit fallet i nationell rätt.[604] Det bakomliggande motivet skulle då kunna vara att säkra att det konsumentskydd som etablerats genom tidigare gemenskapsakter lämnas intakt och att, trots viss divergens i detta skydd, medlemsstaterna fortfarande äger tillämpa autonom marknadsföringslagstiftning i konsumentsammanhang. Därmed skulle även den andra delfrågan kunna besvaras jakande. Direktivets definition av begreppet avtalsförpliktelser i konsumentsammanhang inkluderar sådan verksamhet som omfattas av de konsumentskyddsregler som enligt direktivet skall lämnas intakta.

Sammanfattningsvis kan sägas att undantagets existens ger upphov till en betydande osäkerhet om direktivets inställning till privaträtten. Med den utformning och inplacering undantaget har i direktivet kan det utgöra ett argument för att privaträtten omfattas. Med tanke på det ursprungliga syftet med undantaget är det emellertid inte nödvändigtvis fallet. Undantaget kan också utgöra en kvarleva från en period under utarbetandet då hela direktivet hade ett annorlunda innehåll. Om det är så bör frågan rätteligen ställas om varför undantaget inte också avlägsnades vid den slutgiltiga revideringen. Svaret kan mycket väl vara att konsekvensen av att behålla det inte beaktades fullt ut i hastigheten. Det kan också vara så att undantagets förtydligande syfte var av sådan vikt att det ansågs lämpligt att behålla det.

Undantaget kan således förstås på två sätt. Det kan ses som uttryck för att privaträttsliga aspekter, avtalsförpliktelser utanför konsumentavtal, skall omfattas av det samordnade området. Undantaget kan också ses som en kombination av ett klargörande om att konsumenter inte på grund av ursprungslandsprincipen skall förlora det skydd tvingande regler ger i hemvistlandet och att klargöra att viss verksamhet i samband med marknadsföringen kommer, oavsett verksamhetens lovlighet i ursprungslandet, att räknas som avtalsförpliktelser när det är fråga om rättsförhållanden med konsumenter. Mot en sådan bakgrund förefaller undantaget mindre ägnat att tjäna som argument i ett *e contrario*-resonemang om att undantagets existens måste innebära att andra avtalsförpliktelser än de i konsumentavtal omfattas av ursprungslandsprincipen. Den naturliga följden är i enlighet härmed inte ett motsatsslut, utan i stället konstaterandet att utanför konsumentförhållanden faller all marknadsföring under ursprungslandsprincipens tillämpningsområde. Det förtjänar att understrykas att ursprungslandsprincipen är huvudregeln vid marknadsföring som omfattas av direktivet och att det i viss omfattning kan komma att medföra förändringar även för konsumenter.[605]

---

[603] Denna förståelse av undantaget präglar även de svenska förarbetena, se t.ex. Se Ds 2001:13, s. 91 och prop. 2001/02:150 s. 61.

[604] Detta gör det möjligt att t.ex. tillämpa lagen (1994:1512) om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Med tanke på utformningen av ingresspunkt 56 är det nog så, att förutsättningen för en sådan tillämpning är att marknadsföringen resulterat i ett relevant gensvar från en svensk konsument, jfr. prop. 2001/02:150 s. 67.

[605] Även OECD har tagit fram vissa riktlinjer för konsumentskydd vid elektronisk handel. Dessa stipulerar bl.a. att företag som ägnar sig åt gränsöverskridande marknadsföring och handel bör ta hänsyn till de krav som gäller i det land som marknadsföringen riktar sig till..

Den sistnämnda förståelsen är inte helt lättillgänglig och förmodligen hade det varit till direktivets fördel om man hade valt ett annorlunda, tydligare, sätt att utforma bestämmelsen. Det finns skäl att misstänka att den nuvarande formuleringen, eftersom den infördes redan på förslagsstadiet när privaträttsliga aspekter var inkluderade i direktivet, av någon anledning fick kvarstå helt oförändrad när de privaträttsliga aspekterna avlägsnades. Om tanken var att klargöra konsumentens rättigheter i ett regelverk där privaträttsliga regler var inkluderade så betyder det inte att undantaget måste ha givits ett nytt och annorlunda syfte när de privaträttsliga bestämmelserna togs bort.

Avslutningsvis bör påpekas att direktivet även genom art.3 p.4 a) tillåter medlemsstaterna att vidta åtgärder för undantag från ursprungslandsprincipen i syfte att skydda konsumenter. Sådan åtgärd är dock förenad med stränga krav[606] och är ägnad att tillämpas först då allvarligare hot mot konsumentskyddet kommer på tal. Krav i svensk konsumentskyddslagstiftning som är strängare än den miniminivå som anges i gemenskapsrättsliga rättsakter kan knappast utgöra tillräcklig grund för vidtagande av dylika åtgärder.[607]

18.3.4 Formkrav

Det tredje undantaget tillåter formkrav som hindrar att avtal ingås på elektronisk väg om det gäller avtal som skapar eller överför rättigheter i fast egendom. Undantaget är nära förbundet med art. 9.1 vari föreskrivs att ”Medlemsstaterna skall se till att deras rättssystem tillåter att avtal ingås på elektronisk väg.”[608] Medlemsstaterna ges dock frihet att från kravet undanta alla eller vissa avtal inom fyra angivna avtalskategorier enligt art 9.2, men nödvändigheten och tillämpningen av undantagen skall fortlöpande rapporteras till kommissionen.[609]

Spörsmålet är här om nämnda bestämmelser angående formkrav kan bidra till klarhet rörande frågan om det samordnade området omfattar privaträtten eller ej.

Frågor om formell giltighet av avtal faller normalt under privaträtten. Detta gäller även vissa aspekter av de i direktivets art. 9 reglerade bestämmelserna. Det remarkabla är att endast ett av undantagen i art 9.2 också är omnämnt i direktivets bilaga, nämligen det tidigare nämnda om skapande eller överförande av rättigheter i fast egendom. Sådana avtalstyper omfattas därmed inte av det samordnade området och ursprungslandsprincipen. Men kan det faktum att övriga undantag i art. 9.2 inte är omnämnda i bilagan ses som ett argument för att de omfattas?

---

606 Se art. 3 p. 4 a) och b).

607 Jfr. även prop. 2001/02:150, s. 112.

608 I artikeln föreskrivs också att ”Medlemsstaterna skall särskilt se till att de rättsliga krav som är tillämpliga på avtalsprocessen varken skapar hinder för användningen av avtal på elektronisk väg eller medför att sådana avtal frånkänns rättslig verkan och giltighet på grund av att de kommit till stånd på elektronisk väg”. Regeln har förmodligen inspirerats av UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce från 1996. Modellagen bygger på principen om *functional equivalency,* vilket kommer till uttryck i bl.a. modellagens art. 5: *Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message.* Modellagen och principen finns beskrivna i *Hultmark (1998).*

609 Se art 9.2 och 9.3.

Enligt min mening kan så knappast anses vara fallet. Att medlemsstaterna inom vissa ramar tillåts tillämpa nationella bestämmelser som utesluter att avtal ingås på elektronisk väg strider inte i sig mot bestämmelsen om det samordnade området. Att ärenden rörande formell giltighet för skapande eller överförande av rättigheter i fast egendom är undantagna från art. 3 torde närmast ha att göra med att man, som i så många andra sammanhang, vill låta lagen i det land där den fasta egendomen befinner sig vara exklusiv. Undantaget måste således inte förstås som ett argument för att det samordnade området omfattar privaträttsliga aspekter.

18.3.5 Det samordnade området

I art. 2 h) p.i anges bl.a. att det samordnade området gäller de krav som tjänsteleverantören måste uppfylla när det gäller dennes beteende, kvaliteten eller innehållet i tjänster, inbegripet sådana krav som är tillämpliga på reklam och avtal, eller krav som gäller tjänsteleverantörens ansvar. Med ett sådant innehåll ställs frågan om privaträttens vara eller icke vara verkligen på sin spets. Krav på tjänsteleverantören rörande beteende, avtal och ansvar talar för att privaträttsliga krav rörande ex. uppfyllande av avtalsförpliktelser eller ersättning p.g.a. vårdslöshet faller inom det samordnade området och därmed omfattas av ursprungslandsprincipen. Återigen uppstår en konflikt med bestämmelsen i art. 1.4, samtidigt som tolkningen skulle vara förenlig med ingresspunkt 23.

Spörsmålet som måste utredas är huruvida de i definitionen angivna kraven kan förstås så, att de (även) är ämnade för andra förhållanden än de rent privaträttsliga.

Inledningsvis kan konstateras att det samordnade området har en vid omfattning. Även om flertalet krav till synes kan åberopas i privaträttsliga sammanhang är de relevanta även rent offentligrättsligrättsligt. Kvaliteten och innehållet i tjänster är i stor utsträckning angelägenheter för offentligrättsliga regleringar. Krav på reklam och de avtal som reklamverksamhet resulterar i har berörts ovan och till detta kan knytas krav på tjänsteleverantören i etableringslandet för reklamens vederhäftighet.

> Kraven kan åskådliggöras genom Europeloan-fallet. Europeloan med säte i Belgien bedrev bankverksamhet, framför allt erbjudande av finansieringstjänster, på Internet med inriktning mot bl.a. den svenska marknaden. När banken på egen begäran bad den belgiska tillsynsmyndigheten att återkalla tillståndet att bedriva bankverksamhet i Belgien så meddelade svenska Finansinspektionen att Europeloan var tvunget att avveckla sin verksamhet på den svenska marknaden. För att bedriva fortsatt finansieringsverksamhet krävdes enligt svensk rätt nämligen s.k. bankoktroj. Motsvarande krav saknas emellertid i belgisk rätt. Så länge tillstånd motsvarande bankoktroj var utställd i Belgien ägde Europeloan rätt att verka även i Sverige, men rätten upphörde enligt Finansinspektionen i och med återkallandet. Mot Finansinspektionens krav invände Europeloan att eftersom deras verksamhet numera enbart bedrevs på Internet och var förenlig med belgisk rätt ägde svenska myndigheter inte hindra fortsatt verksamhet. Fallet avslutades också med en ”kompromiss” som innebar att så länge verksamheten var förenlig med belgisk rätt och enbart bedrevs på Internet så fick företaget fortsatt marknadsföra sig mot svenska kunder. Fallet utspelades några månader efter att e-handelsdirektivet genomförts i svensk rätt.[610]

Fallet exemplifierar e-handelsdirektivets ursprungslandsprincip i svensk tillämpning. Europeloan uppfyllde samtliga krav enligt belgisk rätt. Ett ingripande från en svensk myndig-

[610] Det bör, trots att inverkan på exemplet saknas, påpekas att Europeloan försattes i konkurs i december 2002.

het hade inneburit en begränsning av friheten att tillhandahålla informationssamhällets tjänster.
Fallet kan emellertid också användas för att åskådliggöra hur de ovan nämnda kriterierna i definitionen av det samordnade området kan vara uttryck för offentligrättsliga krav.

> Enklast görs detta genom att vända på situationen. Antag således att Europeloan var verksamma i Sverige och att de riktade sig mot belgiska låntagare. Då hade finansinspektionens krav om bankoktroj omfattat Europeloans verksamhet, oavsett om företaget också riktade sig mot svenska kunder eller ej. Detta krav hade således omfattat företagets beteende. Kravet om bankoktroj kan klassificeras som ett sådant krav som är tillämpligt på reklam. Utan bankoktroj hade företaget inte ägt rätt att marknadsföra sina tjänster. Kravet om bankoktroj kan också klassificeras som tillämpligt på avtal. Bankoktroj, meddelad i behörig ordning, avgör förutsättningarna för företagets möjligheter att sluta (kredit-)avtal av olika slag. Slutligen gäller också att det är företagets ansvar att ombesörja att nödvändiga tillstånd för verksamheten är meddelade och att verksamheten bedrivs i enlighet med de begränsningar som är uppställda i sådana tillstånd.

Kriterierna i definitionen av det samordnade området kan alltså, trots att ordalydelsen indikerar åsyftande av privaträttsliga omständigheter, även appliceras på offentligrättsliga förhållanden. Den mer avgörande frågeställningen om ett sådant synsätt är tänkt att vara huvudregel i en utsträckning som medför att de privaträttsliga omständigheterna helt skall exkluderas från det samordnade området kvarstår emellertid obesvarad. Ett dylikt exkluderande vore förenligt med art. 1.4 och skulle inte heller medföra problem i förhållande till ingresspunkt 23.

Resonemanget ger upphov till några intressanta frågeställningar. Utgå från det faktiska Europeloan-fallet och antag att Europeloan ingår ett kreditavtal med en svensk kund (som inte omfattas av konsumentskyddsreglerna). Denne yrkar att avtalet skall hävas på den grund att Europeloan enligt svenska bestämmelser saknar behörighet att ingå dylika avtal. Ett sådant yrkande torde knappast bifallas emedan Europeloans verksamhet är underkastat belgisk tillsyn och några brister i behörigheten inte föreligger enligt belgisk rätt. Såväl en tillämpning av ursprungslandsprincipen som principen om fri rörlighet för tjänster på den inre marknaden medför ett sådant resultat.

18.3.6 Konklusioner

De motstridiga reglerna ger i sig upphov till en betydande osäkerhet om huruvida det samordnade området och ursprungslandsprincipen omfattar och finner användning på privaträttens och den internationella privaträttens områden. Mot bakgrund av det bristande rättsliga stödet för tolkningen att direktivet skulle kunna etablera nya kollisionsregler och med tanke på att det explicit uttalas att så inte är fallet anser jag för egen del att det är ytterst tveksamt om det finns något egentligt utrymme för en tolkning som innebär att direktivets ursprungslandsprincip skulle kunna tillämpas som internationellt privaträttslig kollisionsregel.

19 GENOMFÖRANDE AV DIREKTIVET

19.1 Inledning

De oklarheter som präglar direktivet har, i större eller mindre omfattning, orsakat svårigheter även vid de nationella genomförandena. I vissa fall har man helt undgått att beakta problemet vid genomförandet, i andra fall har man tagit tydlig ståndpunkt och konsekvent låtit denna genomsyra den nationella lagen. Nedan skall kort återges hur Sverige och några av de övriga medlemsstaterna tolkat direktivet vid genomförandet.

19.2 Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster

Av de svenska förarbetena framgår att man tagit fasta på direktivets ordalydelse och ansett att ursprungslandsprincipen inte har någon inverkan på internationellt privaträttsliga frågor. Denna inställning är dock inte explicit uttryckt i lagtexten på samma sätt som i direktivet. De relevanta lagrummen har utformats enligt följande:

Definitioner

2 § I lagen avses med

….

Det samordnade regelområdet: rättsregler med krav på informationssamhällets tjänster och på tjänsteleverantörer i fråga om påbörjande och utövande av verksamhet som rör sådana tjänster,

….

Fri rörlighet och tillämpning av svensk rätt

3 § En tjänsteleverantör med en annan etableringsstat än Sverige inom EES har rätt att, utan hinder av svenska regler inom det samordnade regelområdet, tillhandahålla tjänstemottagare i Sverige informationssamhällets tjänster.

….

5 § Inom det samordnade regelområdet skall svensk rätt gälla för de informationssamhällets tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer med Sverige som etableringsstat, även om tjänsterna helt eller delvis riktar sig mot tjänstemottagare i någon annan stat inom EES.

Enligt den ursprungliga förståelsen av direktivet omfattade det samordnade området endast offentligrättsliga regler.[611] Detta var en del av ett nordiskt samförstånd, men den svenska hållningen var inte helt konsekvent eftersom redan det första lagförslaget omfattade regler om ex. avtalsförpliktelser vid konsumentavtal. Flera remissinstanser kritiserade dock den kategoriska tolkningen men även i propositionen gavs senare uttryck för att regeringen delade promemorians uppfattning. Inställningen hade dock mjukats upp något och även osäkerheten om den definitiva tolkningen kom till uttryck.

> ”Enligt regeringen talar mycket för att den bedömning som gjordes i promemorian är riktig. Samtidigt är direktivet oklart och någon uttrycklig regel som anger att civilrättsliga regler inte omfattas av direktivet finns inte. I sista hand är det en

[611] Se Ds 2001:13 s. 90 f.

uppgift för GD att avgöra direktivets innebörd. Den svenska regleringen bör därför nära ansluta till direktivtexten…"[612]

Resultatet, lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, ger också uttryck för denna hållning. Rent generellt ger den svenska lagen uttryck för att vara flexibel och tillämpningsbar oavsett vilken tolkning GD kommer att lägga fram. Kritik kan endast riktas mot ett par punkter. Till exempel är definitionen av det samordnade området i lagen utformat på ett sätt att det ger intryck av att vara en ren offentligrättslig reglering, borta är de anknytningar i direktivet som eventuellt medför att privaträtten faktiskt skall inkluderas. Detta kan ses som ett uttryck för den svenska grundhållningen att det samordnade området endast omfattar den offentliga rätten, men stämmer illa med inställningen att den svenska regleringen nära ansluter till direktivtexten.

När lagstiftaren i övrigt präglats av inställningen att bära både livrem och hängslen, dvs. anpassa lagen så att den kan tillämpas oavsett vilket tolkningsutslag GD meddelar i framtiden, vore det önskvärt att låta även definitionen av en så viktigt del som det samordnade området preciseras närmare i lagtexten. Kritiken är dock inte av det allvarligare slaget. Den svenska inställningen är i viss mån förståelig mot bakgrund av att ingen idag vet hur det samordnade området kommer att avgränsas. Den oklarhet som lagen ger upphov till genom sin mångtydighet måste till syvende og sidst föras tillbaka på direktivet. I det stora hela sympatiserar jag med lagstiftarens inställning och menar att lagen mot bakgrund av de rådande omständigheterna givits en ändamålsenlig utformning.

19.3 Genomförandet i andra länder

19.3.1 Inledning

För den slutliga förståelsen av direktivet och för antaganden om hur en framtida praxis kommer att gestalta sig kan genomförandet av direktivet i andra direktivstater utgöra intressanta studieobjekt. Även utomlands har problematiken i större eller mindre omfattning behandlats och övervägts.

19.3.2 Norden

Det nordiska samarbetet har som så ofta varit aktivt, men mot slutet av processen tycks arbetet i de nordiska staterna ha kommit i otakt. I nuläget är det framför allt medlemsstaterna Danmark och Finland som är av intresse (Norge har i skrivande stund ännu inte genomfört direktivet). Den gemensamma nordiska inställningen var, som ovan nämnts, inledningsvis att det samordnade området endast omfattade offentlig rätt.

Störst konsekvens i denna inställning har Danmark uppvisat. Resultatet är att den danska lagstiftaren valt att inte i något avseende inlemma privaträttsliga aspekter i den danska la-

[612] Prop. 2001/02:150 s. 62.

gen.[613] Även om den danska definitionen[614] av det samordnade området i stort stämmer överens med den svenska så har t.ex. undantaget rörande parternas frihet att avtala om tillämplig lag och undantaget för avtalsförpliktelser i konsumentavtal inte befunnits nödvändiga att inkludera i lagen. Den konsekventa hållningen har förvisso vissa fördelar, inte minst genom sin förutsebarhet, men är ändå anmärkningsvärd i förhållande till den oklarhet som präglar direktivet, inte minst om man beaktar att man i Danmark var så uppmärksam på denna oklarhet att man under arbetet med genomförandet uppmanade kommissionen att kalla till ett särskilt implementeringsmöte i syfte att reda ut problemen.[615]

Den danska lagen och tolkningen av direktivet har i Danmark blivit kritiserad för den kategoriska hållningen. Professor Ruth Nielsen, som är av uppfattningen att privaträtten omfattas av direktivet, menar att framför allt konsumenter riskerar att bli lidande eftersom den danska lagstiftaren inte utnyttjat möjligheten att införa undantag för avtalsförpliktelser i konsumentavtal.[616] Härigenom riskerar, enligt Nielsen, en dansk konsument som ingår ett avtal *online* med en engelsk säljare att inte kunna åberopa de 14 dagars ångerrätt som den danska forbrugeraftaleloven erbjuder, utan får istället nöja sig med de 7 dagar som tillhandahålls i engelsk rätt.[617]

Nielsens synpunkter är helt korrekta under förutsättning att dylika avtal över huvudtaget omfattas av det samordnade området. I sin kritik hämtar hon argument för att så är fallet ifrån direktivets definition av det samordnade området och att de krav som här ställs på tjänsteleverantören även omfattar krav ”som är tillämpliga på reklam och avtal”.

Den danska lagen och kritiken av densamma visar ånyo hur diametralt olika tolkningarna av direktivet kan vara. För egen del menar jag att en mer befogad kritik borde ta mindre fasta på ställningstagandet att privaträtten skall anses inkluderad och mer på att lagstiftaren så kategoriskt bundit upp sig för endast ett alternativ. Härvid är jag beredd att peka på den svenska lagen som förebild, trots att jag tidigare påtalat att den är förenad med vissa brister.
Medan de svenska och danska förarbetena åtminstone diskuterar problematiken kring privaträttens vara eller icke vara, så får den i princip inget utrymme alls i den finska proposition-

[613] Lov nr. 227 af 22.4.2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel.

[614] Se § 2. 8) *Koordineret område:* Regler, der er fastsat i Den Europæiske Unions medlemsstater og håndhæves af medlemsstaternes myndigheder, og som omhandler krav til informationssamfundstjenester eller krav til leverandører af informationssamfundstjenester, når aktivitet som leverandør påbegyndes eller udøves. Det koordinerede område omfatter ikke krav til varer som sådan eller krav til levering af varer.

[615] Se not 579.

[616] Se *Nielsen (2002).*

[617] Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000 No 2334 section 11(2).

en.[618] Definitionen i den finska lagen[619] ligger däremot närmare direktivtexten än vad som är fallet i Danmark och Sverige.[620]

I Tyskland fanns det på förslagsnivå en princip som innebar att vissa hänsyn togs till den internationella privaträtten.[621] I sin slutliga utformning lägger sig den tyska lagtexten emellertid närmare direktivet och hänvisningarna till den internationella privaträtten är borttagna. I stället har man i samband med regleringen av ursprungslandsprincipen infört en bestämmelse som innebär att principen gäller inom det område som framgår av direktivet.[622]

Den engelska definitionen utgör nästan ordagrant en kopia av direktivets definition.[623] Detsamma tycks gälla för flera andra stater. I några fall tycks emellertid den internationella privaträtten till viss del ha inkluderats i de nationella lagarna. Lösningarna synes i princip innebära att ursprungslandsprincipen skall tillämpas om inte de internationellt privaträttsliga reglerna säger något annat. Osäkerheten härvidlag är anmärkningsvärd med tanke på att kommissionen och medlemsstaterna haft möjlighet att påverka och harmonisera förfarandet genom det anmälningsförfarande som är föranstaltat enligt direktiv 98/34/EG.

19.4 Anmälan enligt direktiv 98/34/EG

Genom direktiv 98/34/EG (tidigare 83/189/EEG) infördes ett förfarande som innebär att EU-länderna är skyldiga att följa ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter rörande produkter. I och med direktiv 98/48/EG kom informationsförfa-

---

618 Se RP 194/2001 rd. I det avseende något går att utläsa är det främst offentligrättsliga aspekter som behandlas, se detaljmotiveringen s. 29 f.

619 Lag 458/2002 om tillhandahållande av informationssamhällets tjänster.

620 3§ p.5) det samordnade området de krav som ingår i rättssystemet och som tjänsteleverantören måste uppfylla när det gäller etablering och utövande av verksamhet, såsom krav i fråga om a) behörighet, tillstånd, registrering eller anmälningar till myndigheterna, b) tillvägagångssätt, reklam och annan marknadsföring, kvaliteten på eller innehållet i tjänster, avtal eller tjänsteleverantörens ansvar.

621 Det tyska förslaget behandlas ingående i *Nielsen (2001)*, s. 76 f. samt s. 86.

622 Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz -TDG), § 4 (2) Der freie Dienstleistungsverkehr von Telediensten, die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG niedergelassen sind, wird nicht eingeschränkt. Absatz 5 bleibt unberührt.

623 2002 No. 2013 ELECTRONIC COMMUNICATIONS The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002

2. – (1) "coordinated field" means requirements applicable to information society service providers or information society services, regardless of whether they are of a general nature or specifically designed for them, and covers requirements with which the service provider has to comply in respect of-

(a) the taking up of the activity of an information society service, such as requirements concerning qualifications, authorisation or notification, and

(b) the pursuit of the activity of an information society service, such as requirements concerning the behaviour of the service provider, requirements regarding the quality or content of the service including those applicable to advertising and contracts, or requirements concerning the liability of the service provider, but does not cover requirements such as those applicable to goods as such, to the delivery of goods or to services not provided by electronic means.

randet även att omfatta föreskrifter rörande informationssamhällets tjänster, vilket leder till att anmälningsförfarandet aktualiseras vid genomförandet av e-handelsdirektivet. I praktiken innebär det att respektive stat skall anmäla förslag till tekniska föreskrifter för produkter och informationssamhällets tjänster till kommissionen och andra medlemsstater, varefter samtliga adressater har möjlighet att granska och lämna synpunkter på förslaget. Sedan skall den berörda medlemsstaten ”så långt möjligt” ta hänsyn till dessa synpunkter när föreskriften därefter utarbetas.

Om ett förslag blir föremål för större förändringar i den fortsatta nationella behandlingen skall förslaget ånyo anmälas i enlighet med direktivet. Det är i samband härmed oväsentligt om förändringen har sin bakgrund i synpunkter lämnade vid första anmälningstillfället eller om den är föranledd av andra orsaker. Syftet med förfarandet är att på ett tidigt skede upptäcka och förhindra avvikelser i medlemsstaternas regleringar som skulle innebära handelshinder. Företagens konkurrensförmåga på den inre marknaden kommer samtidigt att förbättras genom större internationell insyn; kriterierna och förutsättningarna för bedömning av regleringseffekter förbättras.

Ett brott mot anmälningsplikten får allvarliga konsekvenser. Enligt GD:s praxis har en icke anmäld föreskrift ingen rättslig verkan eftersom aktörer på den inre marknadens då förlorar möjlighet att påverka bestämmelser som sedan kommer att gälla på deras exportmarknader.[624]

Alla nationella lagförslag, som inte innebär att e-handelsdirektivet genomförs oförändrat, har anmälts enligt nämnda förfarande. Även om medlemsstaterna har möjlighet att lämna kommentarer på varandras förslag har några sådana inte förekommit. Kommissionen har haft synpunkter på flertalet förslag och vissa stater har ålagts att komma in med nya anmälningar. I kommissionens kommentarer undviks nogsamt ställningstaganden rörande privaträttens vara eller icke vara. De kommentarer som lämnats har framför allt baserats på avvikande definitioner och att lagförslagen inte täckt bestämmelserna i direktivet. Någon tolkningshjälp finns således inte att hämta i anmälningarna.

[624] Se mål C-194/94, CIA Security International, REG 1996, s. I-2201. Även i svensk praxis har domstol förklarat bestämmelser i svensk lag som icke tillämpliga, se Hovrättens över Skåne och Blekinge beslut Ö 727-01 av 2001-04-26. I fallet hävdes ett beslag av spelautomater pga. att vissa bestämmelser i lotterilagen inte anmälts i enlighet med direktiv 98/34/EG. Se även JK:s beslut dnr. 4243-99-40 av 2001-09-19 genom vilket en droskägare tillerkändes skadestånd av staten eftersom vägverkets föreskrifter om krav på taxametrar likaledes inte anmälts i enlighet med nämnda direktiv.

20 E-HANDELSDIREKTIVETS FÖRHÅLLANDE TILL INTERNATIONELL PRIVATRÄTT – NÅGRA KONKLUSIONER

Som framgått ovan är e-handelsdirektivets ursprungslandsprincip behäftad med oklarheter. Innan GD visat vägen genom avgöranden i praxis kan några säkra svar om hur en framtida tillämpning av reglerna skall se ut inte ges.

Osäkerheten kan i viss utsträckning också utläsas i de respektive staternas nationella genomföranden av direktivet. Med Danmark som förmodligen främste förespråkare för en offentligrättslig förståelse av de här diskuterade reglerna kan konstateras att de flesta länder har infört lagar som antingen i viss mån förespråkar hållningen att endast offentlig rätt omfattas eller som, antagligen på grund av osäkerhet, ligger mycket nära direktivtexten. Inte vid något av mig känt tillfälle har ett land genomfört direktivet på ett sätt som innebär att privaträtten tydligt utgör en del av det samordnade området.

GD har i tidigare avgöranden markerat sin självständighet och frågan är i vilken omfattning domstolen kan tänkas utvisa respekt för medlemsstaternas inställning. Mot bakgrund av att direktivets regler måste uppfattas som oklara även för GD och att direktivet behandlar ett område, informationssamhällets tjänster och elektronisk handel, som GD inte varit i kontakt med i någon större utsträckning tidigare, finns det all anledning för GD att gå försiktigt fram. Den elektroniska handeln är inte ett politiskt laddat område som i sig torde locka fram något behov för domstolen att ytterligare visa sin självständighet gentemot medlemsstaterna och EU:s övriga institutioner. I stället är den elektroniska handeln ett område med en enorm potential för förverkligandet av den inre marknaden, något som GD genom tidigare domslut visat att den beaktar, men som fortfarande får anses befinna sig i en slags begynnelsefas. Jag håller därför inte för osannolikt att man i jakten efter den ”rätta” tolkningen är medveten om att den slutgiltiga domen kan få väldiga konsekvenser åt ena eller andra hållet och därför kan ta sig för att beakta medlemsstaternas inställning i en utsträckning utöver det normala.

Personligen är jag av den uppfattningen att direktivet *inte bör tillåtas beröra det internationellt privaträttsliga området*. För det första har direktivet inte antagits med stöd av artikel 65 i EG-fördraget vilket medför att det inte finns någon rättslig grund för införandet av en internationellt privaträttslig regel, för det andra framgår det explicit av direktivets art. 1.4 att den internationella privaträtten inte berörs. Detta är två tungt vägande skäl som det är svårt att bortse ifrån vid tillämpningen av direktivets ursprungslandsprincip.

Frågan är vidare om det finns något skäl att låta direktivet förändra den etablerade internationella privaträtten. E-handelsdirektivet fyller många viktiga funktioner; genom att klargöra placering av ansvar och införa nya definitioner ges nya förutsättningar för användarna av informationssamhällets tjänster. Därmed införs spelregler för e-handeln på den inre marknaden som i viss mån saknats tidigare. Sådana spelregler fyller emellertid främst en funktion när de fyller ett tomrum. Någon sådant tomrum på den internationella privaträttens sida kan knappast anses föreligga. Därigenom skulle direktivets ursprungslandsprincip förklädd till

internationell privaträttslig kollisionsregel skapa osäkerhet för tredje man när denne görs beroende av om ett avtal slutits *online* eller ej. Problemet kan åskådliggöras med följande exempel.

> Ruth Nielsen har anfört att det är osäkert om den etablerade *lex rei sitae*-principen[625] är förenlig med ursprungslandsprincipen i vissa situationer.[626] I sitt exempel utgår hon ifrån en tysk kreditgivare som *online* lånar ut pengar till en dansk bilköpare. Bilen förvärvas i Tyskland och som säkerhet har kreditgivaren enligt avtalet en sk. Sicherungsübereignung. Denna skyddar kreditgivaren mot bilköparens borgenärer enligt tysk rätt, men inte enligt dansk. Enligt lex rei sitae-principen skall, om det var meningen att bilen skulle exporteras till Danmark, fallet avgöras enligt dansk rätt. Nielsen menar att eftersom kreditsäkringen är giltig enligt tysk (ursprungslandets) rätt, men inte enligt dansk (mottagarlandets) rätt, kan en tillämpning av dansk rätt uppfattas som en begränsning av friheten att tillhandahålla kredit *online* i strid mot e-handelsdirektivet.

Frågan som uppstår är således om innehållet i den lag som utpekas enligt regler i internationell privaträtt skall få lov att medföra en sådan begränsning. Enligt Nielsen kan stadgandet i ingresspunkt 23 medföra att så inte är fallet. Svaret kommer att ha stor betydelse för de involverade eftersom rättsföljden skiljer sig väsentligt åt. Det allvarliga är att om Nielsen har rätt så kommer *lex rei sitae* inte att kunna åberopas inom e-handelsdirektivets tillämpningsområde, medan principen *fortsatt* kommer att gälla när den *danske bilköparen infinner sig personligen* i kreditinstitutets lokaler för ett motsvarande lån.[627] Att detta med största sannolikhet är förvirrande för parterna är en sak, desto allvarligare är att bilköparens borgenärer också kommer att befinna sig i olika situationer beroende på huruvida kreditavtalet ingåtts *online* eller ej.[628] I mina ögon vore det orimligt om *tredje mans rättsställning* påverkas av huruvida ett avtal var ingånget *online* eller ej, trots att denne saknar egentliga förutsättningar för att vara medveten om vilket. Jag har följaktligen svårt att föreställa mig att GD i ett tillfälle som det anförda kommer att beakta ingresspunkt 23 i e-handelsdirektivet.

I avsnitt 17.1 presenterades fallet Debitor. I enlighet med ovanstående menar jag att det vore möjligt att åberopa den svenska lagen om en ränta om max 8 % (förutsatt internationellt privaträttsliga kollisionsregler utpekar svensk lag som tillämplig i fallet). Frågan rör avtalsförhållandet som sådant och bör enligt huvudregeln ligga utanför det samordnade områdets tillämpningsområde. Det innebär heller inte en begränsning av friheten att tillhandahålla informationssamhällets tjänster – Kreditkassen har fortfarande all möjlighet att marknadsföra och tillhandahålla krediter på den svenska marknaden, åtminstone så länge den uppfyller de danska kraven som gäller dess verksamhet. Först om svenska regler rörande kreditgivningen som sådan åberopas blir ursprungslandsprincipens tillämpningsområde aktuellt. Som jämfö-

---

[625] *Lex rei sitae* = lagen i det land där föremålet befinner sig.

[626] *Nielsen (2001)*, s. 85 f.

[627] Lex rei sitae är en klassisk regel välkänd i de flesta länders internationella privaträtt. I europeiska sammanhang har dock framförts viss kritik mot tillämpningen av regeln just eftersom den inte alltid anses vara förenlig med reglerna om den fria rörligheten på den inre marknaden, se *Persson, A.H.*, Om utvecklingstendenser beträffande harmonisering av reglerna för säkerhetsrätter, JT 2000-01 s. 335 inklusive där anförda hänvisningar.

[628] Jfr *Bogdan (2001a)*, s. 99.

relse kan härvid anföras det tidigare nämnda Europeloan-fallet där svenska myndigheter krävde bankoktroj för att företaget fortsatt skulle få ägna sig åt verksamhet på den svenska marknaden.

Slutsatsen är att ursprungslandsprincipen är tillkommen för att etablera en fri rörlighet för informationssamhällets tjänster på den inre marknaden. Även om det inte säkert går att förutsäga vilka konsekvenser principen kommer få för den internationella privaträtten, finns det såvitt jag kan bedöma inget som hindrar att GD tillämpar denna ursprungslandsprincip på ett sådant sätt att den inte kommer i konflikt med internationellt privaträttsliga lagvalsregler.

DEL VI – AVSLUTNING

21 AVSLUTANDE KOMMENTAR

21.1 Bakgrunden

Syftet med denna avhandling var att identifiera och redogöra för de frågeställningar som uppkommer inom den internationella privat- och processrätten vid gränsöverskridande nätverkskommunikation, i samband med att sådana avtal som i detta arbete faller under begreppet elektronisk handel ingås. I syftet ingick vidare att utarbeta förslag till hur gällande rätt bör appliceras när de identifierade frågeställningarna leder till osäkerhet i detta hänseende.

Med nämnda syften för ögonen har arbetet bedrivits på en, om inte gräsrotsnivå, så i vart fall en ”regelrotsnivå”. Utgångspunkten har varit att genom kasuistiska exempel pröva de tillämpliga reglerna i de relevanta regelverken och därigenom klarlägga vilka frågor som uppkommer samt ge förslag till svar på dessa frågor. Huruvida jag lyckats i detta mitt värv överlåter jag åt andra att bedöma.

Efter att på nämnda sätt ha avverkat de frågor som låg inom ramarna för arbetet och satt punkt för den egentliga undersökningen är det vissa observationer av övergripande karaktär som uppenbaras och som kan vara av intresse för avhandlingen som helhet. Observationerna låter sig delas in i tre grupper. Den första gruppen rör den praktiska problematiken och vilken betydelse de internationellt privat- och processrättsliga frågeställningarna egentligen har för den elektroniska handeln. Den andra gruppen rör frågeställningarnas bakgrund och uppkomst. Den tredje gruppen, slutligen, rör den övergripande gemenskapsrättsligt legislativa utvecklingen och vilken roll den elektroniska handeln har för denna.

21.2 Elektronisk handel och internationell privat- och processrätt – ett praktiskt perspektiv

Vid ett flertal tillfällen under arbetets gång har mitt sinne upptagits av funderingar rörande vilken internationellt privat- och processrättslig aspekt som rent praktiskt kan antas vara av störst betydelse för parterna vid elektronisk handel. Vid arbetets upptakt fann jag oftast fram till svaret ”osäkerhet”; den osäkerhet som respektive part kan antas lida av då de inte kan förutse huruvida hemvistortens domstol är behörig och huruvida inhemsk lag blir tillämplig, den osäkerhet som ideligen framförts som motiv för att den elektroniska handeln aldrig till fullo uppnått den potential som den vid upprepade tillfällen förutspåtts inom så många olika områden, den osäkerhet som i sig utgör en bevekelsegrund för författandet av en avhandling.

Redan i början kom emellertid den nämnda osäkerheten att ifrågasättas. Är osäkerheten om behörig domstol och tillämplig lag egentligen så omfattande som ofta görs gällande? Knappast. Den stora majoriteten avtal som ingås elektroniskt idag regleras av standardavtal. Ytterst få författare av dessa förefaller ha missat möjligheten att utnyttja partsautonomin – lagvalsklausuler och prorogationsklausuler är frekvent förekommande i de standardavtal som reglerar elektroniska avtalsförhållanden. Med sådana klausuler för ögonen minskar de ovan nämnda osäkerheten väsentligt – parterna vet ju från avtal vilken domstol som är behörig och vilken lag som är tillämplig.

Svaret på frågan om vilken internationellt privat- och processrättslig aspekt som rent praktiskt kan antas vara av störst betydelse för parterna vid elektronisk handel var således inte längre den osäkerhet som antogs i ett initialt skede. Den aspekt som rent praktiskt fick förmodas ha störst betydelse var istället den som är relaterad till lagvalsavtal och prorogationsavtal. Fortsatt råder naturligtvis viss osäkerhet, men denna osäkerhet är en annan och angår frågan huruvida standardavtalen i allmänhet och prorogationsavtal samt lagvalsavtal i synnerhet kan komma att jämkas eller ogiltigförklaras. Denna fråga har förvisso beröringar med den internationella privat- och processrätten, men måste i huvudsak bedömas i enlighet med nationell rätt och ligger därför utanför ramarna för detta arbete.

Även om det sålunda kunde (och kan) konstateras att flertalet internationellt privat- och processrättsliga frågor vid elektronisk handel besvaras genom befintliga prorogations- respektive lagvalsklausuler rycks fundamentet för avhandlingsarbetet inte undan. Det finns, *för det första*, även ett antal elektroniska avtal som saknar nämnda klausuler. Det är, *för det andra*, nödvändigt att fastställa vilken domstol som är behörig och vilken lag som är tillämplig vid de tillfällen nämnda klausuler ogiltigförklaras. Det måste, *för det tredje*, bedrivas kontinuerlig forskning på områden som är outforskade. Resultatet av sådan forskning kan dels, konstruktivtanalytiskt betraktat, vara väsentlig för ämnesområdet i sig, dels påverka såväl användningen som utformningen av prorogationsklausuler och lagvalsklausuler i framtida elektroniska avtal.

21.3 De relevanta frågeställningarnas bakgrund och uppkomst

Redan vid arbetets början var en av de grundläggande frågorna vad det var som förorsakade problemen. En spontan reaktion utmynnade i det närmaste klichéartade svaret att frågeställningarna uppstår när gällande internationellt privat- och processrättsliga bestämmelser skall appliceras på rättsförhållanden baserade på elektronisk kommunikation, eftersom dessa bestämmelser är utformade för en tid då den elektroniska handeln var en mer eller mindre okänd företeelse. Om så vore fallet kunde besvären i stor utsträckning undgås genom att t.ex. skapa särskilda regler för den elektroniska handeln, alltmedan de befintliga reglerna fortsatt skulle reglera den icke-elektroniska handeln. Det lär finnas förespråkare för en sådan lös-

ning.[629] För egen del är jag starkt skeptisk mot sådana metoder. Möjligheten att idka elektronisk handel har tveklöst inneburit att gränsöverskridande avtal inte bara ingås i en större utsträckning än tidigare, den har också givit upphov till nya avtalsstrukturer som medför att hittills använda fixpunkter (t.ex. hemvist, affärsställe, skriftlighetskrav etc.) inte längre kan identifieras med samma säkerhet som tidigare. Men detta innebär inte att det grundläggande rättsförhållandet mellan parterna förändras. I grunden finns fortfarande klart urskiljbara prestationer som kan hänföras till endera parten och som fortsatt kan läggas till grund för svaren på de internationellt privat- och processrättsliga frågorna. Att vissa av de existerande bestämmelserna lämpligen bör omformuleras för att på ett tydligare sätt ge uttryck för den underliggande principen är en annan sak – uttrycket ”gammalt vin i nya läglar” har sällan funnit bättre användning än nu.

Det är även nödvändigt att beakta att de nämnda internationellt privat- och processrättsliga frågeställningarna påverkas även av omständigheter inom andra rättsområden, kanske allra mest immaterialrätten. För att finna den lämpligaste lösningen på en fråga om jurisdiktion eller lagval tillmäts inte sällan *avtalsobjektet* en avgörande betydelse. För den direkta elektroniska handeln, vilken framkallar de största besvären, leder fokuseringen på avtalsobjektet till en definitionsprocess som inte kan utföras endast inom den internationella privat- och processrättens ramar. Även om två avtalsobjekt i sig kan tyckas vara identiska, t.ex. ett datorprogram på en cd och samma datorprogram som laddas ned till användarens dator från en server, så spelar den fysiska bäraren, dvs. cd:n, en avgörande roll i ett upphovsrättsligt hänseende. Ett förvärv av en sådan cd medför att vissa av upphovsmannens rättigheter konsumeras, cd:n kan t.ex. fritt säljas vidare (härvid bortses från att licensavtalet eventuellt sätter vissa begränsningar). Detta har lett till en balans mellan upphovsman och förvärvare som bl.a. medfört att förvärvet av cd:n kan betraktas som köp av en lös sak. När datorprogrammet laddas ned från servern är det inte fråga om överföring av en fysisk bärare, någon upphovsrättslig konsumtion föreligger inte och det är inte längre möjligt att bedöma transaktionen som ett köp av en lös sak. Kvar finns endast licensavtalet som ger förvärvaren av det nedladdade programmet en viss rätt att använda detsamma. När fråga om tillämplig lag och om domstols behörighet skall avgöras vid de två transaktionerna smittar den upphovsrättsliga (och obligationsrättsliga) definitionen av sig på tillämpningen av de internationellt privat- och processrättsliga reglerna. Fastän det är fråga om identiska program och identiska effekter för de båda användarna, kommer programmen vid tillämpningen av de internationellt privat- och processrättsliga bestämmelserna att betraktas som olika avtalsobjekt. Att så är fallet kan av uppenbara skäl vara svårt att förstå för användarna och att förklara skillnaden är inte helt lätt. Detta är emellertid en uppgift som närmast tillkommer upphovsrätten; den kan knappast åvila den internationella privat- och processrätten.

---

[629] Se (Arnt Nielsen, 2000) s. 1118, vari han pedagogiskt delar in förespråkarna för en sådan lösning i gruppen ”elektronister” och de som menar att gällande IP-regler skall finna användning även på elektronisk handel i gruppen ”ortodoxa”.

21.4 Den övergripande gemenskapsrättsligt legislativa utvecklingen och den elektroniska handeln

Den kanske mest intressanta observationen rör ett gemenskapsrättsligt perspektiv mer än ett internationellt privaträttsligt. Observationen är något vag i konturen och kan härledas ur diskussionerna rörande de privaträttsliga aspekterna i e-handelsdirektivet. Som framgick av avsnitt 17 och 18 råder en stor oklarhet rörande huruvida den i direktivet införda ursprungslandsprincipen omfattar även privaträttsliga förhållanden. Diskussionens vågor har gått höga och förklaringarna har varit många, alltifrån att kommissionen inte vet vad den gör till att kommissionen allt för väl vet vad den gör. Kännetecknande för diskussionen är att den typiskt håller sig inom den elektroniska handelns domäner; som om oklarheten skulle kunna förklaras med något så basalt som att kommissionen vill sätta fart på den elektroniska handeln utan att egentligen begripa vad elektronisk handel är.

Sett i ett större perspektiv är förklaringen måhända en helt annan. Den ursprungslandsprincip som blivit ifrågasatt i e-handelsdirektivet har nyligen i en liknande utformning blivit omdiskuterad i förslaget till det s.k. tjänstedirektivet[630] och dessutom förekommer den i en liknande tappning i förslaget till direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas gentemot konsumenter.[631] Med tillämpning av en sådan ursprungslandsprincip är det ofrånkomligt att frågan om påverkan på den internationella privaträtten ånyo kommer på agendan.

I diskussionerna har bl.a. frågan om vilka gemenskapsrättsliga befogenheter som kan läggas till grund för en ursprungslandsprincip kommit på tal. Genom Amsterdamfördraget flyttades det civilrättsliga samarbetet från den tredje till den första pelaren vilket öppnar för möjligheten att beakta privaträttsliga aspekter i företrädesvis förordningar, men även i direktiv. Det rättsliga stödet för sådana åtgärder är emellertid art. 65 och 67 i EG-fördraget. Dessa artiklar har inte angivits som rättslig grund för något av de nämnda direktiven, varför den rättsliga grunden får sökas annorstädes. Någonstans tycks det finnas en trend att försöka utveckla den tidigare offentligrättsligt präglade ursprungslandsprincipen in på privaträttens domäner. En sådan utveckling är av betydligt mycket större dignitet än vad diskussionen rörande förståelsen av ursprungslandsprincipen i e-handelsdirektivet antyder. I så fall utgör den elektroniska handeln endast en liten del av en större helhet, en del som föranledde en observation som under alla omständigheter inte kan utvecklas inom ramarna för detta arbete.

---

[630] Se art. 16 i förslag till direktiv om tjänster på den inre marknaden KOM(2004) 2 slutlig.

[631] Se art. 4 Förslag till direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av direktiven 84/450/EEG, 97/7/EG och 98/27/EG (direktiv om otillbörliga affärsmetoder, KOM/2003/0356 slutlig.

SUMMARY

Electronic commerce – issues of jurisdiction and choice of law

Part I – General background

This study addresses some of the private international law perspectives on electronic commerce, namely the matters of jurisdiction and choice of law. Electronic commerce is based on the formation of contracts, and when there are contracts, questions regarding legal issues arise. A distinctive trait of electronic business is that its activities are not bound by geographic borders in a traditional sense; cross border-contracts can be entered into as easy as can "domestic" contracts. This cross-border transaction adds another element to the legal questioning involved – which court will be competent to entertain a claim that sources from an electronic contract and which country's law will be applicable?

These questions are of course not new; as long as there have been nations there have been cross-border contracts and questions of jurisdiction and choice of law have, consequently, been dealt with for many years. What complicates this situation is the fact that the existing rules, established to deal with these questions, have not been adapted to the e-commerce environment. The purpose of this study is to identify and describe the questions that arise, when the rules of private international law are applied to e-commerce. The secondary aim is to examine how the existing set of rules dealing with private international law can be interpreted and applied to contractual obligations that source from electronic contracts.

The first task in this part of the study is to define electronic commerce, something that is not easy to handle. Since there is no generally accepted definition, most writers and commentators adopt a definition of their own. However, in its perhaps most common understanding, electronic commerce represents the commercial activities carried out on the Internet. Even though such an understanding will be used for the main part of this study, one has to be aware that e-commerce covers an area much wider than the Internet transactions. As mentioned by Reed, cited on page 9 in the study, e-commerce taken in the most generic sense, "could be said to comprise commercial transactions, whether between private individuals or commercial entities, which take place in or over electronic networks. The matters dealt with in the transactions could be intangibles, such as data or information products, or tangible goods such as books and T-shirts. The only important factor is that some or all of the various communications which make up these transactions take place over an electronic medium."

Since e-commerce is expected to have a certain potential to promote a wide range of opportunities for consumers, businesses and administration, most countries have taken legal initiatives in order to acquire a legal environment that is advantageous for the progress of commercial electronic communications as a whole. Such initiatives may, however, create to barriers to other electronic communication that circulates across borders. Even in the early

stages, this scenario was seen as a threat against the idea of a single market within the EU. Thus, in 1994 the first action plan was presented and it has been followed by other plans and regulations in order to create a European information society (which, as such, prevents the member states from further national initiatives).

The second task of the first part of the study is to introduce the reader to private international law. The introduction also contains a presentation of the essential rules of the study. The jurisdictional sets of rules discussed are *chapter 10 of the Swedish Code of Judicial Procedure* (Rättegångsbalken, RB), *the Brussels- and Lugano Conventions* and *the Brussels I-Regulation* (hereinafter the Brussels and Lugano sets of rules). The sets of rules relating to the issue of choice of law are *the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations* and *the Convention on the law applicable to international sales of goods* done at The Hague, 1955. The rules of the latter Hague Convention have been implemented into the Swedish law; see the code *lag (1964:528) om tillämplig beträffande internationella köp av lösa saker* (IKL).

As I believe that any reader of this summary in English is more or less familiar with the subject, I will not focus here on the theory and method of private international law.

Part II – Some general matters of private international law applied to e-commerce

In this part, the discussion concerns two general questions that are essential to the private international law when applied to e-commerce. The first question is how to locate the places where the parties conducting e-commerce activities are domiciled. The second question is about the legal status of the digital products.

The question of domicile (*hemvist*) is supposed to be answered by national law, as far as natural persons are concerned, according to all relevant jurisdictional sets of rules. From a Swedish point of view this means that the domicile will be determined according to the general definition of *hemvist* in Swedish private international law and the rules in *rättegångsbalken 10:1*. There is no reason to believe that this question will generate any difficulties, whether it is a matter of e-commerce or not. When the domicile of legal persons is to be determined, the Brussels I-Regulation will be applied. This is probably also the case when the question falls within the scope of the Brussels and Lugano Conventions, even though art. 52 in these Conventions states that the court shall apply its internal law. The reason why art. 60 of the Brussels I-Regulation is, nevertheless, supposed to be applied, relates to a judgment (NJA 1994 s. 81) from the Swedish High Court (*Högsta Domstolen*). In the judgment it was declared that the rules of the Lugano Convention (today: the Brussels I-Regulation) express the principles that also are to be used in internal matters.

According to art. 60 of the Brussels I-Regulation a company or a legal person is domiciled were it has its a) statutory seat, or b) central administration, or c) principal place of business.

The main question is whether a foreign company, that's only activity is offering computer programs over the Internet, can be domiciled in Lund, Sweden, only due to the fact that the website and the server are located there. The question is necessary because of the vague definition of the concept *principal place of business*. As practically all business is achieved in Lund in this scenario, where the user enters into contracts and from where they download the computer programs, the argument would be that no other place can be considered the principal place of business so much as Lund. This argument, however, is weakened by other complications. Firstly, it is hard for the users to be aware of the Swedish connection since they might not be aware of the location of the server. Secondly, the work behind the business (i.e. computer programming, uploading to the server in Lund, helpdesk activities etc.) is not conducted in Lund. Thirdly, the obligation of the Internet company is to supply the users with the program and a license that gives the users the rights to use the program. The most valuable part of the contract is normally the license. As the licensee, the holder of the rights to the program, is the one carrying out this obligation, it is essential to pay regard to the location of where this action takes place when considering where the *principal place of business* is. But where then is the intellectual property situated? This question has yet to be answered, but not much, if anything, points in the direction of Lund, Sweden.

The second question of this Part II of the study is about the legal status of digital products. Due to their intangible nature, these products can not spontaneously be categorized as either *goods* or *services*. The problem is that several rules within the scope of private international law rules are only applicable if the contract concerns either goods or services (see the Brussels I-Regulation art. 5.1, the Brussels and Lugano Conventions art. 13 and the Rome Convention art. 5).

In order to decide whether the digital product is to be considered a good, a service or something completely different, as to the application of above mentioned rules, focus must be on the contract. When examining the contracts of digital products in an e-commerce environment, three obligations can be determined; on the one hand is the obligation of payment, on the other hand the obligations to supply the product as well as providing the user with a license to use the product. Payment is not an issue here; the categorization problem can only concern the two obligations of the provider. Thus, the question of the legal status of digital products is in fact a matter of two questions:

a) Can the obligation to supply a digital product as such be considered as an obligation to supply a good or a service?, and
b) Can the obligation to provide the license be considered as an obligation to supply a good or a service?

When dealing with these questions, one has to be aware of the complex background of the situation. The terms *good* and *service* are not defined in any of the private international law sets

of rules. The rules emanate from EC-law, where the concept of goods and services are respectively regulated by the definitions in the EC-Treaty. According to these definitions, every economical activity must be categorized as either a good or a service. This might lead to the conclusion that the interpretation of goods and services, within the scope of private international law, is corresponding to the definition of the terms in the EC-treaty. However, such a conclusion is challenged when one pays attention to some contractual features. The purpose of a contract can be the sale of goods and the purpose can also be the provision of services *but*, and this is where we leave the narrow limits of the EC-treaty, the purpose of a contract can also involve something that is neither a good nor a service. When, for instance, the purpose is usufruct, there is no such thing as a good to be delivered or a service to be provided. As the same goes for license agreements, it must be concluded that the definitions of the EC-Treaty are somewhat inadequate when it comes to interpretation of the terms within the scope of the private international law set of rules.

Hence, the answers could be presumed to be:

a) The obligation to supply a digital product as such can in most cases be considered an obligation to supply a good. This conclusion does not interfere with the definition of goods in the EC-Treaty, nor with the understanding of the term in contractual situations regulated by private law. As the digital object is intangible, it is also necessary to examine whether the conclusion interferes with rules related to intellectual property rights, especially those of the copyright field. There is no indication of such interference; within the field of copyright the categorization of products as being goods or services is irrelevant.
b) The obligation to provide the license can not, because of the reasons mentioned above, be considered an obligation to provide a good or a service. Consequently, license agreements fall outside the scope of such private international law rules that are only applicable if the contract concerns either goods or services.

Sometimes it might be necessary to identify the performance, which is most characteristic of the contract as a whole. If so, and unless it is otherwise agreed upon, the obligation to provide the license must nearly always be the one.

Part III – Jurisdiction and e-commerce

Jurisdictional issues in Swedish law can be divided into two categories, depending on whether or not the Brussels I-Regulation or the Brussels and Lugano Conventions are applicable. If not, guiding principles can be found in *chapter 10 of the Procedural Code*, Rättegångsbalken (RB). These rules are aimed for internal use, i.e. to clarify what court is competent to entertain national claims. There are no rules dealing with international jurisdiction, so these issues must be handled by a careful interpretation of the rules in chapter 10 RB. According to the above

mentioned judgment from the High Court, there are reasons to believe that guiding principles in the Brussels I-Regulation will be applied when issues concerning international jurisdiction are discussed in the future.

If guidance will be looked for in the rules of chapter 10 RB in matters relating to e-commerce, one of the decisive factors will be to decide to what extent there is a connection to Sweden. The strongest connection is when a party is domiciled in Sweden, which will always make a court competent. A weak connection, as with that of the server or other technical means located in Sweden, will not be sufficient (compare the arguments from part I above). Connections of relevance are whether the defendant has property within the Swedish borders, whether the contract can be considered entered into in Sweden, whether the defendant has a branch or other establishment or whether there is an agreement concerning prorogation to Swedish courts. The conclusion is that unless the defendant is domiciled in Sweden, the probability for Swedish courts being competent is small. One connection that has been discussed and found adequate is if a contract is entered into by the use of a webpage under the Swedish top level domain *.se*. It was argued that such a webpage could, under certain circumstances, be seen as an establishment according to the rules of chapter 10 para. 5 of RB.

When the Brussels and Lugano sets of rules are to be applied to e-commerce relations, the principal rule in art. 2 will always be applicable and will rarely cause any difficulties. Other rules are more problematic, though. The study focuses on the articles 5.1 in the Brussels and Lugano Conventions and in the Brussels I-Regulation respectively, together with the consumer rules in art. 15 of the Regulation (the consumer rules in the Brussels and Lugano Conventions are discussed in part IV in connection with the study of the consumer rules in the Rome Convention).

The rule of *forum solutionis* in art. 5.1 is much debated and the interpretation made by the Court of Justice has given rise to criticism. One problem is that the obligation in question depends on which of the parties sues the other one (*De bloos v. Bouyer, 1976 ECR 1497)*. A further problem is that the place of the performance is not defined in the Conventions; to reach a conclusion, as to which place it might be, the Court has chosen the roundabout method of letting national private international law be decisive (*Tessili v. Dunlop, 1976 ECR 1473*). The reformed version of art. 5.1 is therefore appreciated and longed-for by most commentators since the new rule in art. 5.1 b) clarifies both what *the obligation in question* is supposed to be and where the *place of the performance* of the obligation in question is located. Even so, these clarifications are limited to the case of the sale of goods and the case of the provision of services; consequently they have no bearing on the contracts concerning digital products. As examined in part II of this study, the obligation to provide the license must nearly always be considered as the characteristic of the contract. As this performance can not be categorized as a good or a service, art. 5.1 b) is not applicable. Hence, and according to art.

5.1 c), the rule in art. 5.1 a) must be used instead. Only the future will let us know how art. 5.1 a) will be interpreted by the Court.

The rules in art. 15 of the Brussels I-Regulation regarding jurisdiction over consumer contracts are supposed to be adapted to e-commerce. Particularly art. 15.1 c) aims at consumer contracts concluded over the Internet. This rule is not easily comprehensible and certain statements by the Council and the Commission add to its ambiguity.

Art. 15.1 c)

[If] … the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities.

Some remarks:

a) The website must be accessible in the State in which the consumer is domiciled. That is self-evident for most websites, so the mere accessibility is not a sufficient base for any conclusion.
b) The contract must be concluded via an interactive website. The degree of interactivity is still to be decided.
c) The activities on the website must, for the reasons mentioned in a) and b), be directed towards the Member State, in which the consumer is domiciled.
d) With the purpose of deciding whether a website is directed or not, it has been argued that the decisive factor is an existing consumer contract. This argument could easily lead to circular reasoning: for the existence of a consumer contract, the activities must be considered *directed*. But at the same time, to be considered directed, the activities must have led to the existence of a consumer contract.
e) Uncertainty will remain until the Court of Justice has given an interpretation. Until then, one may well discuss different criteria that will have influence on a future ruling. It is obvious that factors like an agreement, the used language, disclaimers, expressed geographical limits of the activity etc., will have to be considered when the Court is going to decide if the activities on a certain website are directed to the Member State where the consumer is domiciled. Bearing in mind the great number of variations of websites, it will probably not be possible to draw up an interpretation based on just one or two criteria. Instead, it is more likely, that it will be necessary to consider the single circumstances of each case in order to decide if the activities are directed or not.

As to prorogation of jurisdiction the Brussels and Lugano sets of rules will not be problematic in e-commerce relations. Such an agreement conferring jurisdiction must have a certain form, for instance in writing or evidenced in writing. In the Brussels I-Regulation it is stated

that "any communication by electronic means which provides a durable record of the agreement shall be equivalent to 'writing'". The same is not explicitly expressed in the Brussels- and Lugano Conventions, but can nevertheless be assumed to be in force when these sets of rules are applicable.

Compared with the American system, three basic differences can be identified: *firstly*, the American courts seem to have a wider margin to explain themselves competent when an activity is directed to a certain state by electronic means. *Secondly*, prorogation of jurisdiction is accepted also in consumer contracts. The restrictive rules in the Brussels and Lugano sets of rules are without parallel in the American system. *Thirdly*, the American system is more casuistic than the European one. The advantage is a more flexible approach, the disadvantage might be a lack of transparency and foresee ability for the parties.

Part IV – Choice of law and e-commerce

This part of the study examines the applicability of *the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (the Rome Convention)* and *the (Hague-) Convention on the law applicable to international sales of goods* as implemented into Swedish code *lag (1964:528) om tillämplig beträffande internationella köp av lösa saker* (IKL).

As with prorogation of jurisdiction, the freedom of choice is accepted in both sets of rules. Such an agreement must have a certain form, but again there are no reasons to disqualify a communication by electronic means as described above.

In the absence of a choice, applicable law according to the Rome Convention will be the law of the country with which the contract "is most closely connected". To decide which country this may be, art. 4.2 of the Convention provides a presumption rule:

> Subject to the provisions of paragraph 5 of this article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has his habitual residence, or, in the case of a body corporate. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.

This rule raises several questions.

1. Which is the performance that is "characteristic of the contract" when a digital product is downloaded from a server? As described above, the performance in question may be the obligation to supply a digital product or to provide a license for the product. If only one performance must be decided, the obligation to provide the license will nearly always be the one.

2. Which party is carrying out performance that is "characteristic of the contract"? The answer should normally be the right holder, or a person, whom the right holder has given the right to effect the performance in question.
3. Where is the place where the performance that is "characteristic of the contract" is effected? This question remains to be answered irrespective of, whether it's a matter of e-commerce or not; "Place of business will inevitably give rise to questions of interpretation" (Kaye, cited in chapter 12.5.4). The situation becomes even more complex when the ingredients of e-commerce are added: if a party chooses to download the digital product from a known server in Frankfurt, Germany, can that server be regarded as a place of business? The answer is probably negative. Since the performance characteristic of the contract is to provide a license, the location of the performance will, as mentioned above, be situated elsewhere. Furthermore it is not believable that a server can be considered as a place of business within the scope of the Rome Convention.

Even if the rule is somewhat unclear, one should bear in mind that it can be disregarded if it "appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country", art. 4.5. Since jurisdiction to interpret the Rome Convention has not been conferred to the European Court of Justice, the courts of every contracting state have to interpret the Convention on their own. As a result, there are no known criteria for deciding whether a server can be seen as a place of business or lead to the opinion that the contract as a whole actually is more closely connected with the state where the server is located.

As to the IKL, there is no reason to argue for a different interpretation in cases related to e-commerce. This law is only applicable on sales of physical goods and consequently the methods used for conclusions of contracts are less important. The main rule, in the absence of a law chosen by the parties, is that "a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the vendor has his habitual residence at the time when he receives the order." Regardless, the governing law can be the one of an establishment or even the one of the country where the purchaser has his habitual residence, if the order somehow has been received in one of these locations. This again gives rise to the question of whether a server can be considered a relevant connection. The reasoning in these cases is in line with earlier reasoning in this study regarding the very same question.

Consumer contracts fall outside the IKL and will accordingly be examined under the rules of certain consumer contracts in the Rome Convention.

According to art. 5.1, the article is only applicable "to a contract the object of which is the supply of goods or services". As observed in part II, it is possible to identify two obligations (excluding payment) when a contract regarding digital products is at hand; the obligation to supply the product and also an obligation to provide a license. The first obligation, supplying of the product, could be seen as an obligation to supply a good. Consequently, issues con-

nected with this part of the transaction (such as making the wrong file available on the server or supplying a defect file) ought to be dealt with under art. 5. The second obligation, however, must be considered as regarding neither goods nor services. Thus, issues connected with this part (such as limits in the use of the program compared to the agreement) fall outside art. 5.

According to condition 1 in art. 5.2, the conclusion of the contract must have been preceded by a specific invitation addressed to the consumer in the country in which he has his habitual residence or by advertising in that country. When reasoning about when an e-mail can count as such an invitation or when information on a website can be considered "advertising", one soon has to draw the conclusion that this condition is not suited for e-commerce activities. Even though it is possible to argue that e-mail adresses may indicate which country the message will reach, or whether information on a website is directed towards the country of the consumer, the most sensible interpretation would probably be to follow the outlines of art. 15.1 c) of the Brussels I-Regulation.

In the not-so-distant future the Rome Convention is going to be replaced with the Rome I-Regulation, as was the Brussels Convention with the Brussels I-Regulation. In the Rome I-Regulation will the rules regarding consumer contracts look different? The answer must be that they will. Most probably, the new rules will be identical with, or at least inspired by, the rule in the above mentioned art. 15.1 c) of the Brussels I-Regulation.

A comparison with the American choice of law-system is hard to accomplish since every state within the USA has got separate rules. Some fundamental features can, however, be observed. In similarity with the Rome Convention, the freedom of choice is accepted; exceptions to the rule are, as in the Rome Convention, certain consumer contracts. Furthermore both systems are, in the absence of a choice of the parties, operating with *closest connection*-principles.

The last chapters of part IV examine the material and formal validity of e-contracts in a private international law-perspective. The conclusion is that the rules provided in the Rome Convention can be applied without considerable difficulties.

Part V – The E-commerce Directive

The Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (the e-commerce Directive), seeks, according to art. 1, "to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States."

In order to ensure such a proper functioning, the Directive provides a *country-of-origin principle*. According to this principle, a Member State may not restrict the freedom to provide information society services from another Member State, as long as these services comply with national provisions (which fall within the "coordinated field") in the Member State where the service provider is established.

The relationship to private international law seems to be clarified in art. 1.4: "This Directive does not establish additional rules on private international law."

In any case, the rules within the coordinated field seem to include matters of private law. The annex contains some exceptions from the country-of-origin principle that indicates that some private law aspects must be regarded when the principle is to be applied. This creates a problem. If the country-of-origin principle is applicable to private law aspects, the principle also provides answers to the questions regarding which law is applicable. Hence we have a collision; such answers are supposed to be answered by the private international law and not by a country-of-origin principle.

The effect is confusing. On one hand there is a rule saying that the Directive does not establish additional rules on private international law. On the other hand there is a principle saying that the law of the country-of-origin must be applicable, i.e. an additional rule on private international law.

Can this mystery be explained? Not quite, but a look at the background may give reasons for how the situation occurred. Initially, when the first proposal for a directive was presented, aspects of private law were included in the rules. At a late stage during the negotiations, the Member States refused to accept such an inclusion. The rules were reviewed and to make it clear that private law aspects had been excluded, art. 1.4 was added. The present Directive could be seen as a result of some parts perhaps having been "forgotten", or maybe a compromise or even a suggestion to the Court to include private law, even though art. 1.4 dictates otherwise. Members of the Commission have unofficially declared that they consider some matters of private law to be included in the Directive.

If these members of the commission are right, it has been argued that the legal basis for the Directive is inappropriate. The reason would be that the preamble of the Directive refers to the Articles 47(2), 55 and 95 of the EC-Treaty as the legal base. But in order to harmonize the private international law, the appropriate legal base is Article 65 of the EC-Treaty. The utmost consequence of an assertion that aspects of private international law are included could be that the Directive will be annulled in its entirety. The Court of Justice has in one case, where the legal basis was inappropriate, declared a Directive annulled (Case C-376/98, Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union).

When considering the clear declaration in art. 1.4 of the Directive and the Directive's referring to Articles 55 and 95 *(and not 65)* of the EC-Treaty as to the legal base, the conclusion is that it is hard to see how the Directive could be allowed to interfere with private international law. Yet it remains to be seen if the Court of Justice will reach the same conclusion.

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Direktiv och förordningar

– Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/48/EG av den 20 juli 1998 om ändring av direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter.

– Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter.

– Europaparlamentets och Rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden.

– Europaparlamentets och Rådets direktiv 2000/46/EG av den 18 september 2000 om rätten att starta och driva affärsverksamhet i institut för elektroniska pengar samt om tillsyn av sådan verksamhet.

– Rådets förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

– Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

Förberedande rättsakter

– Grönbok om konvergens av telekommunikation, media och informationsteknik och dess följder för lagstiftningen, en strategi för informationssamhället, KOM(1997) 623 slutlig.

– Ett europeiskt initiativ inom elektronisk handel, KOM(1997) 157.

– Förslag till Rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, KOM (1999) 348 slutlig.

– Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa rättsliga aspekter på den elektroniska handeln på den inre marknaden: KOM(1998) 586 slutlig.

– Ändrat förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, KOM (2000) 689 slutlig.
– Elektronisk handel och finansiella tjänster. Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, KOM(2001) 66 slutlig.
– Grönbok om omvandlig av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser till ett gemenskapsinstrument och dess revidering i samband därmed, KOM(2002) 654 slutlig.
– Parlamentets ändringsförslag till förslag till rådets förordning om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, publicerat i EGT 2001 C 146/94.

Rapporter

- *Giuliano, M* and *Lagarde, P.* "Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations", (Cit. *Giuliano, M./Lagarde, P.*), OJ 1980 C 282/1
- *Jenard, P* and *Möller, M.* "Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988", (Cit. *Jenard, P./Möller, G.*), OJ 1990 C 189/57, 1990
- *Schlosser, P.*, "Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice", (Cit. *Schlosser, P.*), 1979
- *Jenard, P.*, "Report on the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters", (Cit. *Jenard, P.* I), P. OJ 1979 C 59/1
- *Jenard, P.*, "Report on the Protocols of 3 June 1971 on the interpretation by the Court of Justice of the Convention of 29 of February 1968 on the mutual recognition of companies and legal persons and of the Convention of of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters". (Cit. *Jenard, P.* II), OJ 1979 C59/66

Svenska arbeten

Ds 2003:35, Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. (Infosoc)

Ds 2001:13, E-handelsdirektivet – genomförande av direktiet 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster

Ds 1996:7, Romkonventionen – införlivandet med svensk rätt av EG-konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser

NJA II 1943 s. 1, den nya rättegångsbalken

Prop. 2001/02:85, Utgivning av elektroniska pengar

Prop. 2001/02:50, Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.

Prop. 1999/00:89, Lag om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal

Prop. 1986/87:89 Om ett reformerat tingsrättsförfarande

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

Prop. 1973:87,

Prop. 1964:149, Lag om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker

Prop. 1988/89:95,

Skr. 1997/98:190, Elektronisk handel

SOU 1999:106, Konsumenterna och IT – en utredning om datorer, handel och marknadsföring.

SOU 1998:122, E-pengar – civilrättsliga frågor m.m.

SOU 1998:14, E-pengar – näringsrättsliga frågor.

SOU 1996:40, Elektronisk dokumenthantering.

SOU 1976:39,

Danska arbeten

– Lovforslag nr. L 63 til Lov om visse betalingsmidler, fremsat den 27 oktober 1999

– Lovforslag nr. L 61, forslag til Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel av den 29 januar 2002

Övrigt

– Restatement (Second) Conflict of Laws

Praxis

EG

Mål 7/68, Commission v. Italy [1969] ECR 423, (se avsnitt 8.4.4)

Mål 155/73, Sacchi [1974] ECR 409, (8.4.4)

Mål 12/76, Tessili v. Dunlop, [1976] ECR 1473, (5.2.3, 10.4.5)

Mål 14/76, de Bloos [1976] ECR 1497, (10.4.3)

Mål 25/76, Galeries Segoura SPRL mot Société Rahim Bonakdarian, [1976] ECR 1851, (10.6.5.5)

Mål 7/78, Thompson [1978] ECR 2247, (8.4.4)

Mål 33/78, Somafer [1978] ECR 2183, (10.4.1)

Mål 120/78, Cassis de Dijon, REG 1979, svensk specialutgåva vol. 4, s. 649, (17.1)

Mål 56/79, Zelger, REG 1980, s. 89, (10.4.7.4)

Mål 52/79, Debauve [1980] ECR 833, (8.4.4)

Mål 38/81, Effer [1982] ECR 825 (10.4.2)

Mål 133/81, Ivenel, [1982] ECR 1891, (10.4.4)

Mål 288/82, Duijnstee v. Goderbauer, [1983] ECR 3663, (5.2.3)

Mål 34/82, Peters [1983] ECR 987, (10.4.2)

Mål 72/83, Campus Oil [1984] ECR 2727, (8.4.4)

Mål 79/85, Segers , [1986] ECR 2375, (7.4.2)

Mål 266/85, Shenavai, [1987] ECR 239, (10.4.4)

Mål 81/87, Daily Mail, [1988] ECR 5483, (7.4.2)

Mål 189/87 Kalfelis [1988] ECR 5565, (10.4.1)

Mål 32/88, Six Constructions Ltd v. Humbert [1989] ECR 341, (10.4.4)

Mål C-89/91, Shearson Lehman Hutton v. TVB, 1993 ECR I-139, (10.6.2)

Mål C-26/91, Handte [1992] ECR I-3967 p. 14, (10.4.1, 10.4.2 , 10.4.7.4)

Mål C-98/91, Herbrink, REG 1994 s. I-223, (8.4.3)

Målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins m.fl. [1993], (8.2)

Mål C-125/92, Mulox IBC Ltd. v. Hendrick Geels, [1993] ECR I-4075, (5.2.3)

Mål C-288/92, Custom Made Commercial v. Stawa, 1994 ECR I-2913, (10.4.5. 10.4.7.4)

Mål C-106/95, MSG mot Gravières Rhénanes, REG 1997 s. I-911, (10.7.3)

Mål 269/95 Benincasa, REG 1997, (10.6.2)

Mål C-159/97, Casteletti mot Trumpy, REG 1999 s. I-1597, (10.7.3)

Mål C-212/97, Centros Ltd mot Erhvers- og Selskabsstyrelsen, REG [1999], s. I-1459,(7.4.2)

Mål C-423/97, Travel Vac, REG 1999 s. I-2195, (8.5.3)

Mål C-97/98 Jägerskiöld v. Gustafsson [1999] ECR I-7319., (8.4.4)

Mål C-167/00, Verin für Konsumenteninformation mot Karl Heinz Henkel, REG 2002 s. I-8111, (17.2.4.3)

Mål C-256/00 Besix, REG 2002, s. I-1699, (10.4.1, 10.4.6.4)

Norge

N. Rt. 1924.1181 H, (15.3.3)

Storbritannien

Source Ltd v. *TUV Rheinland Holding AG*, Court of Appeal (UK), [1997] 3 WLR 365

St Albans City and District Council v. *International Computers Ltd*, [1996] E.W.J 239

Definitely Maybe Ltd v *Lieberberg GmbH (QBD)*, [2001] 1 WLR s. 1745

Sverige

AD 1995 nr 120, (5.3)

NJA 1936 s. 114 (9.3.3)

NJA 1956 s. 1, (7.3)

NJA 1975 s. 119, (s. 122 f)

NJA 1980 s. 340, (7.3)

NJA 1981 s. 286, (9.3.2)

NJA 1986 s. 729, (7.2, 7.4.3)

NJA 1994 s. 81 , (5.3)

NJA 1994 s. 302, (7.4.3)

NJA 1995 s. 238, (7.4.3)

RH 1982:120

Svea HovR, 1933, Continental Investment Aktiengesellschaft, opublicerat, (7.4.3)

USA

Pennoyer v. *Neff* , 95 U.S. 714 (1878), (5.4.1)

International Shoe Co. v. *Washington,* 326 U.S. 310 (1945), (5.4.2)

McGee v. *International Life Ins. Co.*, 355 US 220 (1957), (11.5)

M/S Bremen v. *Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), (11.2)

World-Wide Volkswagen Corp., v. *Charles S. Woodson,* 444 U.S. 286 (1980),

Helicopteros Nacionales De Colombia, S.A. v. *Hall*, 466 U.S. 408 (1984), (5.4.3)

Burger King Corp. v. *Rudzewicz,* 471 U.S. 462 (1985), (5.4.3)

Carnival Cruise Lines, Inc. v. *Shute*, 499 U.S. 585 (1991), (11.2)

Quill Corp. v. *North Dakota,* 504 US 298 (1992), (11.5)

Compuserve, Inc. v. *Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996). (11.2)

Zippo Manufacturing Co. v. *Zippo Dot Com, Inc* 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa.1997), (11.3)

Dawson v. *Pepin,* 2001 US Dist LEXIS 10074 (WD Mich March 29, 2001), (11.3)

Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA v. *Casinoalitalia.com*, 128 F. Supp. 2d 340 (ED Va 2001), (11.3)

Neogen Corp. v. *Neo Gen Screening, Inc,* 282 F.3d at 890 (2002), (11.3)

ALS Scan Inc. v. *Digital Service Consultants*, Inc, 293 F.3d 707 (2002), (11.5)

Litteratur

ANDERSEN, M.B., Lærebog i EDB-ret, København 1991 (cit. Andersen (1991)).

-- Shopping på Internettet, TemaNord 1999:538 (cit. Andersen (1999)).

-- *IT-retten*, København 2003 (cit. Andersen (2003)).

ARNT NIELSEN, P., International Privat- og Procesret, København 1997 (cit. Arnt Nielsen (1997)).

-- Anmälan av Lundgaard, H.P.; Gaarders indføring i Internasjonal Privatrett. 3 utg., TfR 5, 2000, s. 1115-1121 (cit. Arnt Nielsen (2000a)).

-- EU's forslag til domsforordning, UfR 2000, s.164-174 (cit. Arnt Nielsen (2000)).

-- Civilretlige aspekter af Danmarks retlige EU-forbehold, *UfR* nr. 17, 27. april 2002 (cit. Arnt Nielsen (2002)).

AZMI, I.M., Contract or Copyright? Software Licensing and the Control of Information Products, C.T.L.R. 2001, 7(6), 136-142.

BENDER, H., EDB rettigheder, København1998.

BENNO, J. Consumer purchases through telecommunications in Europe. Oslo1993 (cit. Benno (1993)).

-- Transaktionens anonymisering och dess påverkan på rättsliga problemställningar. Det IT-rättsliga observatoriets rapport 1/97. 1997. Det IT-rättsliga observatoriet (cit. Benno (1997)).

BERCH, M.A., WHITE BERCH, R. & SPRITZER, R.S., Introduction to American Legal Method and Process, 2 Ed., St. Paul 1992.

BERNITZ, U. & KJELLGREN, A., Europarättens grunder, 2 Uppl.. Stockholm 2002.

BING, J. "Lovely Rita Meter Maid..." The Trade in Intellectual Property within a Digital Environment, in Legal Aspects of Electronic Commerce. Fejø, J., Nielsen, R.& Riis, T., Eds., København 2001.

BLOK, P. Domskonventionens opfyldelseværneting - en kritisk vurdering, i Festskrift til Ole Lando, København 1997.

BOGDAN, M., 1980 års EG-konvention om tillämplig lag på kontraktsrättsliga förpliktelser - synpunkter beträffande den svenska inställningen, TfR 1982, s. 1 (cit. Bogdan (1982)).

-- Oskäliga avtalsvillkor i gränsöverskridande konsumentavtal, SvJT 1995 s. 189 (cit. Bogdan (1995)).

-- Kan en Internethemsida utgöra ett driftsställe vid bedömningen av svensk domsrätt och tillämplig lag?, SvJT 1998 s. 825 (cit. Bogdan (1998)).

-- Anmälan av Ruth Nielsen, E-handelsret, SvJT 1/01, s. 99 (cit. Bogdan (2001a)).

-- Electronic Commerce: Problems of Jurisdiction and Applicable Law, In Legal Aspects of Electronic Commerce, Fejø, J., Nielsen, R.& Riis, T., Eds., København 2001 (cit. Bogdan (2001b)).

-- Om Bryssel/Luganoreglernas tillämpning i marknadsrättsliga mål, JT 2002-03 nr 2, 410-416 (cit. Bogdan (2002)).

-- Anmälan av Kim Østergaard, Elektronisk handel og international privat- og procesret, SvJT 10/03, s. 1138, (cit. Bogdan (2003a)).

-- Komparativ rättskunskap, 2 uppl., Stockholm 2003 (cit. Bogdan (2003b)).

-- Svensk internationell privat- och processrätt, 5 uppl., Stockholm 2004 (cit. Bogdan (2004)).

BORCHERS P.J., Tort and Contract Jurisdiction via the Internet: The 'Minimum Contacts' Test and Brussels Regulation Compared. NILR 2003, s. 401.

CARLÉN-WENDELS, T., Några kommentarer till jurisdiktions- och lagvalsproblem på Internet, *JT* 1997-98 s. 883-889 (cit. Carlén-Wendels (1998)),

-- Nätjuridik - Lag och rätt på Internet, 3 uppl., Stockholm 2000, (cit. Carlén-Wendels (1998)).

CHISSICK, M. & KELMAN, A., Electronic Commerce - Law and Practice, 3 Ed. London 2002.

CRAMTON, R.C., CURRIE, D.P., HILL KAY, H. & KRAMER, L., Conflict of Laws. Cases-Comments-Questions, 5 Ed., St. Paul 1993.

DAVIES, L.J., A Model for Internet Regulation, Bristol 1999.

DE COCK BUNING, M., HONDIUS, E., PRINS C. & DE VRIES, M., Consumer@Protection.EU. An analysis of European Consumer Legislation in the Information Society. Journal of Consumer Policy 24, 2001, s. 287.

DEBUSSERÉ, F. International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Union: Quid., Int.Jnl.of Law and Info.Technology 10 No. 3, 2003 s. 344.

DENNEMARK, S., Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål., Stockholm 1961.

DICEY & MORRIS, The Conflict of Laws, 13 Ed., London 2000.

DICKIE, J., Internet and Electronic Commerce in the European Union, Oxford1999.

DONZALLAZ, Y., La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Bern1998.

DYKERT L., IVARSSON P. & WIDMAN E.G., e-business - för tillväxt och lönsamhet, Lund 2002.

EINERSEN, E. Elektronisk aftale- og bevisret, København1992.

EKELÖF, P.O., Rättegång, andra häftet, 8 uppl., Stockholm1996.

EU-Kommentar, Baden-Baden 2000: Nomos Verlagsgesellschaft.

FEZER, K.-H. & KOOS, S., Die gemeinschaftliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie IPRax Nr. 5, 2000, s. 349.

FOSS, M. & BYGRAVE L.A., International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues pursuant to European Law, International Journal of Law and Information Technology 8 No.2, 2000.

FREDHOLM P., Elektroniska affärer, 4 uppl., Lund 2000.

Frost, K., Tilbud og opfordringer i elektronisk handel, UfR 8, 11-8-2003.

GEIGER, R. EUV/EGV 3 Aufl., München 2000.

HELLNER, M., Internationell konkurrensrätt, Uppsala 2000 (cit. Hellner (2000)).

-- The country of origin principle in the E-commerce Directive: A conflict with conflict of laws, Working Paper no. 6, Riga Graduate Scool of Law 2003 (cit. Hellner (2003))

HERTZ, K., Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention. København 1998 (cit. Hertz (1998)).

-- Forbrugerens stilling indenfor e-handel - særligt med hensyn til lovvalg og værneting. 2002. Referat från Det 36 Nordiska Juristmötet, Helsingfors, 15-17 augusti 2002 (cit. Hertz (2002)).

HOEREN, T., Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste Kritische Analyse, MMR 4/1999 s.192.

HÖRNLE, J., Private International Law and E-Finance: The European Perspective. EDI Law Rewiev 8, 2002 s. 209-221.

HULTMARK RAMBERG, C., Den nya marknaden. En redovisning av ett seminarium om hur IT förändrar affärsverksamheter. Det IT-rättsliga observatoriet, Observatorierapport 59/2003 (cit. Hultmark (2003)).

HULTMARK, C., Slutande av avtal med moderna kommunikationsmedel, i Bernitz, U., (Red.), Festskrift till Jan Ramberg, Stockholm 1996 (cit. Hultmark (1996)).

-- Elektronisk handel och avtalsrätt, Stockholm 1998 (cit. Hultmark (1998)).

-- Ny distansavtalslag. JT 2000-01 Nr 1, s. 48-62.

HUNNINGS N.M., Annotation on Case 52/79 and Case 62/79, CMLRev 1980 17, s. 560.

JAYME, E. & KOHLER, C. Europäisches Kollisionsrecht 1999 - Die Abendstunde der Staatsverträge, IPRax Nr. 6, 1999 s. 4013.

JUNKER, A., Internationales Vertragsrecht im Internet, Recht der Internationalen Wirtschaft Heft 11, 1999 s. 809.

JÄNTERÄ-JAREBORG, M., Svensk domstol och utländsk rätt, Uppsala 1997.

KAYE P., The New Private International Law of Contract of the European Community. Aldershot1993: Dartmouth Publishing Company Ltd.

KOKTVEDGAARD, M. Immaterialretsdispositioner, København1965.

KOKTVEDGAARD, M. & LEVIN, M,. Lärobok i immaterialrätt, 7 uppl. Stockholm2002.

Kommentar zum EU/EG-Vertrag., 5 Aufl., Baden-Baden 1997: Nomos Verlagsgesellschaft.

KRONKE, H. Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR, Recht der Internationalen Wirtschaft 1996 Heft 12, s. 985-993.

KROPHOLLER, J., Internationales Privatrecht, 4 Aufl., Tübingen 2001 (cit. Kropholler (2001)).

-- Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen, Heidelberg 2002: (cit. Kropholler (2002)).

KROPHOLLER, J. & VON HINDEN, M., Die Reform des europäischen Gerichtsstands am Erfüllungsort, In Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000.

LANDO, O., Syv afgørelser om fortolkningen af EF-konventionen om rettens kompetence og om fuldbyrdelse af domme, NTIR 46, 1977, s. 77-92 (cit. Lando (1977)).

-- Kontraktsstatuttet, København 1981 (cit. Lando (1981)).

-- Udenrigshandelens kontrakter, 4 udg.,. København 1991 (cit. Lando 1991).

LARSSON, M., Konsumentskyddet över gränserna - särskilt inom EU, Uppsala 2002.

Law of the European Communities. London 1986: Butterworths.

LEHRBERG, B., Anmälan av Christina Hultmark, Elektronisk handel och avtalsrätt, SvJT 6/99, s. 674-683.

LENDA, P., Internet and Choice-of-Law. The International Sale of Digitised Products Through the Internet in a European Context, Oslo 2001.

LINDBERG, A. & WESTMAN, D., Praktisk IT-rätt 3 uppl. Stockholm: 2001.

LINDHOLM, P. & MAENNEL, F.A., Directive on Electronic Commerce (2000/31/ec), in Legal Aspects of Electronic Commerce, Fejø, J., Nielsen, R.& Riis, T., Eds., København 2001.. pp. 15-25.

LINDSKOUG, P., Internationellt privat- och processrättsliga regler vid konsumenthandel på Internet, JT 1988/89 s. 869-893.

LUNDGAARD, H.P., Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 2000.

MAACK, A., Die Durchsetzung des AGB-Rechtlichen Transparenzgebots in internationalen Verbraucherverträgen, Baden-Baden 2001.

MANKOWSKI, P., Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht. Rabels Zeitschrift für Ausländisches unde Internationales

Privatrecht 63 (1999), Heft 2 (cit. Mankowski (1999)).

-- Electronic Commerce und Internationales Privatrecht, in Grosheide, F.W.& Boele-Woelki, K., (Eds.) Molengrafica,Utrecht 2000 pp. 97-150 (cit. Mankowski (2000)).

-- Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce-Richtlinie, ZVglRWISS 100, 2001 s. 137-181 (cit. Mankowski (2001)).

-- Jurisdiction and Inforcement in the Information Society, in Nielsen, R., Sandfeld Jacobsen, J., & Trzaskowski J., (Eds.) EU Electronic Commerce Law, København 2004 pp. 125-158 (cit. Mankowski (2004)).

MCDOUGAL, L.L.i., FELIX, R.L. & WHITTEN, R.U., American Conflicts Law, 5 Ed., Ardsley, NY 2001.

MEHRINGS, J., Internet-Verträge und internationales Vertragsrecht. CR 10/1998, p. 613.

MITRANI, A., Regulating e-commerce, e-contracts and controversy of multiple jurisdiction. Int.T.L.R. 7(2), 2001, pp. 50-60.

MOËLL, C., Harmoniserade tulltaxor. Införlivande, tolkning och tillämpning av internationella regler för varuklassificering. Lund 1996.

MOEREL, L., The Country-of-Origin Principle in the E-commerce Directive: The Expected "One Stop Shop", *C.T.L.R.* **2001, 7(7)**, pp. 184-190.

MOTION, P.R., The Brussels regulation and e-commerce - a premature solution to a fictional problem, *C.T.L.R.* **7(8)**, 2001 pp. 209-215.

MOTTL, I., Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet,. in Gruber, M.& Mader, P. (Hrsg), Internet und e-commerce. Neue Herausforderungen an das Privatrecht, Salzburg 2000.

MURRAY A.D., Entering into Contracts Electronically: The Real W.W.W., in Edwards, L. & Waelde, C., (Eds.) Law and the Internet. A Framework for Electronic Commerce. 2nd Ed., Oxford 2000.

NIAL H. & DENNEMARK S., Förslag till internationell köprättskonvention. SvJT 1955, 81-89.

NIELSEN, R., E-handelsret, København 2001, (cit. Nielsen (2001)).

-- E-handelsloven - privatretlig og/eller offentligretlig lov? i Julebog 2002, København 2002 s. 225-251. (cit. Nielsen (2002)).

OLIVER, P., Free movement of goods in the European Community. London 2003.

OLSSON, H,. Copyright, 6 uppl. Stockholm1998.

PHILIP, A,. Dansk International privat- og procesret, 3 udg. København 1976 (cit. Philip (1976)).

-- EU-IP, København 1994, (cit. Philip (1994)).

PLENDER, R,. & WILDERSPIN ,M., The European Contracts Convention, 2 Ed., London 2001

PRINS, J.E.J., Contracting in an on-line Marketplace, In Bekkers, V., Koops, B.-J.& Nouwt, S. (Eds.) Emerging Electronic Highways, Haag 1996.

PUURUNEN, T., The judicial jurisdiction of states over international business-to-consumer electronic commerce from the perspective of legal certainty, U.C.Davis J.Int'l L.& Pol'y 8, 2002, pp. 133-254.

PÅLSSON, L., EG-konventionen: Värdering från svensk synpunkt., NTIR 1980, s. 154-167, (cit. Pålsson (1980))

-- Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Stockholm1989 (cit. Pålsson (1989)).

-- Bryssel- och Luganokonventionerna, Stockholm 1995 (cit. Pålsson (1995)).

-- The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions: The Forum Solutionis, in Festskrift til Ole Lando, København 1997 (cit. Pålsson (1997)).

-- Romkonventionen. Tillämplig lag för avtalsförpliktelser, Stockholm 1998 (cit. Pålsson (1998)).

-- Svensk rättspraxis - Internationell privat- och processrätt 1996-2000, SvJT 9/01 (cit. Pålsson (2000))

-- Brysselkonventionen, Luganokonventionen och Bryssel I-förordningen, Stockholm 2002 (cit. Pålsson (2002)).

-- Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna, SvJT 1/04 (cit. Pålsson (2004))

QUITZOW, C.M., Fria varurörelser i den europeiska gemenskapen. Stockholm1995.

REED, C., Internet Law: Text and Materials, London 2000.

REED, C. & ANGEL, J., Computer Law, 5 Ed., London 2003.

REICH, N. & NORDHAUSEN, A., Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr, Baden-Baden 2000.

REITER, R., BLUMENFELD, E. & BOULDING, M., Internet Law for the Business Lawyer, Chicago 2001.

ROEBUCK, W., Jurisdiction and e-commerce, C.T.L.R. 2002, 8(2), pp. 29-32.

ROGNSTAD, O.-A., Konsumpsjon og digitale overførelser, i Festskrift til Mogens

Koktvedgaard, København 2003, s. 447-472.

ROTH, M., Gerichtsstand und Kollisionsrecht bei Internetgeschäften. In Gruber, M. & Mader, P. (Hrsg), Internet und e-commerce. Neue Herausforderungen an das Privatrecht, Salzburg 2001, pp. 157-176.

RUSTAD, M. & DAFTARY, C., E-business Legal 2 Handbook, 2 Ed., New York 2002.

SCHAUB, M., On-line consument nu nog beter beschermd! Tijdschrift voor Consumentenrecht, 2001, pp. 91-102.

SCHMITT, H., Online-Kaufvertrräge über "Intangible Goods" und der Anweundungsbereich von Verbrauchergesetzen, CR 12/2001, s. 838.

SCOLES, E.F. & HAY, P., Conflict of Laws, St. Paul 1992.

SEIPEL, P., Juridik och IT. Introduktion till rättsinformatiken, Stockholm 2003

SMITH, G.J.H,. Internet Law and Regulation, 3 Ed., London 2002.

SPANG-HANSSEN, H., Cyberspace Jurisdiction in the U.S., Oslo 2001.

SPINDLER, G., Internationales Verbracuherschutzrecht im Internet. MMR 1/2000, 18-25.

STONE ,P., Internet Consumer Contracts and Europe Private International Law, Information & Communications Technology Law 9, No. 1, 2000, pp. 5-15.

-- The Treatment of Electronic Contracts and Torts in Private International Law under European Community Legislation, Information & Communications Technology Law 11, No. 2, 2002.

STRÖMHOLM, S., Upphovsrätt och internationell privaträtt, Stockholm2001.

SVENNÉ SCHMIDT, T., International person-, familie- og arveret, København 1990 (cit. Svenné Schmidt (1990)).

-- International formueret, 2 udg., København 2000 (cit. Svenné Schmidt (2000)).

SVENSSON ,C.A., STENLUND, A., BRINK, T. & STRÖM, L.-E., Praktisk marknadsrätt, 7 uppl., Stockholm 2002.

THUNMAN, Å., & ÅKERMAN, R., Jurisdiktions- och lagvalsproblem på Internet, JT 1997-98 nr. 2, s. 432-477.

TORREMANS, P., Private International Law Aspects of IP-Internet Disputes, in Edwards, L. & Waelde, C., (Eds.) Law and the Internet. A Framework for Electronic Commerce, 2nd Ed., Oxford 2000.

VEERMER, M., Unfair Competition on the Internet; The Dutch Perspective, in Grosheide, F.W.& Boele-Woelki, K., (Eds.) Molengrafica, Utrecht 2000, pp. 151-188.

WALDEN, I., Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global E-conomy, E.L.Rev 2001, 26(6), pp. 529-547.

WEGENEK, R; O'NEILL, G. & MOORE, J., E-Commerce: A Guide to the Law of Electronic Business, 3 Ed., London 2002.

WILDEMANN, D., Vertragsschluss im netz, München 2000.

ØSTERGAARD, K.., Romkonventionen. Fra folkeret til EU-ret, i *Julebog 2002*, København 2002, s. 9-18.

-- Elektronisk handel og international privat- og procesret, København 2003.