

MARIE LARSSON

KONSUMENTSKYDDET ÖVER GRÄNSERNA– SÄRSKILT INOM EU

EN STUDIE I INTERNATIONELL PRIVAT- OCH PROCESSRÄTT

89

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

IUSTUS FÖRLAG

JURIDISKA BIBLIOTEKET
VID UPPSALA UNIVERSITET

Skriftserier

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-f4410

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

89

Redaktör: Nils Jareborg

Till mina föräldrar

KONSUMENTSKYDDET ÖVER GRÄNSERNA – SÄRSKILT INOM EU

En studie i internationell privat- och processrätt

Marie Larsson

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Consumers frequently engage in cross-border transactions. This development is part of a general "europeanization" and "globalization". Increased travel and new means of communication, such as the Internet, have *inter alia* boosted international commerce with consumers. The legal position of a consumer in an international setting raises questions of private international law character: Where can a consumer turn if he or she wants to raise a complaint against a seller established in another country? Which law applies? Can a judgement or decision be recognized and enforced in another country than where it was initially rendered? Answers to these questions decide the protection afforded to a consumer in the individual cross-border case.

In this thesis the legal position of a consumer in cross-border contracts is studied, *i.e.* treatment of private international law issues in international contracts where one party is acting in a capacity of a consumer. Emphasise lies on choice of law issues. This field of law has advanced promptly the last years as a result of EC-legislation. The Swedish legal order is in the centre of the study. However, legal orders in other European countries are taken into consideration. This is a natural sequel as there are many private international law rules relating to consumers' rights that are common in the European Member States.

An evaluation gives as a result that current Swedish private international law is too complicated and does not always meet with consumers' interests of simple, swift and accessible solutions. If adequate consumer protection cannot be afforded in cross-border situations, consumers may be reluctant to take advantage of available choice regarding good or services and the reduced prices that the intensification of competition on the internal European market is intended to bring. It is argued that the drawbacks call for simplifications.

Marie Larsson, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, Box 512, S-751 20 Uppsala, Sweden

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2002
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-508-4
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Tryck: Elanders Graphic Systems AB, Göteborg 2002
Förlagets adress: Östra Ågatan 9, 753 22 Uppsala, tel. 018-69 30 91,
fax. 018-69 30 99, e-post: ktj@iustus.se, www.iustus.se

Förord

"I början kan pusslets konst tyckas vara en ringa konst, en lättviktig konst, egentligen bara en torftig demonstration av gestaltteorien: det man ställs inför – det må gälla en perceptionsakt, en inlärning, ett fysiologiskt system eller ett pussel av trä – är inte en summa av delar som först måste isoleras och analyseras, utan en helhet, det vill säga en form, en struktur: delen existerar inte före helheten och uppträder varken samtidigt med den eller efter den, och det är inte delarna som bestämmer helheten utan helheten som bestämmer delarna: kunskapen om det hela och dess lagar, om helheten och dess struktur, kan inte hämtas ur kunskapen om var och en för sig av de delar som bildar den: man kan ju titta på en pusselbit i tre dagar och tro att man vet allt om dess form och färg utan att komma ett tuppfjät vidare: det enda av intresse är möjligheten att foga biten till andra bitar; först när bitarna är samlade blir de läsbara och får en mening; betraktade för sig säger en pusselbit oss ingenting, den är bara en möjlig fråga, en oklar utmaning; men knappt har man, efter flera minuters försök och misslyckanden, eller under en mirakulöst inspirerad halvsekund, lyckats koppla ihop biten med en intilliggande bit, förrän den försvinner, upphör att existera som bit: det intensiva bryderi som föregick hopkopplingen, och som ordet *puzzle* – gåta – så väl beskriver på engelska, är nu inte bara omotiverat, det tycks aldrig ha existerat, nu när det är uppklarat: de två så mirakulöst förenade bitarna utgör nu en enda bit, som nu i sin tur ger upphov till misstag, tvekan, förvirring och väntan."

George Perec
Livet – en bruksanvisning

För många år sedan läste jag en kurs i internationell förmögenhetsrätt för professor Ulf Göranson och dåvarande docent Maarit Jänterä-Jareborg. De väckte mitt intresse för internationell privat- och processrätt. Maarit blev sedermera både professor och min handledare.

Maarit har med varm hand lett mig genom doktorandutbildningen. Generöst har hon delat med sig av sitt juridiska kunnande, sina erfarenheter och sin livsglädje. Hon har uppmuntrat till deltagande och resande i olika sammanhang. På så sätt har hon säkerställt att doktorandtiden inte enbart har blivit en enslig syssla. Hon har outtröttligt diskuterat och korrigerat och på så vis skämt bort mig. Jag är glad över att här få uttrycka min tacksamhet och beundran för henne.

Jag vill också uttrycka mitt innerliga tack till min familj – Mor och Far för kärlek och uppmuntran, Hasse för oändligt tålamod, stort hjärta och förnuft, lillebror Peter för vishet och hjälp med Internet och Carl för omtanke.

Docent Ulf Lundqvist och jur. kand. Maria Lundqvist har varmt och engagerande "lagt sig i detta pussel", och även på många andra sätt varit mig till stort stöd.

Departementsrådet Thomas Utterström har haft vänligheten att läsa delar av avhandlingen i manuskript och frikostigt delat med sig av sina ingående kunskaper på konsumenträttens område.

Utöver dem som jag nu har nämnt har också många andra lämnat mig råd, upplysningar och annat bistånd. Charlotte Jonasson-Falk på Konsumentverket har bistått mig med informationsmaterial och mycket annat. Sverker Thorslund på Konsumentverket har hållit mig à jour med den senaste utvecklingen på timeshare-området. Professor Nils Jareborg har försett mig med soppor, Maria Callas och logik, juris doktor Jan Kellgren med vederkvickande samtal och jur. kand. Caroline Lejfalk med korrekturläsning. Veterinär Anna Wendel, advokat Ann-Christine Sigvardsson, "storasyster" Nina Larsson och jur. kand. Stefan Gullgren har stöttat mig med entusiasm och tilltro – utan er hade livet varit tråkigt!

Till alla som jag nu har nämnt, liksom till dem som i övrigt på olika sätt hjälpt mig vid arbetet på denna avhandling, ber jag att få framföra mitt uppriktiga tack.

Min studietid har finansierats med ett stipendium från Tore Alméns minnesfond, en doktorandtjänst vid Juridiska institutionen i Uppsala och ett resestipendium från IUSTUS förlag. För det förtroende som detta innebär är jag mycket tacksam. Jag vill också tacka Emil Heijnes stiftelse för erhållet tryckningsbidrag.

Bromsbo den 18 maj år 2002

Marie Larsson

Innehåll

Förkortningar 16

DEL I – ALLMÄN DEL 19

1 Introduktion 21

1.1 Avhandlingsämnet 21

1.2 Konsumentskyddets utformning i Sverige 24
1.2.1 Från nationell rätt till EG-rätt 24
1.2.2 Skyddsformerna 25
1.2.3 Svenska aktörer och myndigheter 27
1.2.3.1 Kommunala konsumentvägledare 27
1.2.3.2 Konsument Europa 27
1.2.3.3 Allmänna reklamationsnämnden 27
1.2.3.4 Allmän domstol 30
1.2.3.5 Konsumentverket, Konsumentombudsmannen och Marknadsdomstolen 30
1.2.3.6 Andra myndigheter 31

1.3 Gränsöverskridande handel – typiska problem 32
1.3.1 Exempel 1 – om lagvalsfrågan 32
1.3.2 Exempel 2 – om behörighetsfrågan 34
1.3.3 Exempel 3 – om erkännande- och verkställighetsfrågan 36
1.3.4 Exempel 4 – om marknadsrättsliga frågor 37

1.4 Syfte och avgränsning 38

1.5 Metod och material 41

1.6 Viss terminologi 42
1.6.1 Lagvalsregler 43
1.6.2 Lagvalsreglernas uppbyggnad 44
1.6.3 Partsautonomi 44
1.6.4 Partshänvisning 44
1.6.5 Hemvist 45
1.6.6 Forumland och urpsrungsland 45

1.7 Disposition 46

2 Konsumentavtalet – internt och internationellt 48

2.1 Ett oenhetligt begrepp 48

2.2 Materiell rätt 50

2.2.1 Övervägande bakom konsumentskyddslagstiftningen 50

2.2.1.1 Konsumentens skyddsbehov 50

2.2.1.2 Den inre marknadens intressen 52

2.2.2 Vem har ansetts skyddsvärd? 54

2.2.2.1 Avtalsparterna 54

2.2.2.2 Konsumenten 55

2.2.2.3 Ändamålet med avtalet 58

2.2.2.4 Synbarhetskravet 60

2.2.2.5 Blandade avtalsändamål 63

2.2.2.6 Den internationella köplagen från 1987 64

2.2.3 I vilka situationer finns skyddsbehov? 66

2.2.3.1 Översikt över konsumentskyddsregleringen 66

2.2.3.2 Konsumenttjänstlagen 67

2.2.3.3 Konsumentköplagen 68

2.2.3.4 Lagen om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal 71

2.2.3.5 Konsumentkreditlagen 73

2.2.3.6 Lagen om paketresor 74

2.2.3.7 Lagen om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende 75

2.2.3.8 Lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden 76

2.2.3.9 Forumbestämmelsen i 10 kap. 8 a) § RB 76

2.2.4 Sammanfattning 77

2.3 Internationell privaträtt 77

2.3.1 En europeisk reglering 77

2.3.2 Övervägande bakom konsumentskyddslagstiftningen 81

2.3.3 Vem har ansetts skyddsvärd? 82

2.3.3.1 Avtalsparterna 82

2.3.3.2 Konsumenten 82

2.3.3.3 Avtalsändamålet 85

2.3.3.4 Synbarhetskravet 86

2.3.3.5 Blandade avtalsändamål 87

2.3.4 I vilka situationer finns skyddsbehov? 89
2.3.4.1 Översikt över konsumentskydds-regleringen 89
2.3.4.2 Bryssel- och Luganokonventionerna 89
2.3.4.3 Bryssel I-förordningen 91
2.3.4.4 Romkonventionen 94
2.3.5 Sammanfattning 97

3 Konsumentskyddet enligt EG:s internationella privaträtt 99

3.1 En splittrad reglering 99
3.2 Behörighet i utlandsanknutna konsumenttvister 102
3.2.1 "Access to justice" 102
3.2.2 Allmän domstol 107
3.2.3 Bryssel I-förordningen 107
3.2.3.1 När särskilt konsumentskydd gäller 108
3.2.3.2 När konsumentskyddet inte gäller 111
3.2.4 Bryssel- och Luganokonventionerna 114
3.2.4.1 När särskilt konsumentskydd gäller 115
3.2.4.2 När konsumentskyddet inte gäller 117
3.2.5 Nationella regleringars fortsatta betydelse 118
3.2.6 EG-domstolens förhandsavgörande i Océano-målet 122
3.2.6.1 Bakgrund 122
3.2.6.2 Vilka konsekvenser har domen ur ett svenskt perspektiv? 124
3.2.7 Allmänna reklamationsnämnden 127
3.3 Tillämplig lag på utlandsanknutna konsumentavtal 130
3.3.1 Allmän domstol 130
3.3.1.1 Romkonventionen 131
Lagvalsavtal finns 131
Den s.k. russinteorin 134
Lagvalsavtal saknas 138
En analog tillämpning av artikel 5? 143
3.3.1.2 Direktivbaserade lagvalsregler 145
3.3.2 Allmänna reklamationsnämnden 148
3.3.3 Vem slår vakt om tillämpningen av lagvalsregler? 150
3.3.3.1 Exempel 150
3.3.3.2 Parterna förfogar över lagvalsreglerna 151

3.3.3.3 Materiell processledning 154
3.3.3.4 Ex officio-tillämpning av lagvalsregler 156
3.4 Erkännande–verkställbarhet–verkställighet av avgöranden i konsumentärenden 158
3.4.1 Domar 158
3.4.2 Rekommendationer 161
3.5 Avslutning 161

DEL II – SÄRSKILD DEL 163

4 Konsumentskyddet vid köp av varor 165
4.1 Illustrationer 165
4.2 Internationell privaträtt släpar efter materiell rätt 168
4.3 Skyddet mot lagvalsavtal enligt Romkonventionen 174
4.3.1 Skyddssystemets achilleshäl: bara vissa situationer omfattas 174
4.3.2 Den första skyddssituationen 175
4.3.2.1 Marknadsföring i konsumentens hemland 175
4.3.2.2 Särskilt skydd mot kringgående av lag? 177
4.3.2.3 Gränsdragningsproblem vid marknadsföring över gränserna 179
4.3.2.4 Konsumenten skall vidta åtgärder i hemlandet 182
4.3.3 Den andra skyddssituationen 183
4.3.3.1 Beställningen skall mottas i konsumentens hemland 183
4.3.3.2 Skyddseffekten är slumpartad 183
4.3.4 Den tredje skyddssituationen 184
4.3.4.1 Skyddseffekten haltar 184
4.3.4.2 Gränsen för skyddet är oklar 185
4.3.5 Den schweiziska lösningen 186
4.3.6 Kritik 190
4.4 EU-området – ett land vid Romkonventionens tillämpning? 191
4.5 Direktivbaserade lagvalsregler 194
4.5.1 Kompletterande skydd genom EG-direktiv 194

4.5.2 Systemrationalitet 196
4.5.3 Det komplicerade skyddet mot lagvalsklausuler 198
4.5.4 Kritik 203
4.6 Fastställelse av tillämplig lag enligt Romkonventionen när lagvalsavtal saknas 204
4.6.1 Konsumentens lag gäller i vissa skyddsvärda situationer 204
4.6.2 Tillämplig lag i andra situationer 206
4.6.3 Slutsats 209
4.7 Sammanfattande kommentarer och slutsatser 210

5 Konsumentskydd vid köp av tjänster och paketresor 213
5.1 Illustrationer av köp av tjänster 213
5.2 Illustrationer av köp av paketresor 216
5.3 Den internationella privaträtten speglar den materiella EG-rätten 218
5.4 Skyddet mot lagvalsavtal enligt Romkonventionen 219
5.4.1 Tjänsterna har erbjudits och utförts i konsumentens hemland 219
5.4.2 Undantaget enligt artikel 5.4 b) 221
5.4.3 Risk för "law shopping"? 223
5.4.4 Gäller undantaget om tjänsterna skall utföras i flera länder? 225
5.4.5 Gäller undantaget finansiering av tjänster? 225
5.4.6 Utflyktsförsäljning av tjänster 227
5.4.7 Undantag från undantagsbestämmelsen i artikel 5.4 229
5.5 Direktivbaserade lagvalsregler 231
5.5.1 När gäller skyddet? 231
5.5.2 Är paketreselagens regler internationellt tvingande? 235
5.5.2.1 Sigurðssons analys 235
5.5.2.2 Den senare utvecklingen 237
5.6 Fastställelse av tillämplig lag enligt Romkonventionen när lagvalsavtal saknas 237
5.6.1 Lagen i konsumentens hemland tillämpas i vissa situationer 237
5.6.2 Tillämplig lag i andra situationer 238
5.6.2.1 Utlandsanknytningen är slumpartad 238

5.6.2.2 Tjänsterna utförs i sin helhet i konsumentens hemland 239
5.6.2.3 Lagvalet är svårt att förutse 240
5.7 Sammanfattande kommentarer och slutsatser 240

6 Konsumentskydd vid köp på Internet 242
6.1 Illustrationer 243
6.2 Elektronisk handel och konsumentintresset 245
6.2.1 Den internationella handeln möter nya problem 245
6.2.2 Det bristande rättsskyddet 246
6.2.3 En (ny) form av distansförsäljning 248
6.3 Skyddet mot lagvalsavtal enligt Romkonventionen 249
6.3.1 Den första skyddssituationen 249
6.3.1.1 Parter, plats och händelser 249
6.3.1.2 Särskilt anbud riktat till konsumenten 250
6.3.1.3 Annonsering i konsumentens hemvistland – skillnaden mellan passiva och aktiva konsumenter 254
6.3.2 Den andra skyddssituationen 259
6.4 Direktivbaserade lagvalsregler 260
6.4.1 Kompletterande skydd genom EG-direktiv 260
6.4.2 Exempel 261
6.4.3 Kritik 263
6.5 Fastställelse av tillämplig lag enligt Romkonventionen när lagvalsavtal saknas 264
6.5.1 Konsumentens lag tillämpas i vissa situationer 264
6.5.2 Tillämplig lag i andra situationer 265
6.5.2.1 Säljarens lag 265
6.5.2.2 Fullgörelse från ett annat verksamhetsställe 267
6.5.2.3 Kan en webbsida utgöra ett verksamhetsställe? 267
6.6 Sammanfattande kommentarer och slutsatser 269

7 Konsumentskydd vid köp av timeshare 272
7.1 Illustrationer 272
7.2 Timeshare-modeller 275
7.2.1 Direkt och indirekt äganderätt 276
7.2.2 Kontraktsrättslig nyttjanderätt 276

7.3 Kvalifikation 278
7.3.1 Ett teoretiskt problem av praktisk betydelse 278
7.3.2 Kvalifikation sker enligt forumlandets rättsuppfattning 280
7.3.3 Autonom kvalifikation 281
7.3.4 Kvalifikation sker enligt den på tvisten tillämpliga lagen 282
7.3.5 När kvalifikationen genomförts 283
7.3.6 Förarbeten och doktrin 283
7.3.7 EG-domstolens förhandsavgörande i Travel Vac-målet 285
7.3.7.1 Tvisten vid den nationella domstolen 285
7.3.7.2 EG-domstolens bedömning 286
7.3.7.3 Förhandsavgörandet ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv 287
7.3.8 Typfrämmande rättsinstitut 290
7.4 Skyddet mot lagvalsavtal enligt Romkonventionen 292
7.4.1 Vad syftar lagvalsklausuler till? 292
7.4.2 Den första skyddssituationen 293
7.4.3 Den andra skyddssituationen 295
7.4.4 Inskränkningar som följer av artikel 5.4b) 298
7.5 Direktivbaserade lagvalsregler 300
7.5.1 Kompletterande skydd genom EG-direktiv 300
7.5.2 Systemrationalitet 301
7.5.3 Det komplicerade skyddet mot lagvalsklausuler 302
7.6 Kritik 305
7.7 Fastställelse av tillämplig lag enligt Romkonventionen när lagvalsavtal saknas 307
7.7.1 Säljarens lag 307
7.7.2 Lex rei sitae 309
7.7.3 "Home ward-trend" 310
7.7.3.1 Köparens lag reglerar avtalets existens 310
7.7.3.2 Köparens lag tillämpas trots att någon skyddssituation inte föreligger 312
7.8 Direktivbaserade lagvalsregler 313
7.8.1 Kompletterande skydd genom EG-direktiv 313
7.8.2 "Det spanska problemet" 315
7.9 Kritik 317

8 Internationellt tvingande regler och ordre public-förbehållet 318

8.1 Bakgrund 318
8.1.1 Avtalsstatutet är inte ensamt tillämpligt 318
8.1.2 Frågeställningarna 320

8.2 Något om Romkonventionens lösningar 322
8.2.1 Internt och internationellt tvingande regler 322
8.2.2 Två lagvalsmetoder och en nödbroms 323

8.3 Identifieringen av internationellt tvingande regler 325
8.3.1 Rekvisit och exempel 325
8.3.2 Autonomt eller gemenskapsrättsligt ställningstagande? 329

8.4 Under vilka förutsättningar är internationellt tvingande regler tillämpliga? 331
8.4.1 Internationellt tvingande regler i svensk rätt 331
8.4.1.1 Inledning 331
8.4.1.2 Regler med ursprung i gemenskapsrättsakter 332
Exempel 332
Likheter 333
Olikheter 334
8.4.1.3 EG-domstolens förhandsavgörande i Ingmar-målet 338
Ett skyddsdirektivs internationella tillämpningsområde 338
Domens allmänna tillämpbarhet 341
8.4.1.4 Sammanfattning 343
8.4.2 Internationellt tvingande regler i utländsk rätt 344
8.4.2.1 Inledning 344
8.4.2.2 Utländsk rätt gör anspråk på tillämpning 345
8.4.2.3 Kravet på nära anknytning 345
8.4.2.4 Diskretionär bedömning 346
8.4.2.5 Illustrationer 349
Exempel 1 349
Exempel 2 351
8.4.2.6 Sammanfattning 352

8.5 Exkurs: förhållandet mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen 353

8.5.1 Står artikel 5 ”på egna ben”? 353
8.5.2 Doktrin 354
8.5.2.1 Giuliano och Lagarde-rapporten 354
8.5.2.2 Tyskland 354
8.5.2.3 Frankrike 356
8.5.2.4 Storbritannien 357
8.5.2.5 Danmark 358
8.5.3 Utvärdering 358
8.6 Likheter med amerikansk intresseanalys 361
8.7 Ordre public-förbehållet 363
8.7.1 Användningsområdet 363
8.7.2 Relationen till internationellt tvingande regler 365
8.7.3 Tillämplighet på konsumentskyddsområdet? 366
8.8 Sammanfattande kommentarer och slutsatser 370

Summary 372

Käll- och litteraturförteckning 386

Sakregister 412

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AJCL	American Journal of Comparative Law
ARN	Allmänna reklamationsnämnden
ARN:s instruktion	Förordningen (1988:1583) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden
Avtalslagen	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1980
CLJ	Consumer Law Journal
CLR	Cornell Law Review
CMLR	Common Market Law Review
COM	Commission documents intended for the other institutions (legislative proposals, communications, reports, etc)
Cour de cass.	Cour de cassation (Frankrike)
DS	Departementsserien
EEJ-Net	European Extra-Judicial Network
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
ERPL	European Review of Private Law
ERT	Europarättslig Tidskrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FS	Festskrift
HD	Högsta domstolen
HTML	Hyper Text Markup Language
HLR	Harvard Law Review

ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IECL	International Encyclopedia for Comparative Law
IKL	Lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker eller lag (1987:822) om internationella köp
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IPRspr.	Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
JB	Jordabalk (1970:994)
JCL	Journal of Contract Law
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitschrift
KCLJ	King's College Law Journal
KO	Konsumentombudsmannen
KOM	Kommissionens dokument avsedda för andra institutioner (lagförslag, meddelanden, rapporter, etc.)
KOV	Konsumentverket
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LG	Landesgericht
LU	Lagutskottets betänkande
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
MD	Marknadsdomstolen
MLR	Michigan Law Review
NJA	Nytt Juridiskt arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordTIR	Nordisk Tidskrift for International Ret
NYULR	New York University Law Review
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Prop.	Kunglig Majestäts eller regeringens proposition
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RDIPP	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Prossecuale
Rec. des Cours	Recueil des Cours de l'Academie de droit international de La Haye

Rev. crit. dip.	Revue critique de droit international privé
RH	Rättsfall från hovrätterna
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft/Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
RTDE	Revue trimestrielle de droit européenne
SEC	Miscellaneous Commission documents
Skr.	skrivelse
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SÖ	Sveriges överenskommelser (före 1991 Sveriges överenskommelser med främmande makter)
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
TR	Tingsrätt
UD	Utrikesdepartementet
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
ZeuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
UCLR	University of Colorado Law Review
Urt.	Urteil
YEL	Yearbook of European Law
YPIL	Yearbook of Private International Law
ZWB	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

DEL I –

ALLMÄN DEL

1 Introduktion

1.1 Avhandlingsämnet

De svenska konsumenternas köpvanor har blivit alltmer internationella, och handeln över gränserna ökar ständigt. Köp genom Internet förekommer ännu i begränsad utsträckning men förväntas inom en snar framtid ta fart.[1] Den ökande turismen och olika marknadsföringsmetoder över gränserna gör det enkelt för konsumenter och näringsidkare i olika länder att nå varandra. Under semesterresor och andra tillfälliga vistelser utomlands köper konsumenter varor på grund av deras lokala prägel, förmånliga pris eller goda kvalitet. Inköpsresor med buss arrangeras från Sverige till andra länder. Postorderföretag etablerade utomlands marknadsför sig och söker en ny kundkrets i Skandinavien. I svenska dagstidningar och tidskrifter kan man läsa annonser från näringsidkare i andra länder som erbjuder billiga böcker, måttbeställda kläder, kosmetiska ingrepp och operationer, osv. Hemförsäljning förekommer fortfarande, kanske i något mindre skala än på 1970-talet. Semestrande turister från Sverige förvärvar semesterlägenheter eller bostadsandelar, s.k. timeshare, i utlandet. Försäljning genom telefon och, framför allt, TV har vunnit insteg bland konsumenter i Sverige. Ofta sker den försäljningen från utlandet. Som exemplen visar kan variationerna på konsumentavtal som inte håller sig inom ett lands gränser vara många.

EU uppmuntrar en ökad gränsöverskridande handel på den inre marknaden. Den inre marknaden förväntas bidra till en konkurrenskraftigare affärsmiljö med större valmöjligheter, ökad kvalitet på varor och tjänster

[1] Enligt Statens institut för kommunikationsanalys (SIKA) har endast ca 3 procent av den svenska befolkningen handlat på Internet. Se prop. 2000/2001:135, s. 10. Av en OECD-rapport ("The economic and social impact of electronic commerce: Preliminary findings and research agenda") framgår att 20 procent av den världsomspännande elektroniska handeln är mellan konsumenter och näringsidkare. Se Handlingsplan för konsumentpolitiken 1999–2001, s. 3.

samt lägre priser.[2] För att konsumenter skall vara aktiva på denna marknad krävs att handeln kan ske under trygga former. Föga förvånande kan de problem som konsumenter råkar ut för i utlandsanknutna fall vida överträffa dem som brukar uppstå i rent interna situationer. En svensk konsument som handlar varor eller tjänster över gränserna kan inte räkna med att få samma rättsliga skydd som när avtal träffas med en i Sverige etablerad näringsidkare. I slutändan uppstår fråga om konsumenten kan räkna med något skydd alls.

Om en konsument från Sverige köper en vara som saknar de egenskaper som utlovats av en säljare i ett annat land kanske konsumenten vill få varan utbytt, lagad eller återlämna den och kräva pengarna tillbaka. Men vart kan konsumenten vända sig om hon vill göra anspråk gällande mot den säljare som är etablerad utomlands? Kan konsumenten ta för givet att svenska regler skall användas för att lösa rättsliga tvister när motparten är i ett annat land? Kan konsumenten åberopa ett svenskt avgörande i ett annat land? Kort sagt, hur ser *konsumentskyddet över gränserna* ut?

Denna problematik är föremål för avhandlingen. Den studeras utifrån ett internationellt privaträttsligt perspektiv. Den internationella privaträtten brukar betraktas som ett nationellt rättsområde även om namnet skulle kunna anses vittna om motsatsen, dvs. antyda att det finns en internationellt gällande privaträtt. Ämnets "internationalitet" består i att det reglerar privaträttsliga förhållanden som har anknytning till flera länder, ofta på grund av att parterna har hemvist i olika stater (i motsats till avtal som enbart har anknytning till ett land).[3] Sin "internationalitet" erhåller ämnet likaså genom att regleringen i stor utsträckning har sitt ursprung i internationella konventioner samt numera även EG-rättsliga förordningar, konventioner och direktiv. Inom avhandlingsområdet är den internationella privaträtten till övervägande del en europeisk reglering.

Spörsmålet om konsumentskyddet över gränserna aktualiserar allmänna frågeställningar inom den internationella privaträtten. Vilket lands domstol (eller annan myndighet) kan ta upp en utlandsanknuten konsumenttvist till bedömning i sak (behörighetsfrågan)? Vilket lands regler skall läggas till grund för denna sakliga bedömning (lagvalsfrågan)? Kommer ett avgörande att erkännas och kunna verkställas i ett annat land än det där det har meddelats (erkännande- och verkställighetsfrågan)?

Det är inte alltid givet att det finns någon domstol eller annan rättstillämpande myndighet i Sverige som är behörig att ta upp en tvist som en

[2] Om dessa förhoppningar, se Handlingsplan för konsumentpolitiken 1999–2001, s. 17 och Rapport från kommissionen om handlingsplanen för konsumentpolitiken 1999–2001 och den allmänna ramen för gemenskapens verksamheter till förmån för konsumenterna 1999–2003, KOM (2001) 486 slutlig, s. 3–4. Se även avsnitt 2.2.1.2.

[3] Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 28.

konsument i Sverige har med en näringsidkare etablerad i ett annat land. Om konsumenten förväntas vända sig till en domstol eller annan myndighet i utlandet med främmande språk och en okänd rättskultur kan detta medföra att konsumenten avstår från att göra sitt anspråk gällande. Ett rättsligt förfarande eller annan konfliktlösning utomlands kan förutsätta att ett juridiskt ombud behöver anlitas i det landet och att det sker ett omfattande översättningsarbete av relevanta dokument. Detta kan inte bara vara tidskrävande utan också kostsamt. Handläggningstider vid domstol kan vara långa och förfaringssättet formellt. Sammantaget kan det innebära att rättsliga åtgärder i ett främmande land inte står i rimlig proportion till det omtvistades värde.

Även om en svensk konsument kan få sin sak prövad här i landet är därmed inte sagt att svenska skyddsregler är tillämpliga. Behörighet och lagval sammanfaller alltså inte nödvändigtvis.[4] Vilket lands regler som skall tillämpas på en utlandsanknuten tvist avgörs av svenska lagvalsregler. Om en svensk lagvalsregel utpekar ett annat lands lag som tillämplig kan denna rättsordnings skyddsregler till innehållet vara annorlunda utformade än den motsvarande svenska regleringen. Så länge sådana skillnader föreligger mellan staters rättsordningar får frågan om vilket lands lag som skall tillämpas många gånger stor betydelse för en konsuments rättsliga ställning.

Ofta framhålls att det är en nackdel för en konsument att en annan rättsordning än lagen i den stat där konsumenten har sitt hemvist tillämpas.[5] Det behöver visserligen inte innebära att den tillämpliga utländska lagen är "sämre" än vad svensk lagstiftning ger vid handen – den kan rent av vara mer förmånlig för konsumenten. Faktum kvarstår dock att konsumenten kan missgynnas på grund av svårigheter som är förknippade med att ta reda på innehållet i en utländsk rättsordning.

Härutöver skall också beaktas de svårigheter som kan vara förenade med att få ett utländskt avgörande erkänt eller verkställt i Sverige. Vill exempelvis en konsument få en utländsk dom erkänd och verkställd här i landet, kräver det stöd enligt svensk lag.[6] Saknas dylikt lagstöd måste ny

[4] I modern svensk internationellt privaträttslig doktrin har behörighetsfrågan stått i fokus, medan lagvalsfrågan kan sägas ha kommit i skymundan. Det är i sig naturligt eftersom lagvalsfrågan, i vart fall vid domstol, bara uppkommer om behörighet finns. I kontinentaleuropeisk doktrin kan saken närmast beskrivas som den omvända. Se härom Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 31–34. Jämför avsnitt 3.2.7.

[5] Om hemvistbegreppet, se nedan avsnitt 1.6.5.

[6] Av 3 kap. 2 § UB framgår att utländska exekutionstitlar inte kan verkställas utan lagstöd. I princip kan inte heller utländska avgöranden erkännas utan sådant lagstöd. Se t.ex. NJA 1986 s. 119. Jämför NJA 1973 s. 628.

talan väckas i Sverige för att konsumenten skall kunna erhålla en dom som kan erkännas och verkställas. Finns lagstöd krävs normalt inga formaliteter för erkännande av den utländska domen. Verkställighet kräver som regel ett särskilt svenskt beslut om avgörandets verkställbarhet (s.k. exekvatur), meddelat av Svea hovrätt. Den negativa inställningen till att erkänna och verkställa utländska avgöranden utan lagstöd råder även i många andra länders internationella privaträtt. Det kan därför bli svårt att få ett svenskt avgörande erkänt och verkställt i ett annat land.

En konsumenttvist som inte håller sig inom ett lands gränser och som vid en första anblick framstår som förhållandevis "enkel" kan således bli synnerligen komplicerad på grund av att olika internationellt privaträttsliga frågor aktualiseras.

1.2 Konsumentskyddets utformning i Sverige

1.2.1 Från nationell rätt till EG-rätt

I drygt 30 år har konsumentskyddsfrågor varit en viktig angelägenhet för den svenska lagstiftaren. Målen för den svenska konsumentpolitiken är bl.a. att konsumenter skall ha en stark ställning på marknaden (inflytandemålet) samt att deras hälsa och säkerhet skall skyddas på denna marknad (säkerhetsmålet).[7] Konsumentavtalets parter är vanligen inte jämbördiga utan två i rättsligt, socialt och ekonomiskt perspektiv ojämlika parter. Dessa skillnader har lett till statsingripanden i form av tvingande skyddslagstiftning som till förmån för konsumenter begränsar parternas handlingsfrihet. Skyddsregleringen har således blivit ett sätt att kompensera den svagare parten (konsumenten) i situationer där hon i olika avseenden är oförmögen att själv värja sig mot näringsidkare.

Genom Sveriges anslutning till det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) år 1994 förpliktade vi oss att i svensk rätt genomföra de konsumentskyddsregler som tidigare antagits inom EU. Så har också skett genom att svensk rätt anpassats till gemenskapens konsumentskyddsreglering. Efter Sveriges EU-medlemskap år 1995 har våra möjligheter att påverka utformningen av konsumentskyddet på gemenskaps-

[7] Andra mål för konsumentpolitiken är att hushåll skall ha goda möjligheter att utnyttja sina resurser (hushållningsmålet), att utveckla konsumtions- och produktmönster som minskar påfrestningarna på miljön (miljömålet) och att konsumenter skall ha tillgång till vägledning, information och utbildning (kunskapsmålet). Se prop. 2000/01:135, s. 1. Se även skr. 2001/02:148, s. 4.

nivå blivit större, och Sverige har nu inflytande över EU:s beslutsprocess.[8] EU:s verksamhet på konsumentskyddsområdet har under de senaste åren präglats av en intensiv aktivitet, inte minst genom antagandet av konsumentskyddsdirektiv som skall genomföras i EES-staternas nationella rätt. Åtgärderna har vidtagits för att ge konsumenter i EU-medlemsstaterna ett gott skydd för bl.a. hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen samt för att på detta sätt föra EU-staternas rättsordningar närmare varandra. Det rör sig om ett viktigt led i förverkligandet av den inre europeiska marknaden där konsumentpolitiken har en central roll. Finns ett gott skydd, skapas likartade konkurrensförutsättningar för näringsidkare. Konsumenter förväntas då i större utsträckning göra bruk av den inre marknadens fördelar.

Det svenska konsumentskyddet kan följaktligen beskrivas som ett resultat av autonom svensk lagstiftning och gemenskapsrättslig lagstiftning.

1.2.2 Skyddsformerna

Kännetecknande för konsumentskyddet i Sverige är dels en lagstiftning med syfte att på olika sätt skydda konsumenter, dels en särskild organisation som inrättats för att tillämpa denna skyddslagstiftning. Konsumentskyddslagstiftning i svensk rätt brukar beskrivas efter en indelning i civilrättsliga, marknadsrättsliga och processrättsliga regler.[9]

Det civilrättsliga skyddet reglerar enskildas rättsförhållanden. För att denna reglering skall vara tillämplig förutsätts normalt att ena parten har agerat i egenskap av konsument och den andra i egenskap av näringsidkare. Det huvudsakliga syftet med denna skyddsreglering är att garantera konsumenter vissa rättigheter vid exempelvis köp av varor eller tjänster (t.ex. rätten att få fel avhjälpt, prisavdrag eller rätten att häva avtal). Regleringen åsyftar även att skydda konsumenter mot alltför betungande påföljder när de själva gör sig skyldiga till avtalsbrott.[10] I svensk rätt finns ett flertal författningar som till större del tillhör denna grupp, t.ex. konsumenttjänstlagen (1985:716), konsumentköplagen (1990:932), och konsumentkreditlagen (1992:830). Men också stadganden av mer allmän karaktär hör hit, såsom t.ex. 36 § avtalslagen (1915:218). Även en näringsidkares produktansvar brukar hänföras till det privaträttsliga skyddet för konsumenter.

[8] EES-avtalet gav inte Sverige – eller övriga EES-stater – någon rätt att ta del i EG-medlemsstaternas interna beslutanderätt, men krävde ett genomförande och lojal tillämpning av stora delar av gemenskapsrätten. Bernitz & Kjellgren, s. 20–21.

[9] Se Bernitz, Marknadsrätt, s. 189–190. Se även Bogdan, Nord 1992:31, s. 10–11.

[10] Se Utterström, s. 460

Det marknadsrättsliga skyddet griper däremot inte in i ett enskilt förhållande utan har i första hand en handlingsdirigerande (preventiv) funktion. Marknadsrättsliga bestämmelser, som utgör en del av den offentliga rätten, syftar till att ge konsumenter som kollektiv ett skydd i framtiden genom att ställa krav på näringsidkarens marknadsföring, information, produktsäkerhet och avtalsvillkor. Sådan reglering finns bl.a. i marknadsföringslagen (1994:450), produktsäkerhetslagen (1988:1604) och till övervägande del i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

Det processrättsliga skyddets syfte kan huvudsakligen sägas vara att tillförsäkra konsumenter rimliga möjligheter att få en tvist med en näringsidkare prövad inför domstol. Processuella regler – och en process i och för sig – är av betydelse för att den materiella rätten skall få effekt, dvs. för att lagstiftningen skall få den tvistlösande och handlingsdirigerande verkan som den är avsedd att ha. Här kan nämnas RB:s regler om s.k. småmål.[11] Med småmål avses tvister om värden som understiger ett halvt basbelopp. Tvister om mindre värden motiverar en snabb, billig och enkel handläggning i form av ett förenklat förfarande.[12] I lagen (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning finns också ett förenklat processuellt förfarande som kan användas mot en konsument vid t.ex. betalningsdröjsmål.

Vid sidan av dessa skyddsformer finns också *det internationellt privaträttsliga skyddet*. Detta skydd kan aktualiseras i gränsöverskridande fall och blir därmed ett komplement till de övriga skyddsformerna. Den internationella privaträtten handlar om privaträttsliga (civilrättsliga) frågor, och den omfattar i princip inte offentligrättslig problematik. I svensk internationell privaträtt har också traditionellt en tydlig skiljelinje dragits mellan offentligrättsliga regler, dit de marknadsrättsliga bestämmelserna huvudsakligen hör, och civilrättsliga regler. En tillämpning av utländska offentligrättsliga regler har ansetts utesluten. Det är emellertid inte längre självklart att en sådan indelning lämpar sig för gränsöverskridande situationer eller ens går att göra.[13] Det finns t.ex. i svensk rätt sådana konsumentskyddsregler som befinner sig i en gråzon mellan civilrätt och offentlig rätt.[14] Försiktighet bör därför intas vid klassificeringen av utländska rättsregler innan man i en tillämplig utländsk rättsordning klassificerar en regel som det ena eller det andra. Till saken hör att flera EG-direktiv på

[11] Se 1 kap. 3 d) § RB. Se även 18 kap. 8 a) § RB om begränsningar i ersättning för rättegångskostnader.

[12] Det förenklade förfarandet enligt 1 kap. 3 d) § RB innebär att en tingsrätt är domför med en lagfaren domare. Se även Lindblom, Konsumentmål, s. 141–144.

[13] Pålsson, Romkonventionen, s. 111–112.

[14] Se t.ex. 5 § konsumentkreditlagen (1992:830).

konsumentskyddsområdet innehåller både civil- och offentligrättsliga regler. Det är inte givet att reglerna klassificeras på samma sätt i samtliga EU-stater.

1.2.3 Svenska aktörer och myndigheter

Konsumentskyddslagstiftningens efterlevnad tillgodoses i praktiken av olika aktörer och myndigheter.[15] Dessa kan agera på olika sätt, och i olika situationer, för att lagstiftningen skall få den verkan som är avsedd.

1.2.3.1 Kommunala konsumentvägledare

I Sverige är det vanligen de *kommunala konsumentvägledarna* som först kommer i kontakt med konsumenter som har avtalsrelaterade problem med näringsidkare. Tyngdpunkten i verksamheten ligger på rådgivning till enskilda konsumenter. Konsumentvägledare kan också medla i tvister, men några avgöranden meddelas inte. Enligt uppskattningar löser de kommunala konsumentvägledarna ungefär 95 procent av alla de tvister de medlar i.[16] Vägledarna hjälper även konsumenter att vända sig till Allmänna reklamationsnämnden (ARN).

1.2.3.2 Konsument Europa

I takt med den allmänna "europeiseringen" och "internationaliseringen" har marknaden blivit alltmer komplicerad och svåröverskådlig. Behovet av åtgärder till stöd och skydd för konsumenter i gränsöverskridande situationer har därför ökat. Europeiska kommissionen har tagit initiativ till instiftande av s.k. Euroguichet-kontor. För att möta behoven hos konsumenter involverade i gränsöverskridande handel har ett europeiskt utomrättsligt nätverk skapats (European Extra-Judicial Network, EEJ-Net).[17] I varje medlemsstat skall det finnas ett nationellt förmedlande organ (kontaktpunkt, "Clearing House" eller Euroguichet-kontor) dit man kan vända sig med frågor i anledning av ett köp eller en tvist med en näringsidkare i det landet. Det förmedlande organet skall då bistå med information om det landets lag och tillgänglig nationell konfliktlösning.

[15] Förutom de aktörer och myndigheter som behandlas nedan kan även nämnas Konsumenternas Försäkringsbyrå och Konsumenternas Bankbyrå. Även europeiska konsumentorganisationer som BEUC (Bureau Européen des Union de Consommateur), AEC (Association of European Consumers) och ANEC (Association de Normalisation Européenne pour les Consommateurs) kan nämnas. Deras verksamhet har dock lämnats åt sidan i denna studie. För vidare upplysningar, se ARN:s webbsida: http://www.arn.se/ och Consumer Policy in the Single Market, s. 13.

[16] Se prop. 2000/2001:135, s. 20.

[17] Se SEC (2000) 405.

År 2001 inrättades en ny avdelning under Konsumentverket, *Konsument Europa*, för vägledning och information vid köp över nationsgränserna. Konsument Europa fungerar som det svenska förmedlande organet inom EEJ-Net.[18] Hit kan enskilda konsumenter och kommunala konsumentvägledare vända sig för att få vägledning i frågor som gäller köp i ett annat EU-land, Norge eller Island. Konsument Europa hjälper konsumenter att hitta rätt och formulera sina klagomål när de har hamnat i en tvist med en näringsidkare i ett annat EU-land: det gäller oavsett om köpet har träffats utomlands, i Sverige eller på distans. Konsument Europa har följaktligen framför allt en rådgivande funktion i gränsöverskridande situationer.

1.2.3.3 Allmänna reklamationsnämnden

Allmänna reklamationsnämnden (ARN) är ett tvistlösande organ, inrättat år 1968, dit konsumenter kan vända sig för att få tvister med näringsidkare lösta.[19] I ARN prövas tvister mellan enskilda konsumenter och näringsidkare om varor, tjänster och andra nyttigheter för enskilt bruk genom tillämpning av det civilrättsliga regelsystemet.[20] Syftet är att nämnden skall vara ett enkelt och snabbt, men ändå rättssäkert, alternativ till allmän domstol.[21] ARN:s tvistelösande funktion är mer informell än den vid allmän domstol. Ett ärende avgörs t.ex. endast på handlingarna, prövningen är kostnadsfri och förutsätter inte att en konsument har juridiskt ombud. Genom ARN:s verksamhet avlastas domstolsväsendet från konsumenttvister som ofta rör mindre värden.[22] ARN meddelar sina beslut i form av rekommendationer. Dessa är inte rättsligt bindande och därför inte heller verkställbara. För att fungera förutsätter ARN:s verksamhet således att parterna frivilligt rättar sig efter rekommendationerna. Följsamheten avseende ARN:s rekommendationer har under åren 1999–2000 varierat mellan 75–76 procent.[23] Efterföljs inte en rekommendation kan

[18] Se Konsument Europas årsrapport 2001, s. 5–6.

[19] Till ARN:s uppgifter hör också att stödja kommunala konsumentvägledares medling i konsumenttvister och att informera om nämndens praxis samt att yttra sig i konsumenttvister på begäran av domstol. Se förordningen (1988:1583) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden (ARN:s instruktion). Se även avsnitt 3.2.1 och 3.2.7.

[20] Enligt 2–3 § i ARN:s instruktion är vissa ärendetyper uteslutna från nämndprövning, bl.a. köp av fast egendom med vissa undantag, hälso- och sjukvård samt advokatverksamhet.

[21] ARN består vid prövning av tvister normalt av en domare, två ledamöter som företräder konsumentintressen och två ledamöter som företräder näringsidkarintressen. Se 17 och 19 §§ i ARN:s instruktion.

[22] ARN prövar inte tvister som rör belopp understigande bestämda beloppsgränser enligt 3 § 2 p. i ARN:s instruktion. Beloppsgränserna varierar beroende på vilket slag av tvist saken gäller. Se ARN:s webbsida http://www.arn.se/.

[23] Se förorden i ARN:s årsböcker 2000 och 1999.

talan väckas vid allmän domstol för att få ett för parterna bindande avgörande som sedan kan läggas till grund för erkännande och verkställighet.

ARN har dessutom en roll att fylla i gränsöverskridande sammanhang. I vissa fall kan ARN pröva ärenden som har anknytning till utlandet.[24] Har ARN funnit sig behörig att ta upp en tvist till prövning tillämpas svensk rätt. Det förenklade förfarandet som ARN tillämpar anses i dagsläget inte ge utrymme för tillämpning av annan rätt än svensk rätt, huvudsakligen av kostnads- och effektivitetsskäl.[25] Svenska internationellt privaträttsliga regler synes därför för närvarande inte komma i fråga för tillämpning i ARN. Som nedan kommer att framgå i avsnitt 1.3.1, rör det sig om en viss ändring av praxis inom ARN.

Inom EU har intresset för tvistelösning utanför allmän domstol, motsvarande den som finns i ARN, varit stort. Den enskildas rättsställning och rättssäkerhet, särskilt rätten att få sin sak prövad, framhävs också tydligt inom EU-retoriken. På konsumentskyddsområdet har denna fråga fått särskild tyngd. Sedan kommissionen år 1993 presenterade en grönbok om bl.a. förenklade tvistelösningsförfaranden utanför domstol har utvecklingen gått snabbt avseende denna fråga.[26] Här kan nämnas att kommissionen år 1998 antog ett meddelande om reglering av konsumenttvister utanför domstol.[27] Meddelandet består av två delar, dels en rekommendation om hur konsumentfrågor kan lösas utanför domstolssystemet (98/257), dels en europeisk rekommendationsblankett.[28] För att underlätta tillgången till alternativ konfliktlösning i medlemsstaterna i gränsöverskridande fall har det gemenskapstäckande nätverket av nationella instanser för utomrättslig reglering av konsumenttvister (EEJ-Net) lanserats.[29] ARN ingår i detta nätverk som Sveriges utomrättsliga organ för lösning av konsumenttvister.[30]

[24] ARN kan enligt sin arbetsordning pröva tvister mot 1) alla svenska näringsidkare, 2) utländska näringsidkare med driftställe i Sverige, 3) utländska näringsidkare när avtalet rörande varan eller tjänsten har träffats i Sverige, eller 4) utländska näringsidkare när avtalet rörande varan eller tjänsten kan ha träffats utomlands men marknadsföringen skett i Sverige, konsumenten är bosatt i Sverige och det inte är uppenbart att rekommendationen blir verkningslös. Se ARN 1999-09-28, Ärnr 1999-5084, s. 1. Se även PM av den 17 september 1991 upprättad av ARN:s dåvarande viceordförande, för vilken Bogdan, Nord 1992:31, s. 86, har redogjort.

[25] Se ARN 1999-09-28, Ärnr 1999-5084, s. 2. Se även avsnitt 3.3.2.

[26] Se COM (1993) 576 final.

[27] Se COM (1998) 198.

[28] Se nedan avsnitt 3.3.2.

[29] Se även avsnitt 3.2.1. Se även SEC (2000) 405.

[30] Se ovan avsnitt 1.2.3.2.

1.2.3.4 Allmän domstol

Vid allmän domstol prövas tvister mellan enskilda konsumenter och näringsidkare med tillämpning av internationellt privaträttsliga regler och, om svensk lag enligt dessa regler förklarats som tillämplig, svenska civilrättsliga regler. Om en konsument eller näringsidkare vill få en tvist prövad av domstol skall en stämningsansökan mot motparten inges till tingsrätt. Beroende på tvistens värde kan saken komma att handläggas på olika sätt i domstolen. Det torde vara sällsynt i Sverige att konsumenter väcker talan vid allmän domstol, det gäller såväl i rent interna som i utlandsanknutna tvister. Det förefaller som att kostnaderna, olika formfrågor, juridiskt språkbruk och tidsutdräkt verkar avhållande för att svenska konsumenter skall väcka talan vid domstol. Svensk rättspraxis på området är följaktligen mycket begränsad. En förklaring är naturligtvis också att den alternativa konfliktlösningen hos ARN är organiserad för att undvika domstolsprocesser.

1.2.3.5 Konsumentverket, Konsumentombudsmannen och Marknadsdomstolen

Konsumentverket (KOV) svarar för genomförandet av den statliga konsumentpolitiken. Verket har en viktig roll bl.a. när det gäller övervakning av att marknadsrättslig skyddslagstiftning följs. I denna roll utfärdar KOV riktlinjer (allmänna råd) angående de marknadsrättsliga lagarna och utför marknadskontroller samt förhandlar med en eller flera branschorganisationer för att nå en allmän överenskommelse om vad som skall gälla inom en viss bransch. KOV prövar också överträdelser av marknadsrättslig skyddslagstiftning. Vid överträdelser tar verket i första hand kontakt med företaget i fråga; i flertalet fall avgörs saken efter förhandlingar. Om ett företag inte vidtar rättelse vid överträdelse av marknadsrättslig lagstiftning kan näringsidkaren förbjudas att fortsätta med marknadsföring av visst slag (förbudsföreläggande) eller åläggas att lämna viss information (informationsföreläggande). I fall som inte är av större vikt får Konsumentombudsmannen (KO), som även är KOV:s generaldirektör, meddela förelägganden om förbud eller ålägganden. I andra fall prövas överträdelser av Marknadsdomstolen (MD).

KO ansvarar för uppgifter som myndigheten anförtrotts enligt bl.a. marknadsföringslagen och lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Vid MD är KO den som väcker talan mot den näringsidkare som påstås ha brutit mot marknadsrättslig reglering.

I sammanhanget bör även nämnas lagen (2000:1175) om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer, som har sitt ursprung i EG-direktivet (98/27/EG) om förbudsföreläggan-

de för att skydda konsumenternas intressen. Regleringen avser att stärka konsumentskyddet vid gränsöverskridande överträdelser av bestämmelser i olika konsumentskyddsdirektiv. Den svenska lagen från år 2000 säkerställer att utländska s.k. godkända organ i en EES-stat ges behörighet att företräda sitt lands konsumentintressen inför svensk domstol, främst MD. Talan får exempelvis riktas mot näringsidkare i Sverige som använder sig av oskäliga avtalsvillkor och otillbörlig marknadsföring i ett annat EES-land. På samma sätt skall KO kunna föra talan mot en utländsk näringsidkare i ett annat EES-land. Det regleras dock inte av den svenska lagen, utan av andra nationella regler som genomför 1998 års förbudsföreläggandedirektiv.

När det gäller efterlevnaden av civilrättslig skyddslagstiftning har KO också en viss roll att spela. KO kan anhängiggöra tvister mellan en grupp konsumenter och en näringsidkare (s.k. grupptalan) till prövning vid ARN.[31] Avsikten är också att KO skall kunna föra grupptalan vid allmän domstol.[32] Enligt lagen (1997:379) om försöksverksamhet avseende medverkan av Konsumentombudsmannen i vissa tvister kan KO vid allmän domstol eller kronofogdemyndighet också företräda en konsument såsom ombud i en tvist om finansiella tjänster som konsumenten har med en näringsidkare. Det krävs dock att tvisten är av betydelse för rättstillämpningen eller att det finns andra särskilda skäl.[33]

MD handhar prejudikatbildningen av den marknadsrättsliga lagstiftningen.[34] Det är normalt KO som för talan inför denna domstol. En enskild konsument kan inte väcka talan vid MD.[35]

1.2.3.6 Andra myndigheter

På områden där konsumenters hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen har reglerats i lag sköts tillsynen även av andra särskilda myndigheter. Det handlar bl.a. om Konkurrensverket (konkurrens i privat och offentlig verksamhet), Livsmedelsverket (livsmedel), Finansinspektionen (bl.a. banker och försäkringsbolag), Läkemedelsverket (läkemedel), Elsäkerhetsverket (elektriska materiel), Vägverket (bilar), Kemikalieinspektionen (kemikalier) och Boverket (byggnad och bostad).[36] Dessa myndigheter har ett nära samarbete med KOV för att tillvarata konsumenters intressen på berörda områden.

[31] Se 1 a § i ARN:s instruktion. Se även Utterström, s. 461.

[32] Se prop. 2001/02:107, s. 24 och skr. 2001/02:148, s. 35.

[33] Se närmare Utterström, s. 461.

[34] Av 1 § lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. framgår att domstolen endast har till uppgift att handlägga mål och ärenden enligt i bestämmelsen uppräknade svenska författningar.

[35] Om talerätt i MD, se bl.a. 38 § marknadsföringslagen (1995:450).

[36] Se t.ex. Ds 1995:32, s. 29.

1.3 Gränsöverskridande handel – typiska problem

Det finns flera anledningar till att en konsuments rättsskydd är osäkert på "den internationella arenan". Nedan ges exempel på typiska problem.

1.3.1 Exempel 1 – om lagvalsfrågan

I utlandsanknutna konsumentavtal har frågan om tillämplig lag på olika sätt stor betydelse för en konsuments rättsliga ställning. Den tillämpliga rättsordningen avgör nämligen hur en tvist skall lösas i sak och, beroende på lagens innehåll, bestämmer den formen och innehållet på konsumentskyddet. Är en främmande rättsordning tillämplig på ett utlandsanknutet konsumentavtal kan en konsument erhålla ett rättsligt skydd som till sitt innehåll har en högre eller lägre nivå än vad som skulle vara fallet om svensk rätt tillämpades. Ett avgörande från ARN från år 1992 illustrerar problemet.[37]

Under ett besök i Storbritannien köpte en svensk konsument en måttbeställd kostym som betalades med ett VISA-kort utfärdat av en svensk bank. Efter leveransen visade det sig att kostymen var felmåttad och felsydd. Trots försök kunde felen inte avhjälpas. Konsumentens krav på hävning av köpet avvisades av tillverkaren i Storbritannien. I ARN gjorde konsumenten gällande att den svenska konsumentkreditlagen gav rätt att vid kreditköp av varor mot kreditgivarens krav på betalning framställa samma invändningar på grund av köpet som kunde göras gällande mot den engelska tillverkaren.[38] Den bank som utfärdat VISA-kortet avvisade konsumentens invändningar om fel i varan och krävde betalning för den utestående och förfallna fordran.

Enligt ARN:s bedömning hade inget framkommit som innebar annat än att svensk lag skulle tillämpas på kreditavtalet mellan banken och konsumenten. Så var fallet eftersom parterna hade hemvist respektive affärsställe i Sverige. Således kunde konsumenten, mot bankens krav på betalning, invända att varan varit behäftad med fel, under förutsättning att konsumenten kunde göra det enligt den på köpeavtalet tillämpliga engelska lagen. Kreditavtalet och köpeavtalet var således inte underkastade samma rättsordnings regler för bedömning i sak. Enligt då tillämpliga lagvalsregler var, i avsaknad av parternas överenskommelse om saken,

[37] ARN avgörande 1992-08-26; 91-5423: årsbok 1992/93 ref. 7.

[38] Anspråk framställdes i enlighet med dåvarande 10 § konsumentkreditlagen (1977:830), nuvarande 16 § konsumentkreditlagen (1992:830).

engelsk lag tillämplig på köpeavtalet. Engelsk lag var nämligen lagen i det land där tillverkaren hade hemvist då beställningen mottogs.[39]

Till följd av att engelsk rätt var tillämplig hade konsumenten, såvitt kan bedömas, rätt att göra invändningar mot banken om avdrag motsvarande skillnaden mellan kostymens värde vid tidpunkten för leverans och det värde den då skulle ha haft i avtalsenligt skick.[40] Däremot förefaller förutsättningarna för att enligt engelsk rätt kunna kräva hävning av avtalet vara mer begränsade än om svensk rätt varit tillämplig på köpet.[41] Fallet exemplifierar att en konsument i ett utlandsanknutet avtal inte kan förvänta sig samma rättsliga skydd som i en rent svensk situation där svensk lag vore tillämplig.

En konsuments rättsskydd i utlandsanknutna fall kan komma att bli otillfredsställande även av andra skäl. Fallet från ARN belyser tydligt att förutsättningarna för tillämpning av utländsk rätt kan vara en viktig del i konsumentskyddet i utlandsanknutna fall. I den aktuella tvisten ansågs engelsk rätt vara tillämplig på köpet. Emedan utredning om vad engelsk rätt stadgade på området inte hade förebringats och den engelska rättens innehåll inte heller var känt för ARN, ansåg ARN sig inte kunna avgöra om kostymen enligt engelsk rätt var behäftad med fel och i så fall vilka påföljder som kunde vara möjliga. ARN fann sig följaktligen förhindrad att avgöra tvisten och avvisade ärendet utan prövning i sak. Denna utgång kan tyckas olycklig då konsumenten i realiteten gick miste om skydd enligt såväl engelsk som svensk rätt.[42]

För att konsumenten i ett fall som det förevarande skall kunna tillvarata sin rätt måste även vissa andra frågor besvaras: vem bör ta initiativet till tillämpning av utländsk rätt och vem ansvarar för att innehållet i den

[39] ARN fann lagen (1964:528) om tillämplig lag för internationella köp av lösa saker (IKL) tillämplig, se 4 § 1 st i denna lag. Det kan emellertid diskuteras om en kvalifikation som köp av lösa saker verkligen var korrekt i detta fall. Mycket talar för att det skulle kunna anses vara köp av en tjänst, eftersom kostymen skulle tillverkas. Då skulle inte IKL vara tillämplig. Sedan 1 juli år 1998 har konsumentavtal beträffande köp av lösa saker undantagits från IKL:s tillämpningsområde genom lagen (1998:169) om ändring i lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker och ersatts av lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, den s.k. Romkonventionen.

[40] Se den engelska Sale of Goods Act från år 1979 sections 13-15 och sections 51 (3) och 53 (3) för vilka Watterson har redogjort i ERPL 2001, s. 209–214. Se även Zweigert & Kötz, s. 539–546.

[41] Se Watterson, ERPL 2001, s. 209–210 och jämför 29 § konsumentköplagen (1990:932) i förening med 16 § konsumentkreditlagen (1992:830).

[42] Visserligen innebär inte ARN:s rekommendation att konsumenten berövas möjligheten att väcka talan vid domstol. Däremot är det mer tveksamt om en konsument vill utsätta sig för de svårigheter som är förknippade med en domstolsprövning för att få rätt i sak. Se ovan avsnitt 1.2.3.4.

tillämpliga lagen blir utrett?[43] ARN:s slutsats i ärendet synes vara att den part som förlitar sig på den utländska rätten skall åberopa den och även förebringa bevisning om dess innehåll (utom när ARN redan besitter kunskap om innehållet i den utländska rättsordningen). Har främmande rätt förblivit outredd eller bristfälligt utredd, kan ärendet komma att avvisas utan prövning i sak.[44] Situationen är naturligtvis inte tillfredsställande, särskilt med tanke på att rättsförhållandet mellan konsumenten och kreditgivaren (banken) har sin mest relevanta anknytning till Sverige. I en situation som den förevarande skulle man kunna tänka sig att ARN tillämpar svensk rätt i stället för att avvisa ärendet, inte minst för att konsumentkreditlagens ändamål skall få den skyddsverkan som är avsedd. Det finns anledning att anta att en allmän domstol i ett motsvarande fall skulle ha tillämpat svensk rätt som ersättning för den bristfälligt utredda utländska lagen.[45] Lösningen motiveras också av att om en tvist prövas vid svensk domstol eller annan myndighet finns i varje fall någon anknytning till Sverige.

Sedan rekommendationen i det nu aktuella fallet meddelades synes en praxisändring ha skett vid ARN. Nämnden tillämpar numera endast svensk rätt även i starkt utlandsanknutna situationer.[46]

1.3.2 Exempel 2 – om behörighetsfrågan

Det finns anledning att understryka att den internationellt privaträttsliga problematiken beträffande konsumentskydd inte uteslutande handlar om tillämplig lag. Det handlar även om domstolars och rättstillämpande myndigheters internationella behörighet. För att en svensk domstol (eller annan rättstillämpande svensk myndighet) skall kunna handlägga en utlandsanknuten tvist krävs normalt att tvisten eller parterna har en relevant anknytning till Sverige. Den anknytning som ger rätt att handlägga sådana ärenden anges i regler om behörighet (s.k. domsrättsregler). Dessa regler skall skiljas från de interna forumreglerna som avgränsar svenska domstolars behörighet från varandra.[47]

[43] Se även 35 kap. 2 § 2 st. RB.

[44] Se 15 § 3 p. i ARN:s instruktion enligt vilken nämnden kan avvisa ett ärende där utredningen är bristfällig.

[45] Se Jänterä-Jareborg, FS Strömholm, s. 465–467.

[46] Enligt uppgift den 7 december år 2001 från vice ordföranden vid ARN, Staffan Lind, har det förenklade förfarande som ARN tillämpar hittills inte ansetts ge utrymme för tillämpning av annan rätt än svensk rätt. Se härom avsnitt 3.3.2.

[47] Se allmänt kap. 10 RB om rättegång i tvistemål.

Antag att en konsument i Sverige genom Internet beställer datorprogram från en säljare i USA. Programvaran betalas och levereras genom Internet. Efter leverans visar det sig att programmet inte kan installeras i konsumentens hemdator på grund av ett fel i programmet. Om felet inte avhjälps, något nytt datorprogram inte levereras eller köpeskillingen inte återbetalas, uppstår frågan vart konsumenten kan vända sig för att få saken prövad. Ur konsumentsynpunkt är det av intresse huruvida behörighet finns vid domstol eller annan myndighet i konsumentens hemland eller om hon är hänvisad till att föra sin talan i utlandet.

I exempelfallet kan konsumenten vända sig till ARN. Eftersom ARN endast meddelar rekommendationer kan konsumenten dock inte räkna med att en sådan efterföljs av en näringsidkare i USA. Därför kan det inte heller uteslutas att ARN avvisar ärendet utan att pröva det i sak: nämndens begränsade resurser bör inte användas i ärenden där det kan befaras att en rekommendation blir verkningslös.[48]

Väljer en konsument att väcka talan vid allmän domstol i Sverige aktualiseras andra behörighetsregler än de som gäller vid ARN. I förhållande till andra EES-stater gäller för förmögenhetsrättsliga mål lagfästa regler som har bakgrund i EG:s konventioner och, numera i förhållande till andra EU-stater, även en förordning.[49] Enligt dessa regler har en konsument förhållandevis goda förutsättningar att få sin sak prövad på "hemmaplan". I situationer där en konsumenttvist har anknytning till ett land utanför EES-området, som i det ovan angivna exemplet, saknas i Sverige lagfästa domsrättsregler för förmögenhetsrättsliga mål. I dessa fall brukar domstolar i Sverige med en viss försiktighet söka vägledning i de interna forumreglerna i 10 kap. RB. I detta exempel är det tveksamt om svensk domsrätt finns.[50]

Saknas domsrätt i konsumentens hemland är konsumenten hänvisad till att väcka talan i utlandet. Som regel kan man utgå från att talan kan väckas i svarandens hemvistland (i exemplet näringsidkarens land). En sådan lösning kan i nu aktuellt hänseende tyckas vara alltför omständlig

[48] Se ARN 1999-09-28, Ärnr 1999-5084.

[49] Se lagen (1992:794) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Luganokonventionen och lagen (1998:358) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Brysselkonventionen. Brysselkonventionen ersattes i förhållande till alla EU-länder, utom Danmark, den 1 mars år 2002 av rådets förordning (2000/41/EG) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar (Bryssel I-förordningen).

[50] Beroende på omständigheterna i fallet kan konsumenten eventuellt grunda svensk behörighet på 10 kap. 3 § eller 5 § RB analogt. Se nedan avsnitt 3.2.5.

med tanke på datorprogrammets värde och de geografiska avstånden. Vi kan härmed konstatera att även praktiska överväganden kan bli avgörande för en konsuments möjligheter att tillvarata sina intressen.

1.3.3 Exempel 3 – om erkännande- och verkställighetsfrågan

Möjligheten att få en dom erkänd och verkställd i ett annat land än det där den har meddelats har omedelbar betydelse för en konsuments rättsställning. Om ett för konsumenten fördelaktigt avgörande inte kan erkännas eller verkställas i den stat där konsumenten har ett intresse av att avgörandet gäller, t.ex. i den stat en näringsidkare har egendom, är detta inget värt. En rättsprocess har således varit förgäves.[51]

I allmänhet intar olika länder, däribland Sverige, en negativ inställning till att erkänna och verkställa utländska domar och andra myndigheters beslut utan stöd i lag.[52] Antag att konsumentens talan i exemplet med köp av ett datorprogram prövats vid svensk domstol. Utsikterna att den svenska domen skall kunna verkställas i USA torde vara dåliga. Konsumenten kan bli tvungen att väcka ny talan i USA för att få ett avgörande som gäller där. Svaret på vilken verkan ett utländskt avgörande har beror i slutändan på den internationellt privaträttsliga inställningen till utländska avgöranden i det land där avgörandet aktualiseras.

En restriktiv inställning i fråga om verkställighet av utländska avgöranden förutsätter en liberal inställning i behörighetsfrågan. Annars kan situationer uppstå där ett utländskt avgörande inte kan genomdrivas, och en konsument kan inte heller få tvisten prövad på nytt i den stat där det finns ett intresse av att ett avgörande gäller, s.k. déni de justice. Ett sådant mindre tillfredsställande resultat torde, åtminstone i EES-anknutna förmögenhetsrättsliga tvister, tillhöra ovanligheten på grund av EES-samarbetet på området. Det kan dock uppstå i förhållande till andra länder. Problematiken illustrerar det nära samband som föreligger mellan behörighetsfrågan och frågorna om erkännande och verkställighet.

Ett beslut från ARN kommer däremot inte i fråga för verkställighet, eftersom det lämnas i rekommendationens form. Skall man vara kritisk kan man tycka att det är synnerligen meningslöst att föra en utlandsanknuten tvist till prövning vid ARN då förutsättningarna för att en utländsk näringsidkare skall rätta sig efter rekommendationen är begränsade. Men

[51] En utländsk dom kan dock ha bevisvärde i en ny rättegång här i landet. Se vidare Bogdan, Svensk IP, s. 290. Möjligen tillmäts även en svensk dom bevisvärde i ett annat land.

[52] För svensk rätts del, se 3 kap. 2 § UB. Se även ovan not 6.

även om en rekommendation inte är verkställbar i ett annat land kan den ha effekt som påtryckningsmedel mot felande utländska näringsidkare som vill fortsätta verka på den svenska marknaden.[53]

1.3.4 Exempel 4 – om marknadsrättsliga frågor

Konsumenter kan även ställas inför gränsöverskridande problem av marknadsrättslig karaktär. Marknadsrättsliga regler är "förebyggande" regler som drar upp gränser för näringsidkares handlande på marknaden, bl.a. genom bestämmelser om marknadsföring, prisinformation och avtalsvillkor. Marknadsrättsliga bestämmelser anses huvudsakligen tillhöra offentlig rätt och faller enligt den traditionella synen utanför den internationellt privaträttsliga problematiken som främst reglerar förhållanden mellan enskilda.

Till följd av en alltmer tilltagande "internationalisering" utsätts konsumenter i Sverige för en strid ström av marknadsföring i form av reklam och andra erbjudanden genom internationellt inriktade TV-kanaler, tidningar och, inte minst, Internet. Denna internationella reklam riktar sig ofta till flera länder samtidigt, däribland den svenska marknaden. Om denna gränsöverskridande marknadsföring med svenska mått mätt är otillbörlig uppstår bl.a. fråga om svenska myndigheter kan tillämpa svensk marknadsrättslig reglering på en främmande näringsidkares åtgärder på den svenska marknaden eller om ett annat lands marknadsrätt kan gälla här.

Utgångspunkten är att svensk marknadsrättslig lagstiftning skall tillämpas närhelst marknadsföring i en inte obetydlig grad riktar sig till den svenska marknaden eller då varor, tjänster eller andra nyttigheter tillhandahålls konsumenter, utan hänsyn till vilket medium som har använts.[54] Detta gäller oavsett om näringsidkaren är etablerad i Sverige eller utomlands. Omvänt kommer den svenska marknadsrättsliga skyddslagstiftningen inte i fråga för tillämpning på förhållanden på utländska marknader. Denna s.k. effektlandsprincip, enligt vilken lagen i landet där reklamen har effekt skall avgöra om marknadsföringsåtgärderna är otillbörliga, har delvis kommit i ett nytt läge till följd av EU-samarbetet. Den s.k. sändarlandsprincipen eller ursprungslandsprincipen gäller (med vissa undantag) för den elektroniska handeln på den inre marknaden.[55] Principen innebär att det EU-land där näringsidkaren är etablerad skall

[53] En näringsidkare som inte följer ARN:s rekommendation publiceras i tidningen Råd & Rön.

[54] Se 2 § marknadsföringslagen (1995:450). Se även Bogdan i JT 2000-01, s. 621–625, som kommenterar MD 2000:19.

[55] Se EG-direktivet (2000/31/EG) om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster. Se även avsnitt 6.3.1.3.

utöva kontroll över verksamheten och sörja för att den överensstämmer med de nationella bestämmelser som är tillämpliga i näringsidkarens land. Denna princip fastslogs för övrigt också av EG-domstolen i anledning av det s.k. TV-direktivet (89/522/EEG).[56]

1.4 Syfte och avgränsning

Avhandlingen avser att utifrån ett internationellt privaträttsligt perspektiv analysera konsumentskyddet över gränserna. Det är fråga om en kartläggning av rättsliga problem som kan uppkomma till följd av att ett konsumentavtal inte håller sig inom ett lands gränser. Detta övergripande syfte kan preciseras i mer konkreta forskningsuppgifter. Viktigt för svensk rätts del är särskilt följande frågor:

- Hur definieras en konsument i de avtal som omfattas av en särskild konsumentskyddsreglering och vilka avtal har man velat dra in under skyddsregleringen?
- Under vilka förutsättningar kan gränsöverskridande konsumentfrågor tas upp till prövning vid svensk domstol eller till utomrättslig tvistelösning i Sverige?
- Vilket lands lag tillämpas på en tvist i anledning av ett avtal mellan en konsument i Sverige och en näringsidkare etablerad i ett annat land?
- Vilka slags hänsynstaganden påverkar lagvalet i vad gäller en konsuments rättsliga ställning i ett utlandsanknutet förhållande?
- Under vilka förutsättningar kan erkännande och verkställighet av utländska avgöranden som berör en konsuments intressen ske i Sverige?[57]

De internationellt privaträttsliga frågeställningarna uppkommer typiskt i tre olika situationer. Dessa gäller 1) när en svensk konsument träffar avtal med en utländsk näringsidkare här i landet, 2) när en svensk konsument under en semesterresa eller annan tillfällig vistelse utomlands sluter avtal med en i det landet etablerad näringsidkare och 3) när en

[56] Se C-34-36/95, *KO* mot *De Agostini (Svenska) Förlag AB respektive TV-Shop i Sverige AB*. I målet uppkom bl.a. frågan om marknadsföringsåtgärden skulle bedömas enligt lagen i Sverige (effektlandet) eller lagen i England (ursprungslandet). Under de speciella förutsättningar som förelåg kom EG-domstolen fram till att det räckte att marknadsföringsåtgärden var laglig i ursprungslandet. Se MD 1998:17, för vilket Bernitz har redogjort i ERT 1999, s. 363–367.

[57] Frågeställningarna tas dock inte upp i den nu presenterade ordningen, se närmare nedan avsnitt 1.7 om dispositionen.

konsument och näringsidkare i olika länder träffar avtal på distans utan att personligen ha kontakt med varandra.

Frågorna har stor allmän betydelse och har också uppmärksammats av EU:s institutioner. Spörsmålen har även blivit livligt diskuterade i kontinentaleuropeisk doktrin.[58] I svensk doktrin har frågorna behandlats i betydligt mer begränsad utsträckning.[59]

Undersökningen tar sin utgångspunkt i enskilda avtalsförhållanden mellan en svensk konsument och en näringsidkare etablerad utomlands. De marknadsrättsliga problem som handeln över gränserna kan ge upphov till, och som kan beröra konsumentskydd, utreds därför inte.[60]

Avhandlingsämnet aktualiserar såväl konsumentens som näringsidkarens intressen. Ofta sammanfaller dessa. Således vill t.ex. en konsument ha säkra och avtalsenliga varor, och näringsidkaren vill ha nöjda kunder som återkommer. Problemen i denna studie behandlas emellertid huvudsakligen utifrån konsumentens perspektiv.[61] Det är konsumentens rättsliga skydd i avtalsförhållandet som står i förgrunden, medan näringsidkarens intressen kommer i skymundan. Härav följer dock inte att omsättningsintressen och kommersiella intressen lämnas obeaktade. Beaktandet sker dock inte systematiskt utan endast i fall där de befunnits vara av särskild betydelse.

I framställningen ligger tonvikten på lagvalsfrågan, medan frågor om behörighet samt erkännande och verkställighet behandlas mera översiktligt. Skälet är att lagvalsfrågorna har stått i förgrunden i EU-samarbetet på området och att utvecklingen följaktligen kommit längst härvidlag, vilket även påverkat utformningen av de svenska lagvalsreglerna. Det är numera vanligt att konsumenträttsliga EG-direktiv har en internationellt

[58] Se t.ex. Gaudemet-Tallon, RTDE 1981, s. 252–255; Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 313–317; Kassis, s. 334–342; Fallon & Francq, Private Law, s. 155–178; von Hoffmann, RabelsZ 1974, s. 396–420; Firsching & von Hoffmann, s. 400–404; Martiny, Münchener Kommentar, s. 1667–1679; Jayme & Kohler, Rev. crit. dip. 1995, s. 1–40; Dicey & Morris, s. 1285–1302; Hartley, Contract Conflicts, s. 111–133; Kaye, s. 203–220; Morse, ICLQ 1992, s. 1–11; Joustra, Towards a European Civil Code, s. 133–148 och Philip, EU-IP, s. 150–156. En doktorsavhandling som särskilt förtjänar omnämnande är "De internationale consumentenovereenkomst" av Carla Joustra utgiven år 1997 i Nederländerna s. 1–462.

[59] Se Bogdan i bl.a. Nord 1992:31, s. 1–105, Svensk IP, s. 243–247, SvJT 1995, s. 1–6, SvJT 1995, s. 189–206 och SvJT 1996, s. 37–41. Se även Pålsson, Romkonventionen, s. 70–81.

[60] Vissa marknadsrättsliga argument beaktas dock där det befunnits vara lämpligt, se t.ex. avsnitt 6.3.1.3. Om internationell privaträtt och marknadsrätt, se Bogdan, SvJT 1994, s. 277–288; JT 1994–95, s. 905–916; SvJT 1998, s. 532–543 och TemaNord 2001:511, s. 7–34 och Pålsson, Romkonventionen, s. 110–113.

[61] Om opartiskhet i samhällsvetenskaplig forskning, se Bergström, s. 50–56.

privaträttslig dimension riktad mot för konsumenter ofördelaktiga resultat i lösningen av lagvalsfrågan. Härtill kommer att EU-staternas konvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (den s.k. Romkonventionen) innehåller skräddarsydda regler för vissa konsumentavtal.

Utanför ramen för avhandlingen faller även vissa andra, i och för sig mycket viktiga, frågor. Det första spörsmålet som inte behandlas är avtal om finansiella tjänster med undantag av kreditköp av varor eller tjänster.[62] Det andra viktiga området som lämnats utanför gäller produktansvaret.[63] Den tredje fråga som utelämnats gäller avtal om fast egendom, utom när det gäller avtal om bostadsandelar (s.k. timeshare). Normalt åtnjuter lagen på situsorten (dvs. lagen i den stat där den fasta egendomen är belägen) en stark ställning.[64] De överväganden som ligger till grund för situsortens starka position gör sig dock inte gällande med samma styrka beträffande bostadsandelar, och dessa behandlas därför i avhandlingen. För det fjärde har även avtal om transport lämnats utanför.[65] Det har tyvärr inte heller varit möjligt att inom ramen för denna avhandling beakta grupptalan som instrument för konsumentskydd över gränserna.[66]

Undersökningen sker utifrån ett svenskt perspektiv. En annan tänkbar utgångspunkt hade varit att anlägga ett EU-perspektiv på frågeställningarna, särskilt mot bakgrund av att EU styr mycket inom området. Jag har emellertid gjort den bedömningen att ett renodlat EU-perspektiv lätt blir för abstrakt. Kartläggningen sker därför med utgångspunkt i svensk rätt som dock till stor del är EG-rätt. Hur andra länders materiella konsumenträtt ser ut behandlas inte, med undantag för situationer där det har betydelse för att illustrera utfallet i vissa utlandsanknutna fall. EG-direktiv på konsumentskyddsområdet gör dock att vi inom EU- och EES-området i stor utsträckning har likartade materiella konsumentskyddsregler på olika avtalsrättsliga områden.

Studien riktar sig i huvudsak till personer som fackmässigt på olika sätt kommer i kontakt med gränsöverskridande frågor av konsumenträttslig karaktär.

[62] Beträffande gränsöverskridande försäkringsavtal, se t.ex. Larsson, NfT 1996/4, s. 386–402.

[63] Se t.ex. Bogdan, Nord 1992:31, s. 52–53 och Howells & Wilhelmsson, s. 33–47 och 48–84. Det bör även nämnas att enligt handlingsplaner inom EU utarbetas ett rättsligt instrument rörande tillämplig lag på icke-obligatoriska förpliktelser som skall leda till ett förslag till förordning. Se KOM (2001) 278 slutlig, s. 21.

[64] Se t.ex. Kassis, s. 331 och Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 311–312.

[65] Transporträtten regleras i hög utsträckning av särskilt utformade internationella konventioner. Se prop. 1997/98:14, s. 29, för en översikt över dessa konventioner.

[66] Se vidare prop. 2001/02:107.

1.5 Metod och material

Den internationella privaträtten är som bekant nationell rätt. Men ämnesområdet och dess frågeställningar tar sikte på internationella rättsförhållanden. Lagstiftning och rättspraxis uppvisar internationella inslag i den meningen att de påverkas av mellanstatligt och europeiskt samarbete. Det material som används har fler internationella beståndsdelar än vad som är fallet på många andra nationella rättsområden. Utländsk lagstiftning, rättspraxis och doktrin har traditionellt spelat en stor roll inom ämnet. Komparativa studier, som innebär att ett visst problemområde undersöks i två eller flera rättsordningar, brukar därför vara vanliga i internationellt privaträttsliga avhandlingar.[67]

Om avsikten med en viss undersökning är en rättsjämförelse mellan olika länders internationellt privaträttsliga regler i syfte att besvara frågan hur utgången blir, kan en sådan metod vara fruktbar. Det gäller i vart fall när de behandlade internationellt privaträttsliga reglerna är olikartat utformade. En rättsjämförelse kan emellertid anses vara mindre användbar som arbetsredskap där det finns gott om regler som, till följd av EG:s konventioner, direktiv och förordningar, i stor utsträckning är gemensamma.[68] Mot denna bakgrund skall här på ett kortfattat sätt ges en beskrivning av den metod som används i detta arbete.

Generellt kan man säga att den metod som används i denna avhandling är problemorienterad och sätter det juridiska regelsystemet i centrum.[69] Arbetet är upplagt så att jag försöker bidra till lösning av problem som man möter inom de berörda regelsystemen. Bedömningen gör det därmed även möjligt att ifrågasätta systemrationaliteten i de regler som finns nu, inte minst med hänsyn till målsättningar om internationellt enhetliga avgöranden och förutsebarhet. Forskningsuppgiften utförs på ett traditionellt sätt där argument för och emot olika lösningar analyseras.

I arbetsmetoden ingår också att för de problem som diskuteras, ta fram och presentera det relevanta svenska juridiska materialet, dvs. innehållet

[67] Om betydelsen av rättsjämförelser, se Agell, FS Strömholm, s. 53.

[68] Därmed inte sagt att en komparativ metod inte kan användas. En sådan metod skulle kunna ha förtjänster, inte minst vad gäller detaljfrågan om hur internationellt privaträttsliga regler i konsumentskyddsdirektiv har genomförts i de olika EES-staterna.

[69] Att regler sätts i fokus i en rättsvetenskaplig framställning behöver inte stå i motsatsförhållande till en problemorienterad arbetsmetod. Agell, FS Strömholm, s. 54, skriver: "Det kan tyckas vara motsägelsefullt att i ett försök till typindelning av rättsvetenskapliga uppgifter genomgående bygga på existerande rättsregler, när utgångspunkten är att rättsvetenskapen bör vara problemorienterad. Borde man inte utifrån denna strävan presentera ett underliggande samhällsproblem och inte gällande regler som undersökningsobjekt? Emellertid vore nog en sådan metod knappast realistisk eller arbetsekonomisk, eftersom en existerande rättslig reglering omedelbart aktualiseras vid en rättsvetenskaplig undersökning."

i lagregler, rättspraxis och förarbetsuttalanden samt uttalanden i litteraturen. Vad beträffar förarbetsuttalanden till svensk lagstiftning som har sitt ursprung i EG-rätten, får dock numera förutsättas att enskilda uttalanden inte kan tillmätas någon avgörande betydelse för tolkningen och innebörden av de berörda reglerna.[70] I sista hand blir det en fråga för EG-domstolen. Även avgöranden från ARN har beaktats. För att ge stöd åt undersökningen har jag under avhandlingsarbetets gång också haft kontakter med Konsument Europa, Konsumentverket, ARN och de kommunala konsumentvägledarna i Uppsala, liksom även i en mindre utsträckning med Justitiedepartementet och Utrikesdepartementet. Jag har fått ta del av ärenden och problem som dessa myndigheter och aktörer har ställts inför.

Jag använder även utländskt material. Detta har huvudsakligen hämtats från Tyskland, men i viss utsträckning också från England och Frankrike. Visst utrymme har tillika lämnats åt material från andra stater i de fall det befunnits ha relevans för de frågor som behandlas. Det utländska materialet består framför allt av utländsk doktrin, men även viss lagstiftning och avgöranden från nationella domstolar har beaktats. Det är inte fråga om någon systematisk genomgång av vad som gäller enligt vissa länders rättsordningar. Mitt syfte är att det utländska materialet skall ha en s.k. tjänande eller pedagogisk roll.[71] Det utländska materialet bidrar till tolkning och förståelse av det gemensamma EG-rättsliga regelverket, och det har använts för att belysa problemen. Till detta material skall också läggas internationella konventioner och EG-rättens rättskällor, dvs. primär EG-rätt (fördragstexter), sekundär EG-rätt (förordningar, konventioner, direktiv, rekommendationer m.m.), rättspraxis från EG-domstolen och kommenterande doktrin. Det rättsläge som studien hänför sig till är det som rådde 1 januari år 2002. En del information är dock av senare datum.

1.6 Viss terminologi

Inledningsvis bör nämnas att konsumenten och näringsidkaren i denna studie är en "hon". I lagrumscitaten och andra citat är det dock vanligt att man hänvisar till konsumenten som en "han", vilket då också respekteras i undersökningen.

[70] I svensk doktrin har denna uppfattning förespråkats av i synnerhet Bernitz. Bernitz, SvJT 1995, s. 635.

[71] Se Strömholm, Idéer och tillämpningar, s. 315–331, särskilt s. 316–318 och Peczenik, Vad är rätt?, s. 264–265.

Den internationella privaträtten bygger sedan gammalt på en särartad terminologi som kan uppfattas som svårbegriplig. Min önskan är att de uttryck som används i denna framställning inte skall kunna missförstås, varför specifika internationellt privaträttsliga uttryck definieras i de sammanhang där de aktualiseras. Några termer är emellertid så viktiga och av betydelse för hela framställningen att de bör klargöras redan inledningsvis.

1.6.1 Lagvalsregler

En central roll, inte bara i detta sammanhang utan i allmänhet, spelar *lagvalsregler* som utpekar den på ett utlandsanknutet rättsförhållande tillämpliga rättsordningen.[72] En annan beteckning på dessa regler är kollisionsregler.[73] I denna framställning kommer i det följande uteslutande att talas om lagvalsregler då detta uttryck bättre än kollisionsregler beskriver reglernas funktion. Har ett avtalsförhållande anknytning till flera länder kan inte samtliga rättsordningar tillämpas samtidigt utan ett val måste göras. Den rättsordning som utpekas av en lagvalsregel brukar kallas *statut* (avtalsstatut, sakrättsstatut, etc. beroende på rättsfrågans karaktär).

Lagvalsregler hänvisar ofta till *lagen* i en viss stat som tillämplig. Riktigare vore om de utpekade ett visst lands rätt eller rättsordning, eftersom en lagvalsregel inte enligt gängse uppfattning inskränker sig till skriven lag. Lagen som anvisats av en lagvalsregel representerar alla de lagfästa och praxisskapade regler som gäller i denna rättsordning. I det följande skall *utländsk lag* förstås i samma vida betydelse som *utländsk rätt* eller *utländsk rättsordning*. Synonymt härmed används *främmande lag* eller *främmande rätt* och *rättsordning*. Gällande rättskällor i den utpekade lagen skall beaktas, tolkas och tillämpas på samma sätt som de tolkas och tillämpas i sitt ursprungsland. Denna slags tillämpning av utländsk rätt brukar i internationellt privaträttsliga sammanhang kallas för *den lojala tillämpningens princip*.[74]

[72] "Rättsföljden" av tillämpning av lagvalsregler är inte av direkt materiellrättslig art, utan består i tillämpning av en viss lag. Se t.ex. Kropholler, s. 88–89.

[73] Detta uttryck har sitt ursprung i tyskan där man alltjämt talar om "Kollisionsnormen", se von Bar, s. 11–14.

[74] Se vidare Bogdan, Svensk IP, s. 44–47 och Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 122–123 och 300–315.

1.6.2 Lagvalsreglernas uppbyggnad

Lagvalsregler kan sägas vara uppbyggda i två huvuddelar.[75] Som exempel kan användas lagvalsregeln i 3 § 1 st. 1 p. lagen (1964:528) om tillämplig lag på internationella köp av lösa saker (IKL). I lagrummet stadgas att "köparen och säljaren äga genom uttrycklig bestämmelse överenskomma att lagen i ett visst land skall tillämpas på köpet [av lösa saker]".

Lagvalsregelns första del är det s.k. *tillämpningsledet*.[76] Tillämpningsledet anger lagvalsregelns tillämpningsområde – den del av civilrätten som lagvalsregeln avser. Det avgränsar civilrättsliga problemställningar, i föreliggande exempel frågan om köp av lösa saker. Den andra delen av lagvalsregeln är det s.k. *anknytningsledet*, som anger vilket lands lag som skall tillämpas på de rättsliga spörsmål som hör hemma inom det rättsområde som täcks av tillämpningsledet. Anknytningsledet i 3 § IKL är den av parterna bestämda lagen i ett visst land. I lagvalsregelns anknytningsled anges den tillämpliga lagen med hjälp av ett *anknytningsvillkor*. Anknytningsvillkoret är "köparen och säljaren äga genom uttrycklig bestämmelse överenskomma", dvs. parternas överenskommelse (vilja).

1.6.3 Partsautonomi

Den ovan citerade lagvalsregeln i 3 § IKL ger exempel på den på avtal tillämpliga internationellt privaträttsliga principen om s.k. *partsautonomi*. Partsautonomi innebär att parterna har frihet att genom överenskommelse välja att underkasta sitt rättsförhållande en viss av dem vald lag. Parterna får alltså utesluta tillämpning av både de dispositiva och de indispositiva reglerna i den annars (dvs. utan överenskommelse) tillämpliga lagen. I stället tar den valda lagen i sin helhet över. Partsautonomi står till förfogande bara om avtalet har anknytning till utlandet. I denna framställning står uttrycket partsautonomi för lagvalsfrihet som fastställts i lag eller genom rättspraxis. Den av parterna valda lagen benämns *den (parts)valda lagen* eller *den avtalade lagen*.

1.6.4 Partshänvisning

Resultatet av partsautonomi yttrar sig i en *partshänvisning*, dvs. ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett visst land skall tillämpas på avtalet. Den partsvalda lagen gäller sålunda vid en eventuell tvist. Synonymt med partshänvisning används termerna *lagvalsavtal* och *lagvalsöverenskommelse* för att något variera språkbruket.

[75] Bogdan, Svensk IP, s. 36. För en annan indelning, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 46.

[76] Bogdan kallar detta referensled eller hänvisningsled i Svensk IP, s. 36.

1.6.5 Hemvist

Beteckningen *hemvist* är en central fråga för tillämpningen av internationellt privaträttsliga regler, men saknar en enhetlig definition såväl inom svensk internationell privaträtt som inom gemenskapen.[77] Hemvist används i det följande som beteckning för konsumentens hemland, där vederbörande förutsätts vara bosatt. Vid sidan av hemvist förekommer i internationellt privaträttsliga regler av EG-rättsligt ursprung även anknytningsvillkoret *vanlig vistelseort* i fråga om fysiska personers hemvist. Beteckningen vanlig vistelseort har i princip varit okänd i svensk rätt fram till införlivandet av EU- och EFTA-staternas konvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, den s.k. Luganokonventionen.[78] Gängse praxis har i stället varit att de engelska och franska originaltexternas "habitual residence" och "résidence habituelle" i internationella konventioner i svensk översättning återges med det svenska begreppet hemvist. I det följande används också detta uttryck, som enligt Pålsson närmast är synonymt med vanlig vistelseort i svensk rätt.[79] Det har också av framställningstekniska skäl befunnits vara enklare, och inte fullt så omständligt, att använda beteckningen hemvist i stället för det längre vanliga vistelseort.[80] Landet där konsumenten har sitt hemvist benämns i denna studie *konsumentens land* eller *konsumentens hem(vist)land*. Den där gällande lagen – i vart fall när den ger ett visst konsumentskydd – kan kallas för *skyddslagen*.[81] När det stundom i framställningen talas om *en svensk konsument* avses härmed en i Sverige bosatt konsument.

1.6.6 Forumland och ursprungsland

Andra viktiga uttryck är *forumland, forumlandets lag* och *ursprungsland*. I denna framställning skall med forumland förstås det land där en konsumenttvist slits eller där ett ställningstagande görs utan att en tvist

[77] Se Bogdan, Svensk IP, s. 64 och Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 67 och SvJT 2001, s. 376–378. Se även Dicey & Morris, s. 1291 not 39.

[78] Se lag (1992:794) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Luganokonventionen.

[79] Se mer ingående Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 67–71, särskilt s. 71. Se också Örtenhed för en fylligare framställning av hemvistbegreppet i boken Hemvistbegreppet, s. 11–78.

[80] Uttrycket vanlig vistelseort förekommer i Romkonventionen som har inkorporerats med svensk rätt genom lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser varför uttrycket förekommer i denna lag.

[81] Uttrycket skyddslagen har ursprungligen myntats av Pålsson, Romkonventionen, s. 70–71. Av Philip används motsvarande uttryck på danska och engelska, "beskyttelseloven" och "the protective law". Philip, EU-IP, s. 150 och Contract Conflicts, s. 98.

anhängiggjorts, t.ex. beträffande vilka lagvalsregler som gäller där eller angående verkan av ett utländskt konsumenträttsligt avgörande i det landet. Den interna rätten i detta land kallas forumlandets lag eller lex fori. Med ursprungsland avses det land från vilket en regel härstammar eller där en dom meddelats.

1.7 Disposition

Denna studie består av två delar. I den första delen finns tre kapitel av allmän karaktär. I detta inledande kapitel har givits en introduktion till avhandlingsämnet, en översiktlig beskrivning av konsumentskyddets utformning i Sverige och exempel på typiska problemsituationer. Här har också givits en precisering av syftet med arbetet. Dessutom har metod och material beskrivits samt några terminologiska påpekanden gjorts. I detta avsnitt ges en översikt över dispositionen för den följande framställningen.

I kapitel 2 diskuteras vilka typer av interna och internationella avtalssituationer som ansetts förtjäna särskilt konsumentskydd och hur konsumenten definieras i de aktuella lagarna. Detta kapitel syftar till att ge en överblick över rättsområdet, men det har också betydelse för den fortsatta framställningen, bl.a. genom att definiera konsumentbegreppet och ange vad skyddsregleringen i stora drag går ut på.

I kapitel 3 behandlas konsumentskyddet i utlandsanknutna situationer mot bakgrund av svensk internationell privaträtt såsom den kommit att påverkas av EG-rätten. Kapitlet är disponerat utifrån den traditionella, och väl etablerade, tredelningen av internationellt privaträttsliga frågor i behörighet, lagval samt erkännande och verkställighet.[82] Det är alltså i detta kapitel som frågor om behörighet samt erkännande och verkställighet behandlas.

Den andra delen av avhandlingen består av fem kapitel. Denna del ägnas enbart åt lagvalsproblematiken. Dess särskilda betydelse förklaras av att lagvalet bestämmer vilket rättsskydd som en konsument kommer att få i sak. Det är också denna del av den internationella privaträtten som utvecklats mest till följd av EG-rätten. Utvecklingen har fört med sig en fragmentarisk och splittrad konsumentskyddsreglering i svensk rätt vilket motiverar en närmare belysning. Avdelningen är disponerad utifrån olika typer av gränsöverskridande avtal som personer i egenskap av konsumenter träffar. Syftet är att på ett pedagogiskt sätt försöka lyfta fram de problem som präglar de olika avtalen och skillnader i rättsliga lösning-

[82] Se även Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 31–34.

ar. Syftet är vidare att illustrera tillkortakommanden och inkonsekvenser i den gällande regleringen. För dessa syften, och för att kunna dra slutsatser, har den valda strukturen befunnits vara mest ändamålsenlig.

I kapitel 4 beskrivs således de numera vanligt förekommande avtalen om köp av varor. I kapitel 5 diskuteras avtal om tjänster och paketresor. I kapitel 6 dryftas de distansavtal som träffats genom Internet. Även om andra distansavtal (t.ex. avtal som träffats per telefon eller genom postorder) och Internetavtal företer vissa likheter när det gäller problemställning och lösningar finns också skillnader som motiverar en separat behandling. I kapitel 7 beskrivs avtal om bostadsandelar på tidsdelningsbasis, s.k. timeshare. I kapitel 8 diskuteras s.k. internationellt tvingande regler, med vilka avses en särskild kategori av regler som alltid, eller i vissa situationer, skall tillämpas oavsett den i övrigt tillämpliga lagen. Reglerna ändrar inte i grunden det rättsläge som beskrivits i de föregående kapitlen, men kan komma att påverka detta. Att kapitlet om internationellt tvingande regler har förlagts i slutet av boken hänger samman med att reglerna förutsätter kännedom om "traditionell" internationell privaträtt. Kapitlet 8 angår samtliga de konsumentavtal som behandlats i de föregående fyra kapitlen men torde även kunna läsas självständigt.

2 Konsumentavtalet – internt och internationellt

2.1 Ett oenhetligt begrepp

I svensk rätt finns ett flertal lagar som avser att skydda den enskilda konsumenten. Vem som anses vara konsument är därmed avgörande för sådana skyddsbestämmelsers tillämplighet. Vid tillämpning av avtalsrättslig lagstiftning om konsumentskydd för den enskilda måste också klargöras vad som förstås med konsumentavtal, och vilka situationer som man har velat underkasta en särskild skyddsreglering. Endast när rekvisiten befinnes vara uppfyllda kommer den enskilda i åtnjutande av det särskilda konsumentskyddet. Detta gäller såväl i rent interna situationer som i gränsöverskridande fall.

Det kan redan nu nämnas att det saknas en enhetlig definition i svensk rätt om vad som bör förstås med konsument. När reglerna i en stat, såsom i Sverige, har ursprung i EG-direktiv och mellanstatliga konventioner, liksom även i nationell rätt, får man en olikartad begreppsbildning rörande konsument. I interna fall förefaller dock inte detta vara ett stort problem. Man brukar kunna utgå från att en enskild person som för privat bruk rättshandlar med en näringsidkare är en konsument. Enligt den i svensk materiell rätt tongivande definitionen är konsumenten:

> "en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet".[83]

I gränsöverskridande avtalssituationer kan emellertid avsaknaden av en enhetlig definition av begreppet konsument vara ett problem. Tillämpliga

[83] Denna definition har sitt ursprung i EG-rätten och återfinns i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende, lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal och, som den kommande utvecklingen ger vid handen, även i konsumentköplagen (1990:932) och konsumenttjänstlagen (1985:716). Se prop. 2001/02:134, s. 25–27. Se även Herre, SvJT 2000, s. 312–313 not 23, som föreslår att svensk konsumentskyddslagstiftning skall samlas i en lag efter finsk modell: "[h]ärigenom skulle bl.a. den fördelen uppnås att skilda definitioner, exempelvis om vem som skall anses vara konsument eller näringsidkare kunde bli desamma oavsett vilken del i regelkomplexet som tillämpades".

i dessa fall blir såväl internationellt privaträttsliga regleringar (av olika ursprung) som materiellrättsliga regelverk i den enligt lagvalsregler tillämpliga rättsordningen. Det kan sålunda tänkas uppstå fall där en person betraktas som en konsument enligt den internationellt privaträttsliga regleringen, men inte enligt den tillämpliga materiella lagen, osv. En annan relevant aspekt är att ett avtal kan anses vara ett konsumentavtal enligt en skyddsreglering, men inte enligt en annan. En oenhetlig begreppsbildning kan medföra bristande förutsebarhet och rättsosäkerhet för både konsumenter och näringsidkare.

Ytterligare ett problem är att i gränsöverskridande situationer kan den annars tillämpliga materiella skyddslagstiftningen avtalas bort genom en lagvalsöverenskommelse. Partsautonomi gäller som huvudregel inom den internationella handeln och utnyttjas gärna av näringsidkare. De överväganden som ligger bakom den materiella skyddslagstiftningen får då inte avsedd verkan om den valda lagen har en lägre skyddsnivå än den annars tillämpliga lagen. En enskild person som handlar över gränserna kan inte räkna med att få samma rättsliga skydd som i en rent intern situation.

Avtal om tillämpning av en tredje stats lag med låg konsumentskyddsnivå har ansetts vara ett hinder för förverkligandet av den inre europeiska marknaden. Därför innehåller vissa EG-rättsliga konsumentskyddsdirektiv om enskilda konsumenters rättsliga ställning, regler som kan liknas vid lagvalsregler, dvs. bestämmelser som i utlandsanknutna fall anger vilket lands regler som skall tillämpas.[84] Något förenklat syftar dessa regler till att säkra att en lagvalsöverenskommelse inte kan beröva konsumenten det skydd som följer av EG-rätten. I svensk rätt återfinns dessa regler i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorslagen), i lagen (1998:217) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende (lagen om tidsdelat boende), i lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen) och från och med den 1 juli år 2002 i konsumentköplagen (1990:932).

De problem som här antecknats angår avsaknaden av ett enhetligt konsumentbegrepp i gränsöverskridande fall. Måhända får vi acceptera sådana problem och godta att det inte är rimligt att ha en samstämd rättsordning i alla avseenden. Likafullt finns det skäl som talar för att det finns ett behov av ett enhetligt synsätt. Ett sådant tillhandahåller en utväg ur svårigheterna att förutse vem motparten är och vilken reglering som är tillämplig.

[84] Det är fråga om artikel 6.2 i direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal, artikel 9 i direktivet (94/47/EG) om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis, artikel 12.2 i direktivet (97/7/EG) om konsumentskydd vid distansavtal och artikel 7.2 i direktivet (99/44/EG) om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.

Sålunda undersöks i detta kapitel frågan om hur konsumenten definieras i avtal som man har velat dra in under en särskild konsumentskyddsreglering. Genom att begreppet konsument används som en utgångspunkt finns kanske en risk att studien blir beskylld för att representera den utskällda begreppsjurisprudensen. Denna innebär som bekant att juridiska begrepp slutgiltigt skall ges ett allmänt och tidlöst innehåll, ur vilka lösningar på juridiska problem kan härledas.[85] Avsikten är dock inte här att förfäkta en sådan uppfattning. Det väsentliga är att det finns ett antal olika definitioner av vad som bör förstås med konsument i skilda rättsliga sammanhang – såväl inom den svenska nationella rätten som inom EG-rätten och inom både den materiella konsumenträtten och den internationella privaträtten. Genom att nyttja begreppet som en utgångspunkt och väga in syftet med den relevanta lagstiftningen kan vi få kunskaper huruvida de rättsliga lösningar som valts svarar mot de samhälleliga problem de är avsedda att lösa, och det samband som existerar mellan reglerna.

2.2 Materiell rätt

2.2.1 Överväganden bakom konsumentskyddslagstiftningen

2.2.1.1 Konsumentens skyddsbehov

Syftet med indispositiva bestämmelser till förmån för konsumenterna är att förhindra eller korrigera en obalans i styrkeförhållandet mellan avtalsparterna då avtal förhandlas, träffas eller fullföljs. Bestämmelserna skyddar en konsument genom att bl.a. föreskriva en viss tvingande miniminiskyddsnivå som inte genom avtal kan kringgås, begränsas eller ändras till nackdel för konsumenten. Visserligen är parternas avtal i första hand bestämmande för deras inbördes rättigheter och skyldigheter. Innehåller emellertid ett avtal någon föreskrift som är mer oförmånlig för konsumenten än vad som stadgas i den tvingande regleringen gäller inte den föreskriften.[86] Tvingande konsumentskyddsreglering anger följaktligen den minimiskyddsnivå som på vissa områden skall tillkomma en konsument.[87]

Skyddslagstiftning motiveras bl.a. av konsumentens underlägsna ställ-

[85] Se Strömholm, s. 87–90.

[86] Tvingande regler hindrar dock inte att en konsument när en befogenhet, förmån eller skyldighet väl aktualiseras i ett konkret fall avstår från en befogenhet med giltig verkan eller binder sig vid en längre gående skyldighet.

[87] Skillnaden mellan "konsumentavtalsrätt" och avtalsrätt i allmänhet består således främst i att rätten att bestämma över ett konsumentavtals innehåll är begränsad, medan motsvarande begränsningar i princip saknas i den allmänna avtalsrätten.

ning, bristande förmåga att själv tillvarata sina rättigheter eller oförmåga att bedöma sin situation på ett rationellt sätt före, vid eller efter avtalets ingående.[88]

Det är emellertid sällsynt att sådana överväganden kommer till direkt uttryck i lagtext.[89] I stället är man hänvisad till förarbetsuttalanden och till förklaringar i ett direktivs inledning. Allmänna motiveringar om behovet av att stärka konsumenters ställning eller att skydda köparna på ett visst område är dock numera vanliga.[90]

En närmare analys visar att konsumenternas fundamentala skyddsbehov kan vara av olika slag.[91] Här skall endast ges några exempel på vad det kan innebära.

Genom sin marknadsföring kan näringsidkaren till viss del styra preferenser och val hos sina kunder. Näringsidkaren är också den som är bäst informerad om sin produkt, och som kan sägas ha ett informationsövertag. Konsumenten befinner sig härvidlag i ett underläge och kan inte alltid bedöma näringsidkarens uppgifter och argument på ett korrekt sätt.[92] Gör t.ex. näringsidkaren ett besök i konsumentens bostad kan konsumenten bli överraskad och ingå oöverlagda köp som hon varken har behov av eller råd med.[93] Skyddslagstiftning motiveras följaktligen med behovet av att utjämna en obalans mellan avtalsparterna i samband med att avtal förhandlas och ingås.[94]

Vidare är näringsidkaren som regel bättre informerad om rättsliga förhållanden. Näringsidkaren kan ha utformat avtalet själv, eller vet i vart fall vad det innehåller. Konsumenten har små möjligheter att påverka innehållet i avtalsvillkor. Inte minst när det gäller bruket av standardvillkor har konsumenten små möjligheter, om ens några, att påverka avtalets utformning eller att på eget initiativ åstadkomma en förändring.[95] Om vi

[88] Se t.ex. prop. 1973:138, s. 30; prop. 1979/80:9, s. 186–192; prop. 1981/82:40, s. 8; prop. 1984/85:110, s. 22 och 25 och prop. 1989/90:89, s. 25. Se även Olsen, Konsumentskyddets former, s. 165–170.

[89] Det finns exempel på regler där skyddsbehovet direkt framgår av lagtexten. Ett sådant exempel är 36 § 2 st. avtalslagen (1915:218) där det anges att man vid prövning av om ett villkor är oskäligt skall ta hänsyn till "behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet".

[90] Se t.ex. premiss 8 i ingressen i EG-direktivet (94/47/EG) om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätten till fast egendom på tidsdelningsbasis och premiss 5 i EG-direktivet (97/7/EG) om konsumentskydd vid distansavtal; prop. 1976/77:123, s. 1 och prop. 1992/93:95, s. 16–17.

[91] Se Olsen, Konsumentskyddets former, s. 14–17, 165–175 och JT 2000–2001, s. 320–326.

[92] Se prop. 1981/82:40, s. 8.

[93] Se prop. 1976/77:123, s. 36. Se även generaladvokaten Léger i förslag till dom i C-481/99, *Heiniger* mot *Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, premisserna 33–38.

[94] Se t.ex. prop. 1979/80:9, s. 192 och prop. 1989/90:89, s. 25.

[95] Om bruket av standardvillkor, se Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 14–16.

antar att en person i egenskap av konsument skall hyra en bil torde det vara mycket vanligt att konsumenten inte läst avtalsvillkoren innan hon skriver under. Är konsumenten emellertid, efter att ha läst avtalsvillkoren, inte nöjd med dem har hon små utsikter att kunna få en ändring till stånd av avtalsvillkoren. Konsumenten har att välja mellan att träffa avtal på näringsidkarens villkor eller att avstå, dvs. "take it or leave it". Avtalsfriheten kan, mot en sådan bakgrund, sägas vara fiktiv.[96] Som avtalets svagare part kan konsumenten behöva ett skydd mot alltför betungande avtalsvillkor, och mot att villkor inte ensidigt utformats till näringsidkarens fördel och konsumentens nackdel.[97]

Konsumentavtal är ofta sådana avtal där konsumenten betalar ett pris för någon form av naturaprestation, vanligtvis en vara eller tjänst. Näringsidkare kan dagligen ingå dylika avtal i stor mängd. Konsumenten träffar däremot betydligt färre avtal och har därför sämre vana att hantera dem än näringsidkaren.[98] Man kan därför förutsätta att näringsidkaren har större erfarenhet beträffande konflikthantering och konfliktlösning än konsumenten.[99] Skyddsreglering är således motiverad av att konsumenten typiskt sett har sämre förutsättningar än näringsidkaren att kunna tillvara ta sina rättsliga intressen vid en eventuell tvist.[100]

2.2.1.2 Den inre marknadens intressen

I sammanhanget förtjänar att understrykas att överväganden till grund för svensk konsumenträttslig skyddslagstiftning numera har en viktig gemenskapsrättslig dimension. Från början var övervägandena bakom EG-rättslig konsumentskyddslagstiftning ett led i förverkligandet av den inre marknaden som bygger på fri rörlighet av varor, arbetskraft, tjänster och kapital.[101] Att med bl.a. EG-direktiv undanröja olikheter i medlemsstaternas nationella rättsordningar ansågs nödvändigt för den gemensamma marknadens funktionsduglighet.[102] Nationellt skilda uppfattningar om

[96] Denna synpunkt har framförts av Lando, IECL 1976, s. 41.

[97] Se t.ex. prop. 1994/95:17, s. 23. Se även Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 16.

[98] Se Olsen, Konsumentskyddets former, s. 14.

[99] A. st.

[100] Prop. 1986/87:89, s. 155.

[101] Se f.d. artikel 129 a) (nuvarande artikel 153 i Romfördraget). Om bakgrunden till EG:s/EU:s konsumentpolitik, se t.ex. Olsen, JT 2000–2001, s. 308–309; Stuyck, CMLR 2000, s. 377; Reich, ERPL 1995, s. 285–305 och Perspectives of Critical Contract Law, s. 55–69; Close, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 18–35; Bernitz & Kjellgren, s. 285–286. Se även Kötz, FS Lando, s. 206–208.

[102] Se t.ex. Bernitz & Kjellgren, s. 285 och Lewis, YEL 1992, s. 150. Se även Sisula-Tulokas, JFT 1999, s. 375–376: "[d]et samlade intrycket blir dock att harmoniseringen kommit

vilka hänsynstaganden som är viktiga med avseende på konsumentskydd har förklarats utgöra några av de största hindren för ett förverkligande av den inre marknaden.[103]

Konsumenters förtroende för den inre marknaden har antagits bli stärkt om det finns en gemensam minimiskyddsnivå, dvs. EES-staterna får vid genomförandet av ett direktiv i nationell rätt gå längre i skyddsnivå än vad direktivet föreskriver. Vet konsumenter att de får ett likartat skydd oavsett i vilket land de handlar förväntas transaktionerna över gränserna bli fler.[104] En hög skyddsnivå kommer alltså i slutändan näringsidkarna tillgodo i form av en ökad konsumtionsnivå.[105] Gemensamma "spelregler" underlättar dessutom för näringsidkare inom EU att konkurrera med varandra på lika villkor. En ökad konkurrens kan leda till ett ökat utbud och på sikt lägre priser för konsumenter.[106]

Vissa menar att en hög konsumentskyddsnivå kan slå tillbaka mot konsumenter i form av höjda priser. En högre skyddsnivå leder till att näringsidkarna tvingas till långtgående åtaganden vilket i sin tur återspeglas i priset på varor och tjänster.[107] Eftersom gemenskapsrättslig skyddslagstiftning hitintills tillkommit i form av minimiskyddsdirektiv kan skillnaderna i EES-staternas konsumentskyddslagstiftning fortfarande vara betydande.[108] Näringsidkare i ett land kan därmed få konkurrensfördelar

---

till genom en mer eller mindre ad hoc metod. Aktörerna har varit många och strategierna olika. Exempelvis EU-parlamentet och kommissionen med tjänstemän har varit effektiva på vissa fält. Aktörerna inom den internationella handeln har tagit hand om och utvecklat sina specialområden. Det skulle krävas en systematisk genomgång av denna fragmentariska regelsamlings inbördes koherens och kritisk analys av huruvida det går att bygga vidare på den redan existerande regleringen genom analogiharmonisering av näraliggande fält".

[103] Denna motivering är vanlig i inledningen av direktiv på konsumentskyddsområdet. Se t.ex. Mortelmans & Watson, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 42. Se även EG-domstolens avgörande C-362/88, *GB-INNO-BM* mot *Confederation du Commerce Luxembourgeois*.

[104] Se t.ex. Lando, Julebog 1999, s. 130. Se även prop. 1999/2000:89, s. 13–14. Jämför dock Editorial Comments, CMLR 1997, s. 209–212.

[105] Blir emellertid konkurrensen för hård kan befaras att näringsidkare sänker standarden på sina varor och tjänster för att kunna fortsätta att konkurrera, eller att små och regionala handlare konkurreras ut av större företag. Utbudet på den inre marknaden blir då inte vad som avsetts. Se t.ex. Olsen, Konsumentskyddets former, s. 14–15 och Close, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 22.

[106] Se t.ex. prop. 1999/2000:89, s. 19.

[107] Se härom Stuyck, CMLR 2000, s. 393.

[108] Från näringsidkarhåll har gjorts gällande att den inre marknaden skulle främjas om det fanns enhetliga materiella konsumentskyddsregler. Se European Commission, Directorate for Health and Consumer Protection, Hearing Door to door selling – Pyramid selling – Multilevel marketing, 15/16 March 2000 Bruxelles, s. 8.

jämfört med näringsidkare i ett annat land, som måste anpassa sin verksamhet till en högre skyddsnivå.[109]

Inom EU har man icke desto mindre insett betydelsen av en hög konsumentskyddsnivå och att konsumenters ställning kan behöva stärkas på vissa områden. Ur strävandena att uppnå den inre marknaden har, som en självständig EG-rättslig målsättning, konsumentskyddsfrågor vuxit till att bli ett eget politiskt område.[110] I artikel 153 p. 1–2 i Romfördraget står:

> "För att främja konsumenternas intressen och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå skall gemenskapen bidra till att skydda konsumenternas hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen samt till att främja deras rätt till information och utbildning och deras rätt att organisera sig för att tillvarata sina intressen. Konsumentskyddskraven skall beaktas när gemenskapens övriga politik och verksamhet utformas och genomförs".[111]

Dessa målsättningar skall å ena sidan uppnås genom åtgärder som beslutas med stöd av artikel 95 för att förverkliga den inre marknaden, å andra sidan genom åtgärder som understöder, kompletterar och övervakar medlemsstaternas politik på det konsumentpolitiska området. Konsumentskyddskrav skall enligt artikel 153 i Romfördraget också beaktas vid utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik och verksamhet. I rapporten från Europeiska kommissionen om handlingsplanen för konsumentpolitiken 1999–2001 och den allmänna ramen för gemenskapens verksamhet till förmån för konsumenter 1999–2003 kan man läsa att "konsumentpolitik inte är någon lyx utan i stället en mycket viktig del av EU-politikens utveckling i allmänhet".[112]

2.2.2 Vem har ansetts skyddsvärd?

2.2.2.1 Avtalsparterna

För att skyddslagstiftningen skall vara tillämplig krävs i princip att köparen är konsument och att säljaren är näringsidkare. *Näringsidkarbegreppet* synes i svensk rätt inte ha givit upphov till några avsevärda tolkningsproblem.[113] Sannolikt beror det på att näringsidkarbegreppet generellt

[109] Se närmare Close, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 21–22.

[110] Se handlingsplan för konsumentpolitiken 1999–2001, s. 1 och KOM (2001) 486 slutlig, s. 2.

[111] Om artikel 153 i Romfördraget, se Stuyck, CMLR 2000, s. 382–388 och 392–393.

[112] KOM (2001) 486 slutlig, s. 3. Se även skr. 2001/02:148, s. 6.

[113] Se Bernitz, Marknadsrätt, s. 10–12. Se även Herre, Konsumentköplagen, s. 74 om konsumentköplagens näringsidkarbegrepp.

har givits en vidsträckt innebörd.[114] Med näringsidkare avses varje juridisk eller fysisk person som yrkesmässigt bedriver verksamhet av en ekonomisk art, oavsett om verksamheten är inriktad på vinst, avser att främja ett ideellt syfte, sker under begränsad tid eller utgör en bisyssla. I kravet på yrkesmässighet ligger dock att verksamheten måste vara i viss mån varaktig.[115]

Konsumentbegreppet, däremot, har visat sig kunna ge upphov till principiella gränsdragningsproblem. Frågan är när man rättshandlar i egenskap av konsument och om konsumenten måste vara en enskild fysisk person eller om skyddsbestämmelserna också kan tillämpas när köparen är en juridisk person eller en sammanslutning av någon form som uppvisar en ställning liknande den fysiska personens.

2.2.2.2 Konsumenten

Inom juridiken förstås normalt med konsument "en privatperson som köper varor eller förvärvar tjänster eller andra nyttigheter huvudsakligen för enskilt bruk".[116]

I förmögenhetsrättslig lagstiftning kommer detta för närvarande till uttryck på skilda sätt. I konsumenttjänstlagen (1985:716), konsumentköplagen (1990:932), konsumentkreditlagen (1992:830), lagen (1992:1672) om paketresor och i den processrättsliga forumregeln i 10 kap. 8 a) § RB framgår inte uttryckligen i lagtext vem som är att betrakta som konsument. För att avgränsa kretsen av skyddsvärda parter har i stället ett tillägg gjorts om att köpet skall vara huvudsakligen för enskilt ändamål eller bruk.[117]

Från och med den 1 juli år 2002 är avsikten att konsumentköplagen och konsumenttjänstlagens konsumentdefinitioner anpassas till den av EG-rätten inspirerade definitionen av konsument som redan finns i av-

[114] Se t.ex. prop. 1989/90:89, s. 60 och prop. 1984/85:110, s. 141. Denna vidsträckta tolkning synes exempelvis ha kommit till uttryck i rättsfallet NJA 2001 s. 155. En person som inom ramen för sin näringsverksamhet tillverkat och sålt båtar ansågs som näringsidkare även då han sålt en båt privat. HD uttalade att den aktuella båten synes ha haft närmare anknytning till NN:s näringsverksamhet än till hans privatliv. Det får därför anses att NN sålde båten i sin yrkesmässiga verksamhet, även om det var han personligen – och inte något av hans bolag – som stod som ägare av båten. Se även EG-domstolens avgörande i C-361/89, *Criminal Proceedings against Patrice Di Pinto* premiss 16. I detta fall förklarade EG-domstolen att då syftet med försäljningen inte var hänförligt till näringsidkarens familj eller personliga behov kunde näringsidkaren inte betraktas som konsument.

[115] Jareborg, s. 141. Se även prop. 1989/90:89, s. 60; SOU 1984:59, s. 211–215 och Heuman, s. 252.

[116] Bernitz, Marknadsrätt, s. 13. Se vidare prop. 1973:138, s. 159–160; prop. 1976/77:123, s. 152–155; prop. 1979/80:9, s. 186–192; prop. 1984/85:110, s. 139–141; prop. 1986/87:89, s. 155; prop. 1989/90:89, s. 59–60; prop. 1991/92:83, s. 103–104 och prop. 1992/93:95, s. 68

[117] Se härom prop. 1994/95:17, s. 31 och prop. 1991/92:83, s. 104.

talsvillkorslagen, lagen om tidsdelat boende och distansavtalslagen.[118] Enligt denna definition avses med konsument en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet.

De skilda definitionerna har i sak inte ansetts skilja sig åt.[119] När EG-direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal skulle genomföras i svensk rätt fördes i förarbetena en ingående diskussion om behovet av att anpassa det svenska konsumentbegreppet till det EG-rättsliga.[120] Betydelsefullt för ställningstagandet att överta den EG-rättsliga definitionen var att de övriga nordiska länderna förklarat avsikten att använda den EG-rättsliga definitionen och att EU-medlemsstaterna förväntades använda densamma.[121]

Det sagda innebär att en juridisk person inte kan vara en konsument.[122] Detta gäller även om den juridiska personen är en juridisk person vars medlemmar är privatpersoner (t.ex. en idrottsförening). Ett dödsbo kan därför inte heller betraktas som en konsument.[123] Däremot är en enskild näringsidkare att anse som konsument när hon köper varor och tjänster eller andra nyttigheter utanför sin affärs- eller yrkesmässiga verksamhet.[124]

118 Se prop. 2001/02:134, s. 26–27.

119 Se prop. 1994/95:17, s. 30–31 och prop. 2001/02:134, s. 26.

120 Se a. prop., s. 30–34. Här betonas också kopplingen mellan definitionerna konsument och näringsidkare. Av systematiska hänsyn ansågs det lämpligt att de båda begreppen konsument och näringsidkare definierades i ett sammanhang.

121 Se a. prop., s. 31–32 och 87.

122 Se a. prop., s. 31; prop. 1996/97:127, s. 48 och prop. 1999/2000:89, s. 76. Se även förslag till avgörande i de förenade målen C-541/99, *Cape Snc* mot *Idealservice Srl*, och C-542/99, *Idealservice MN RE Sas* mot *OMAI Srl*. Generaladvokaten föreslog att konsument bara omfattar fysiska personer, och inte juridiska personer. Motiveringen var att en fysisk person befinner sig i en underlägsen förhandlingsposition, är sämre informerad om ett avtal och har små möjligheter att påverka avtalsvillkor som utarbetats på förhand. Juridiska personer befinner sig i allmänhet inte i samma underlägsna position. Generaladvokaten framhöll dock att EG-domstolens rättspraxis inte förhindrar att medlemsstaterna utsträcker direktivets skydd till andra än konsumenter, t.ex. juridiska personer och näringsidkare. Se även Bernitz, Marknadsrätt, s. 13.

123 Se lagrådets kritik till följd av att dödsbon inte faller under konsumentbegreppet, och även föredragande statsråds skäl för att inte innefatta dödsbon i konsumentbegreppet i prop. 1984/85:110, s. 345 och 371. Huruvida dödsbon skall falla under konsumentbegreppet har också diskuterats i ett annat sammanhang där det ansågs olämpligt att utvidga konsumentbegreppet till dödsbo. Se prop. 1994/95:17, s. 33.

124 Lämpligheten av att låta skyddslagstiftningen gälla även till förmån för t.ex. mindre näringsidkare övervägdes i samband med tillkomsten av 1973 års konsumentköplag. Denna tanke avvisades då med hänsyn till de skillnader som föreligger när båda avtalsparterna är näringsidkare och de fall då enskilda konsumenter träffar avtal med näringsidkare. Se prop. 1973:138, s. 120–121. Det ansågs inte finnas någon anledning att inta en annan ståndpunkt vid utformandet av konsumenttjänstlagen. Se prop. 1984/85:110, s. 33.

Det viktiga är således att personen inte har gjort förvärvet i egenskap av näringsidkare, juridisk person eller huvudsakligen avser att använda varan i sin yrkesverksamhet om hon skall betraktas som konsument.

Då EG-rättsliga konsumentskyddsdirektiv som regel varit minimiskyddsdirektiv, dvs. direktiv som anger den lägsta rättsliga skyddsnivån som EES-staterna måste genomföra i sina nationella rättsordningar, förefaller inget hindra att konsumentbegreppet utvidgas till att omfatta även andra än fysiska personer, t.ex. småföretagare.[125] Som exempel kan anges att enligt holländsk rättspraxis kan småföretagare förlita sig på skyddsregler i den holländska motsvarigheten till hemförsäljningslagen, som har sin grund i EG-direktivet (85/577/EEG) om konsumentskydd vid avtal som ingås utanför näringsidkarens fasta försäljningsställe.[126] I tysk rätt omfattar konsumentkreditskyddet också i vissa fall krediter till fysiska personer, också för det fall att krediten i fråga är avsedd att användas i yrkesverksamhet.[127] Även i dansk rätt förefaller juridiska personer beroende på omständigheterna kunna vara konsumenter.[128]

Inom ramen för medlemsstaternas nationella rätt synes det finnas visst utrymme för att tillämpa konsumentskyddslagstiftning på särskilda grupper av näringsidkare vars svagare ekonomiska position är jämförbar med en konsuments. Så kan antingen ske om det är ett mycket litet företag eller om en rättshandling har ägt rum utanför den normala affärsverksamheten.[129] I ett engelskt rättsfall, *R&B Customs Brokers Co. Ltd.* v. *United Dominions Trust Ltd.*, tillämpade Court of Appeal den engelska konsumentskyddslagstiftningen i Unfair Contract Terms Act 1977 på ett

[125] Se Joustra, Towards a European Civil Code, s. 143. Se även Staudenmayer, ERPL 2000, s. 548–549 och ovan not 124. Av EG-domstolens avgörande i C-361/89, *Patrice Di Pinto* premisserna 22 och 23, framgår: "The object of that provision is to determine the freedom left to Member States in the area covered by the Directive, namely that of consumer protection. It cannot therefore be interpreted as precluding States from adopting measures in an area with which it is not concerned, such as that of the protection of traders. The answer to the second question must therefore be that the directive does not preclude national legislation on canvassing from extending the protection which it affords to cover traders acting with a view to the sale of their business." Jämför Mortelmans & Watson, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 48–49.

[126] Hemförsäljningslagen översätts med Door-to-Door Sales Act av Joustra, Towards a Civil European Code, s. 145. Se även Kantongerecht Hilversum 25 January 1995 Praktijkgids 1995 No 4247 och Kantongerecht Utrecht 14 April 1994 Praktijkgids 1995 No. 4405, cit. efter Joustra, Towards a European Civil Code, s. 145 not 69.

[127] Se 1 § och § 3 i Verbraucherkreditgesetz av den 17 december BGBl. I 1990, s. 2840. Se även C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei AG* mot *Andreas Siepert*.

[128] Se vidare R. Nielsen, Julebog, 1999 s. 264 och Herre, FS Karnell, s. 293–294.

[129] Se Joustra, Towards a European Civil Code, s. 145.

avtal där ett bolag hade köpt en bil åt en av sina anställda. Den anställda kunde använda bilen både för privat och affärsmässigt bruk.[130] Court of Appeal ansåg att rättshandlingen bara av en tillfällighet liknade förvärv för affärsmässiga ändamål. Den franska Cour de cassation har tillämpat fransk konsumentskyddslagstiftning i fall där köparen i egenskap av näringsidkare befann sig i samma position som "vilken annan konsument som helst".[131]

Sålunda kan minimiskyddsdirektiv komma att genomföras på olika sätt i de skilda EES-staterna, och det synes finnas en risk för att en person vore att anse som konsument enligt en EES-stats rättsordning, men inte enligt en annan. I gränsöverskridande fall kan då särskild EG-rättslig skyddslagstiftning äventyras, eftersom tillämpningen är beroende av hur en konsument definieras.

2.2.2.3 Ändamålet med avtalet

Som en del i konsumentdefinitionen ingår att ett avtal måste ha träffats "huvudsakligen för enskilt ändamål/bruk" eller "huvudsakligen utanför näringsverksamhet".[132] En privatperson behöver dock inte själv tillgodogöra sig det förvärvade, utan även köp eller andra förvärv för hushåll, familj eller vänner, kan räknas hit.[133] Köper t.ex. en privatperson en vara som present är kravet tillgodosett om syftet från köparens sida är att mottagaren skall använda varan för privat bruk.[134] Detsamma bör anses vara fallet om en vara, t.ex. en cykel som efter att ha använts, säljs vidare.[135]

En person som handlar för annat än privat bruk, såsom vidareförsäljning i vinstsyfte eller användning i näringsverksamhet, torde normalt inte vara att anse som en konsument.[136] Sålunda kan t.ex. inte den person som

[130] [1988] 1 All ER 847, cit. efter Joustra, Towards a European Civil Code, s. 145 not 70.

[131] Cass. 25 May 1992, Mme Petit, Recueil Dalloz Jurisprudence 1993, 87, cit. efter Mortelmans & Watson i Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 50. Om det franska konsumentbegreppet, se även Kassis, s. 342 och Calais-Auloy, Consumer Legislation in France, s. 8–9.

[132] I prop. 1994/95:17, s. 31, förklaras att uttrycket för enskilt bruk rent språkligt synes vara något mer begränsat, än uttrycket för enskilt ändamål, "även om ingenting i de olika konsumenträttsliga lagarnas förarbeten tyder på att någon saklig skillnad avsetts".

[133] Se t.ex. prop. 1989/90:89, s. 60; prop. 1984/85:110, s. 140 och prop. 1992/93:95, s. 68. Se även Herre, FS Karnell, s. 296.

[134] Se prop. 1989/90:89, s. 60.

[135] Se Herre, FS Karnell, s. 297.

[136] Bernitz, Marknadsrätt 2:a uppl., s. 225. Se även t.ex. prop. 1999/2000:89, s. 76. Jämför danska Højesterets kendelse af 10. marts 1995, i UfR 1995, s. 432 kommenterat av Nørgaard i UfR 1995 B, s. 413–418. Där förklaras att "[e]fter kreditkøplovens § 4, stk. 2, nr. 1,

får i uppdrag av en idrottsförening att köpa en bärbar dator anses vara konsument, eftersom ändamålet med köpet avser föreningens verksamhet. Köpet har visserligen ingåtts av en fysisk person, men ändamålet med avtalet avser föreningens verksamhet.[137] Köparen bör därför identifieras med föreningen och vid köpet ha iklätt sig rollen som förening för vars verksamhet datorn köpts.[138]

Mera svårbedömda fall kan dock uppkomma om en privatperson har ingått avtal med ett syfte som har viss anknytning till yrkes- eller näringsverksamhet. Är en privatperson som köpt vissa klädesplagg som huvudsakligen skall användas i yrkes- eller näringsverksamhet att betrakta som en konsument?[139]

---

foreligger der – uanset købesummens størrelse – et forbrugerkøb, når det købte hovedsagelig er bestemt til ikke-erhvervsmæssig anvendelse for køberen, og sælgeren vidste eller burde vide dette. At der købes udelukkende med henblik på opnåelse af fortjeneste ved vidaresalg – vilket må antages at have været tilfældet med de kærendes køp af ædelstene – hindrer ikke, at der foreligger et forbrugerkøp, når et videresalg dog ikke kan karakteriseres som erhvervsmæssigt. Der foreligger ikke oplysninger om nogen af de kærende og disses forhold, som giver grundlag for at karakterisere et vidaresalg af ædelstene som erhvervsmæssigt. Det er utvivlsomt, at ... [Ædel Invest] vidste besked om ... [købernes] tilsigtede anvendelse af ædelstenene. Der foreligger således forbrugerkøb i henhold til kreditkøblovens § 4, stk. 2, nr. 1." Cit. efter Nørgaard, UfR 1995, s. 417.

137 Heuman, s. 233–234: "I enlighet med gängse definition av näringsidkarbegreppet blir en dylik juridisk person [ideell förening] att anse som näringsidkare, även om den ekonomiska verksamheten inte är avsedd att vara vinstgivande och inte heller utgör det huvudsakliga inslaget i föreningens verksamhet".

138 Se C-45/96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG* mot *Edgar Dietzinger* där EG-domstolen i anledning av direktivet (85/577/EEG) för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler uttalade att "en borgensförbindelse, vilken ingåtts av en fysisk person som i detta avseende inte uppträder i sin näringsverksamhet eller inom sitt yrkesområde, inte omfattas av direktivets tillämpningsområde, om avtalet avser betalning av en skuld som en annan person har och denna person iklätt sig skulden i sin näringsverksamhet eller inom sitt yrkesområde".

139 I avtalsvillkorsdirektivet (93/13/EEG) anges att handlandet skall ligga *utanför en persons näring och yrke*. I timesharing-direktivet (97/7EG) anges att handlandet inte skall ingå i konsumentens *yrkesmässiga verksamhet*. I distansavtalsdirektivet anges att ändamålet skall ligga utanför *näringsverksamhet, affärsverksamhet eller yrke*. I sig förefaller inte detta vara ett problem eftersom direktiven är minimiskyddsdirektiv som tillåter att EES-staterna går längre i skyddsnivå och omfattar fler situationer än direktiven. I förarbetena till avtalsvillkorslagen kan man läsa att "[i] promemorian görs den bedömningen att definitionen blir alltför begränsad om – som i den svenska översättningen av direktivets regel – egenskapen konsument förutsätter att personen handlar inte bara utanför sin näring utan också utanför sitt yrke. Regeringen gör samma bedömning. Ingen remissinstans har någon invändning på denna punkt. Sålunda bör det i definitionen anges endast att en person är konsument om han handlar för ändamål *utanför näringsverksamhet*." Prop. 1994/95:17, s. 32. I prop. 1999/2000:89, s. 76, till distansavtalslagen förklaras att näringsverksamhet "kan översättas ungefär med verksamhet av ekonomisk natur och av sådan karaktär att den är att anse som yrkesmässig".

Problematiken har i doktrinen behandlats av Heuman.[140] Är syftet, å ena sidan, att användningen huvudsakligen skall ske under arbetstid kan man anse att personen inte är konsument. Å andra sidan skulle man kunna anse, enligt vad Heuman enligt min uppfattning med rätta framhåller, att personen är konsument. Förutsättningen är att hon själv bekostat varan och användningen inte kan anses typisk för yrkesutövningen utan är att jämställa med ett sådant privat bruk som förekommer efter arbetstidens slut.[141] Om arbetstagaren själv betalt klädesplagget och inte får någon ersättning från arbetsgivaren eller liknande kan hon anses vara i behov av samma skydd som en köpare som avsett att använda motsvarande klädesplagg privat.

Enligt Heuman är det dock besvärligt att närmare fastställa när en under arbetstiden förekommande förbrukning kan förklaras icke-yrkestypisk och om förvärvaren i dessa fall kan anses som konsument.[142] Heuman påpekar att yrkets särskilda art, möjligheterna för personen att i självdeklarationen göra avdrag och hennes behov av att komma i åtnjutande av det skydd som den civilrättsliga konsumentskyddslagstiftningen erbjuder kan vara omständigheter som man bör ta hänsyn till.[143] Han betonar dock att en viss försiktighet måste iakttas när man gör en ändamålstolkning under beaktande av skyddsbehovet.[144]

Bedömningen synes kunna bli den motsatta om exempelvis en läkare för privata medel köpt en bil avsedd att användas i yrket. Skall bilen huvudsakligen användas vid tjänsteresor och milersättning utgår härför blir det knappast tal om att läkaren köpt bilen i egenskap av konsument. Anledningen är att läkaren erhåller viss ersättning för resor och att bilen används i yrket som ett hjälpmedel att förvärva inkomster.[145]

2.2.2.4 Synbarhetskravet

Bestämmande för konsumentdefinitionen är således bl.a. syftet med ett avtal. För näringsidkare kan detta innebära praktiska problem. Många gånger kan det vara svårt att avgöra om en köpare är konsument i juridisk mening. Inte minst torde det gälla vid butiksförsäljning. Enligt Bernitz

[140] Se Heuman, s. 224–228.
[141] Heuman, s. 224.
[142] Heuman, s. 225.
[143] A. st.
[144] Heuman, s. 224: "Det finns nämligen idag grupper som är relativt svagt rustade att möta en rättslig konflikt och som är i behov av det skydd som lämnas konsumenterna. Till denna grupp hör småföretagare."
[145] Heuman, s. 225.

löses problemet vanligen så att näringsidkaren ger samma avtalsvillkor till alla som köper varor eller tjänster.[146] Konsumentskyddslagstiftningen får således återverkningar utanför sitt tillämpningsområde, eftersom regleringen kan komma att tillämpas även på köpare som inte är konsumenter i rättslig mening.[147]

Om så inte är fallet kan besvärliga problem uppkomma. När en köpare förvärvar en vara eller tjänst lämnar hon som regel inte någon upplysning om hur hon tänker använda den. Det torde exempelvis vara vanligt att en vara är av en sådan natur att den kan användas för privat bruk, i näringsverksamhet eller för vidareförsäljning. Man kan föreställa sig situationer där en näringsidkare trott att en vara skulle användas på ett annat sätt än vad köparen avsett. En näringsidkare som sålt en viss maskin kanske har utgått från att den skulle användas i näringsverksamhet, fastän den i själva verket skulle användas i köparens hobbyverksamhet. Är det köparens syfte med avtalet som är avgörande för om hon skall anses som konsument eller är det näringsidkarens uppfattning om köparens syfte med köpet som är avgörande? Med andra ord sagt, måste köparens avsikt med förvärvet ha varit synbart för näringsidkaren för att skyddsreglering skall komma i fråga för tillämpning?

Något besked om saken erhåller man inte av konsumentskyddsbestämmelsers ordalag.[148] Om ett s.k. synbarhetskrav uppställs synes skyddslagstiftning alltför enkelt kunna kringgås, då näringsidkaren inte anser sig ha insett eller bort inse att denna hade med en konsument att göra. Har emellertid försäljning avsett sådan egendom som nästan uteslutande används inom näringsverksamhet kan avsaknaden av ett synbarhetskrav innebära att tillämpning av vissa skyddsregler kommer som en fullständig överraskning för näringsidkaren.[149]

I doktrinen har Herre framfört åsikten att det står "rimligt klart" att bl.a. konsumentköplagen, konsumenttjänstlagen och konsumentkreditlagen uppställer ett synbarhetskrav.[150] Enligt hans uppfattning vore det alltför diskutabelt om "inte ens den omständigheten att köparen vid köpet läm-

[146] Bernitz, Marknadsrätt 2:a uppl., s. 232.

[147] Bernitz, a. st., skriver om konsumentskyddslagstiftningens "reflexverkningar".

[148] Frågan har dock diskuterats i förarbeten till konsumentskyddslagstiftning. Se t.ex. prop. 1973:138, s. 161–162 och 291–292; prop. 1976/77:123, s. 154; prop. 1984/85:110, s. 140; prop. 1986/87:89, s. 155; prop. 1989/90:89, s. 60; prop. 1991/92:83, s. 103; prop. 1992/93:95, s. 68; prop. 1994/95:17, s. 32; prop. 1996/97:127, s. 20 och 48; prop. 1999/2000:89, s. 76 och prop. 2001/02:134, s. 81. Se även Heuman, s. 235–238.

[149] Se närmare Heuman, s. 237.

[150] Herre, FS Karnell, s. 301.

nat oriktiga uppgifter om syftet med köpet i princip [kan] påverka tillämpligheten".[151]

Man synes se annorlunda på saken i ett utkast till skriftligt yttrande från Sveriges regering.[152] Yttrandet är avsett att bli inlämnat till EG-domstolen i anledning av en begäran från Österrikes högsta domstol om ett förhandsavgörande angående tolkningen av en viss konsumentskyddsregel i 1968 års konvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (Brysselkonventionen).[153] I utkastet anges bl.a. i anledning av synbarhetskravet i svensk materiell rätt följande:

> "Vid genomförandet av dessa direktiv [EG-rättsliga direktiv som behandlar civilrättsliga aspekter] har Sverige med hänsyn till skyddet för konsumenter utgått från en sedan flera decennier vedertagen princip enligt vilken egenskapen av konsument i princip inte behöver vara synbar för näringsidkaren. Utgångspunkten har med andra ord varit att det är avsikten hos den som ingår avtalet – den vars egenskap av konsument sätts i fråga – som är avgörande för frågan om avtalet har ingåtts för ändamål som ligger utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet. Avser han att agera för ändamål som ligger utanför affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, är han normalt att anse som konsument."[154]

[151] Herre, FS Karnell, s. 301. Herre är kritisk till att man vid genomförandet av direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal anförde att definitionen av konsument inte innehåller något krav på synbarhet. Han anser att avsaknaden av ett uttryckligt synbarhetskrav inte nödvändigtvis utesluter ett sådant: "Den svenske lagstiftaren synes själv inse några av problemen med att endast konsumentens avsikt skall vara avgörande och inte näringsidkarens insikt om denna. Det anförs nämligen att konsumentdefinitionen inte torde omfatta situationer där näringsidkaren vilseleds av motparten att tro att denne handlade för annat än enskilt ändamål, t.ex. genom att köparen gjort en skriftlig beställning med angivande av en juridisk person som beställare, trots att avsikten är att använda varan endast för enskilt ändamål. Om nu konsumentavsikten är ensamt avgörande, kan svårligen inses hur man i detta fall skulle kunna komma till resultatet att näringsidkaren ändå inte skall utsättas för de strängare konsumentskyddsreglerna. Endast vid svek eller motsvarande skulle ju säljaren kunna undgå bundenhet, eftersom avtalet i så fall vore att anse som ogiltigt." Herre, Konsumentköplagen, s. 72.

[152] Jag har fått ta del av ett utkast till skriftligt yttrande till Europeiska gemenskapernas domstol daterat 2002-03-27 från Utrikesdepartementet (nedan utkast till yttrande). Yttrandet är avsett att inlämnas i enlighet med artikel 5 i protokollet av den 3 juni 1971 om domstolens tolkning av konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område samt de bestämmelser till vilka denna artikel hänvisar av Sveriges regering, representerad av departementsrådet Anders Kruse, Utrikesdepartementet, Stockholm i mål C-464/01, *Johann Gruber* mot *Bay Wa Aktiengesellschaft* avseende en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 1 i protokollet av den 3 juni 1971 om domstolens tolkning av konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område från Oberster Gerichtshof (Österrike), angående tolkningen av artikel 13 i konventionen.

[153] C-464/01, *Johann Gruber* mot *Bay Wa Aktiengesellschaft*. Se även nedan avsnitt 2.3.3.4.

[154] Utkast till yttrande, s. 3.

Starka skäl kan rent allmänt anses tala för den svenska regeringens ståndpunkt i det nu aktuella sammanhanget.[155] Att inte uppställa ett synbarhetskrav skulle ligga i linje med skyddsbestämmelsers syfte. Konsumentens avtalspart, den i olika avseenden starkare parten i avtalsförhållandet, bör bära risken för den osäkerhet om rättsläget som följer av att det inte vid varje tillfälle tillräckligt tydligt framgår att någon handlar i egenskap av konsument.[156]

Skulle konsumenten behöva göra tydligt för näringsidkaren att hon handlar i egenskap av konsument för att kunna luta sig mot skyddsregler förutsätts väl att konsumenten har kännedom om skyddslagstiftning som hon normalt inte har.[157] En privatperson har generellt inte kunskaper om de rättsliga följderna av att betraktas som konsument i ett avtal och hur man skall uppträda för att vara förvissad om att rättsligt bli ansedd som en sådan.[158]

Om ett synbarhetskrav inte bör anses finnas, innebär det således att endast köparens syfte med ett avtal, och inte näringsidkarens insikt om detta, bestämmer om konsumentdefinitionen är uppfylld.

Beställer emellertid en person en dator med angivande av en juridisk person som beställare, t.ex. för att få ett mer förmånligt pris trots att avsikten är att datorn skall användas privat, bör dock inte köparen anses som konsument.[159] I fall där näringsidkaren vilseletts av motpartens handlande torde goda skäl föreligga att inte tillämpa skyddsbestämmelser och i sista hand i stället ta hänsyn till de omständigheter som faktisk varit möjliga att uppfatta för näringsidkaren.[160]

Är det i övrigt så att köparens egenskap av konsument ifrågasätts måste hon styrka att hon avsett att använda varan privat.[161] Det kan naturligtvis leda till att näringsidkarens uppfattning om köparens syfte ändå blir avgörande.[162]

2.2.2.5 Blandade avtalsändamål

Som en del i definitionen av konsumentbegreppet i svensk rätt hör att ändamålet med ett avtal måste vara huvudsakligen för privat bruk (i lagtextens terminologi "för enskilt ändamål/bruk" eller "utanför närings-

[155] Dessa skäl framkommer även i utkastet till yttrande.
[156] Utkast till yttrande, s. 4.
[157] A. st.
[158] A. st.
[159] Se t.ex. prop. 1994/95:17, s. 32 och 88.
[160] Se a. prop., s. 32. Jämför Herre, FS Karnell, s. 301 och Konsumentköplagen, s. 72.
[161] Se Heuman, s. 237.
[162] Se närmare Heuman, s. 238 och Olsen, Konsumentskyddets former, s. 23.

verksamhet").[163] Gränsdragningsproblem kan uppkomma i situationer där en rättshandling har företagits av en privatperson såväl inom ramen för näringsverksamhet som utanför.[164]

Sålunda är inte konsumentdefinitionen uppfylld om en person förvärvar en vara, tjänst eller annan nyttighet som skall användas huvudsakligen i personens näringsverksamhet.[165] Däremot är den uppfylld om förvärvet främst sker för privat bruk, men även till viss mindre del i näringsverksamhet. Kan den huvudsakliga användningen inte fastställas synes utgångspunkten vara att konsumentens avsikt med ett avtal i första hand blir avgörande.[166]

2.2.2.6 Den internationella köplagen från 1987

I sammanhanget bör även nämnas lagen (1987:822) om internationella köp (1987 års IKL) som införlivar de köprättsliga delarna av FN:s konvention angående avtal om internationella köp av varor (CISG, 1980) med svensk rätt.[167] Syftet med konventionen är att skapa enhetliga materiella regler för internationella köp av varor.[168] Konventionsreglerna är tillämpliga när parternas affärsställen är belägna i skilda stater (artikel 1 p. 1).[169] Dessutom krävs att dessa stater är konventionsstater eller att internationellt privaträttsliga regler i en konventionsstat, om en sak prövas där, utpekar en konventionsstats lag som tillämplig (artikel 1 p. 1 a–b).[170]

[163] Se närmare t.ex. prop. 1994/95:17, s. 31.

[164] De EG-direktiv som ligger bakom svenska konsumentskyddslagar saknar ett huvudsaklighetsrekvisit. Beträffande problem relaterade härtill, se Herre, FS Karnell, s. 299–300.

[165] Se t.ex. prop. 1989/90:89, s. 60.

[166] A. st., s. 60; prop. 1984/85:110, s. 139–140; prop. 1991/92:83, s. 103 och prop. 1992/93:95, s. 68–69. Se även ovan avsnitt 2.2.2.4.

[167] Se artiklarna 1–13 och 25–88 i lagen (1987:822) om internationella köp. Konventionens regler om avtalsslut har inte inkorporerats med svensk lag. Dessa frågor regleras av avtalslagen (1915:218).

[168] Konventionen får anses vara en stor framgång då den tillträtts av ca 60 stater. Se närmare http://www.cisg.law.pace.edu/. Uppgift relevant den 4 juni år 2002.

[169] Enligt den s.k. nabolandsklausulen i artikel 94 i CISG kan två eller flera fördragsslutande stater, som har samma eller nära överensstämmande rättsregler i frågor som regleras av CISG, förklara att den inte skall tillämpas på köpeavtalet då parterna har sina affärsställen i dessa stater. Ett sådant förbehåll har gjorts när både säljaren och köparen har sina affärsställen i Danmark, Finland, Island, Norge eller Sverige, se 2 § i lagen (1987:822) om internationella köp. Se prop. 1986/87:128, s. 89–90 och Bogdan, Utrikeshandelns civilrättsliga grundproblem, s. 16–18.

[170] Det kan noteras att 1980 års FN-konvention om internationella köp av varor (CISG) innehåller en regel i artikel 90 om konventionens förhållande till andra internationella överenskommelser. Enligt detta stadgande gäller inte CISG framför en internationell överenskommelse som redan har ingåtts eller som kan komma att ingås och som innehåller bestämmelser rörande frågor som regleras i konventionen, under förutsättning att parterna

Enligt artikel 2 a) i 1987 års IKL gäller dock inte reglerna för vissa konsumentköp.[171] Enligt denna bestämmelse skall inte konventionen tillämpas på "köp av en vara för köparens personliga bruk eller för hans familj eller hushåll, såvida inte säljaren före eller vid avtalsslutet varken visste eller borde ha vetat att varan köptes för sådant bruk".[172]

Definitionen av konsumentköp skiljer sig från den som har presenterats ovan. IKL synes inte uppställa något krav på att säljaren är näringsidkare, således verkar definitionen i artikel 2 a) vara uppfylld även i de fall där köp görs mellan två privatpersoner belägna i skilda stater.[173]

En annan skillnad mellan konsumentdefinitionerna verkar bestå i att artikel 2 a) inte undantar köpeavtal från konventionen om säljaren inte visste eller borde ha vetat att köparens syfte med köpet var för personligt bruk.[174] Däremot förefaller IKL vara tillämplig i de fall där säljaren av misstag utgick från att varan köptes för personligt bruk.[175] Enligt IKL synes inte bara köparens syfte med avtalet ha betydelse för om definitionen är uppfylld utan också säljarens insikt om detta är avgörande.

Artikel 2 a) saknar även en regel för det fall att köpet till viss del också avser annat än personligt bruk. Enligt Ramberg & Herre är det en allmän uppfattning att artikel 2 a) inte undantar köp där köparen delvis har ett annat syfte med köpet än personligt bruk, och avser att använda varan i någon mån i sin näringsverksamhet.[176] IKL synes alltså vara tillämplig

---

har sina affärsställen i stater som är parter i en sådan överenskommelse. Artikeln gäller visserligen inte som lag här i landet men har ett visst principiellt intresse, eftersom den väcker frågor om normhierarki. Artikel 90 innebär att CISG kan få träda tillbaka om det finns en överenskommelse mellan stater som innehåller bestämmelser som rör frågor som också regleras i CISG och om säljaren och köparen har sina affärsställen i stater som är parter i en sådan överenskommelse. En sådan överenskommelse kan vara den s.k. Romkonventionen som har inkorporerats med svensk rätt genom lag (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser och som innehåller lagvalsregler. Av Romkonventionens artikel 21 framgår att konventionen inte skall inverka på tillämpningen av internationella konventioner som en konventionsstat har tillträtt eller kommer att tillträda. En negativ konflikt mellan CISG och Romkonventionen synes kunna uppstå, eftersom de två konventionerna reglerar samma frågor: CISG reglerar ju internationella köp av lösa saker och innehåller även bestämmelser som liknar lagvalsregler i artikel 1.1. Artikel 90 i CISG anger att den skall ge vika för Romkonventionen, Romkonventionens artikel 21 anger att den skall ge vika för CISG! Ramberg & Herre, s. 610, anser att en sådan konflikt bör lösas till förmån för CISG.

171 Se prop. 1986/87:128, s. 98.

172 Se närmare Herre & Ramberg, s. 88–89.

173 Se Bogdan, Utrikeshandelns civilrättsliga grundproblem, s. 18.

174 Se vidare Ramberg & Herre, s. 89 och von Caemmerer/Schlechtriem, s. 59–60. Se även Kruisinga, ERPL 2001, s. 186–187.

175 Bogdan, Utrikeshandelns civilrättsliga grundproblem, s. 18.

176 Ramberg & Herre, s. 88. Se även Herre, FS Karnell, s. 299 och Konsumentköplagen, s. 71. von Caemmerer/Schlechtriem skriver att artikel 2 a) skall tolkas snävt, se s. 58.

om en vara köpts huvudsakligen för personligt bruk, men även till viss del för ändamål som har med näringsverksamhet att göra.

Man kan här föreställa sig situationer där konsumentköplagen och IKL verkar konkurrera om tillämpning, under förutsättning att svensk lag utpekas som avtalsstatut. Antag att en köpare av en säljare som är etablerad utomlands förvärvar en bil som huvudsakligen skall användas för personligt bruk, men också i viss mindre utsträckning i näringsverksamhet. Konsumentköplagens materiella skyddsregler är tillämpliga om förvärvet av bilen huvudsakligen är för enskilt ändamål. IKL är tillämplig på de konsumentköp där det personliga bruket inte är det enda bruket. Undantaget i artikel 2 a) gäller alltså inte.

I dylika situationer synes följden av artikel 1.1 b) i IKL bli att de materiella reglerna i IKL tillämpas såvida inte parterna har avtalat om annat. I denna bestämmelse anges att konventionen är tillämplig när internationellt privaträttsliga regler leder till att lagen i en fördragsslutande stat skall tillämpas. Möjligheten att tillämpa IKL styrs således i vissa fall av forumlandets internationellt privaträttsliga regler.[177]

Det kan därmed inte uteslutas att olika konsumentdefinitioner får betydelse för vilket rättsligt skydd en konsument får i slutändan.

2.2.3 I vilka situationer finns skyddsbehov?

2.2.3.1 Översikt över konsumentskyddsregleringen

Vid tillämpning av den civilrättsliga skyddslagstiftningen om konsumentskydd vid enskilda transaktioner måste, utöver att identifiera konsumenten, klargöras vad som förstås med konsumentavtal.[178] Den steg för steg-utveckling som kännetecknar konsumentskyddet i svensk rätt har i dagsläget resulterat i att många typer av avtal som enskilda personer ingår för privat bruk faller in under en särskilt reglerad konsumenträtt.

Den civilrättsliga konsumentskyddslagstiftningen har successivt byggts ut de senaste åren, mycket tack vare EG-rätten. Här märks främst

- konsumenttjänstlagen (1985:716),
- den processrättsliga forumbestämmelsen i 10 kap. 8 a) § RB,
- konsumentköplagen (1990:932),
- konsumentkreditlagen (1992:830),

[177] Se artikel 6 i FN-konventionen om internationella köp. Se också Hultmark, Elektronisk handel, s. 77 och Hellner i JT 1996-97, s. 14 som skriver: "[o]bligationsrättsligt bör CISG tillämpas, i den mån inte tvingande svensk lagstiftning om konsumentkrediter och avbetalningsköp lägger hinder i vägen (något som inte kan bedömas utan att ta hänsyn till IP-regler om sådan lagstiftning)". Se även Schlechtriem, JZ 1997, s. 444.

[178] Se ovan avsnitt 2.2.1 för motiven bakom skyddslagstiftning.

- lagen (1992:1672) om paketresor,
- lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden,
- lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende och
- lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal.

Nedan ges en kortfattad översikt över de avtalssituationer eller typer av avtal som man har velat föra in under denna reglering. Översikten kan ge kunskap om de samband som existerar mellan reglerna. Av särskilt intresse för denna studie är också sambandet mellan materiell rätt och internationell privaträtt. Det kommer att visa sig nedan (avsnitt 2.3.4) att situationer som har ansetts skyddsvärda i den interna materiella rätten kan falla utanför särskilt konsumentskydd i den internationella privaträtten. Som mer överraskande kan vara att det finns avtalssituationer som ansetts skyddsvärda enligt en särskild internationellt privaträttslig reglering, men som inte är det enligt materiell rätt.

2.2.3.2 Konsumenttjänstlagen

I konsumenttjänstlagen finns regler angående avtal om tjänster som näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet utför åt konsumenter huvudsakligen för enskilt ändamål. Konsumenttjänstlagen är begränsad till tre typer av tjänster. Lagen omfattar för det första arbete på lösa saker, dock inte behandling av levande djur. För det andra omfattas arbete på fast egendom, byggnader och liknande. Uttrycket arbete avser att klargöra att det skall vara fråga om ett arbete som leder till ett fysiskt resultat på föremålet för tjänsten eller frambringar en sak.[179] Hit hör t.ex. ändrings-, reparations-, underhålls-, installations- och tillverkningsarbeten. För det tredje gäller lagen förvaring av lösa saker, med undantag av förvaring av levande djur (1 §).[180]

Från lagens tillämpningsområde har undantagits 1) tillverkning av lösa saker, om inte konsumenten skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet, 2) installation, montering eller annat arbete som utförs för att fullgöra ett avtal om köp av lös sak samt 3) arbete som görs för att avhjälpa ett fel i såld egendom (2 §). De två sista undantagen åsyftar att ett avtal skall bedömas enligt enhetliga regler. I dylika fall är utförda tjänster antingen del av ett köpeavtal eller ett konsumentköpavtal.[181] Konsument-

[179] Se prop. 1984/85:110, s. 142–143.

[180] Om konsumenttjänstlagens materiella innehåll, se t.ex. Olsen, Konsumentskyddets former, s. 91–109. Se även prop. 2001/02:134 beträffande vissa ändringar i konsumenttjänstlagen.

[181] SOU 1999:106, s. 72.

tjänstlagen har dock förklarats kunna tillämpas analogt i partsförhållanden som faller utanför det i lagen angivna tillämpningsområdet.[182] Det kan ha betydelse för köpare som inte är fysiska personer, eftersom det bruk som åsyftas skall vara för personligt bruk.

Eftersom lagen endast omfattar arbete på lös sak synes ett flertal tjänster med avseende på mjukvaror för dator, t.ex. installation och support av datorprogram, falla utanför lagens tillämpningsområde.[183] Även sådana tjänster som betyder att en konsument får tillgång till Internet genom ett abonnemang synes falla utanför lagens tillämpningsområde.[184] ARN har dock analogt tillämpat konsumentköplagen på ett avtal vars huvudsakliga moment avsåg tjänst (installation av Internet), men som föll utanför konsumenttjänstlagen.[185]

Konsumenttjänstlagen skall från och med den 1 juli år 2002 anpassas till EG-direktivet (99/44/EG) om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (konsumentköpsdirektivet).[186] Förslaget innebär vissa ändringar i konsumenttjänstlagens tillämpningsområde. Förenklat innebär dessa att s.k. tillverkningsavtal där beställaren skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet i princip omfattas av konsumentköplagens regler.[187]

2.2.3.3 Konsumentköplagen

Konsumentköplagen reglerar på ett i princip heltäckande sätt konsumenters viktiga köp av varor.[188] Lagen omfattar köp av lösa saker som en näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet säljer till en konsument huvudsakligen för enskilt ändamål.[189] Med lös sak förstås varje slag av rörligt fysiskt föremål, t.ex. bilar, skor, hushållsapparater, möbler, osv.[190] Liksom konsumentköplagen omfattar 1987 års IKL köp av varor i bety-

[182] Se prop. 1984/85:110, s. 142.

[183] Denna uppfattning företräds i SOU 1999:106, s. 72.

[184] A. st.

[185] Se ARN avgörande 1999-04-28; 1998-5177.

[186] Se prop. 2001/02:134. Om konsumentköpsdirektivet, se t.ex. Staudenmayer, ERPL 2000, s. 547–564; Sivesand, ERPL 2001, s. 359–367; Weisner, JuS 2001, s. 759–764; Watterson, ERPL 2001, s. 197–221; Hondius & Schelhaas, ERPL 2001, s. 327–336; Beale & Howells, JCL 1997, s. 21–46; Schlechtriem, JZ 1997, s. 441–446; Pinna, ERPL 2001, s. 223–237 och Weatherill, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 58–79.

[187] Se prop. 2001/02:134, s. 32–34.

[188] Om den närmare regleringen i konsumentköplagen, se prop. 1989/90:89; Herre, Konsumentköplagen och Olsen, Konsumentskyddets former, s. 69–82.

[189] Konsumentköplagen omfattar också de s.k. förmedlingsfallen där en säljare inte är näringsidkare men köpet förmedlas för säljaren av en näringsidkare i dennes yrkesmässiga verksamhet (1 § 2 st.). I tillämpliga delar gäller också lagen byte av lösa saker.

[190] Se prop. 1989/90:89, s. 28 och 59.

delsen lösa saker, och inte andra förmögenhetsrättigheter.[191] Såväl konsumentköplagen som IKL undantar således köp av fast egendom och köp av annan lös egendom än lösa saker, t.ex. fordringar, aktier och andra värdepapper, samt även köp av fasta saker såsom byggnad på annans mark.[192]

Konsumentköplagen har ett snävare tillämpningsområde än den dispositiva köplagen (1990:931) som gäller alla slags förmögenhetsrättigheter som inte är att hänföra till fast egendom. Vid utformandet av konsumentköplagen ansågs det inte vara möjligt att sätta skyddsnivån så högt som önskvärt om lagen även skulle omfatta annan lös egendom än lösa saker.[193]

Konsumentköplagens avgränsning härvidlag kan leda till gränsdragningsproblem vid köp av s.k. digitala produkter som numera måste anses vara vanliga konsumentavtal.[194] Med digitala produkter brukar avses t.ex. datorprogramvara, musik, spel och filmer. Sålunda uppkommer frågor om produkterna överhuvudtaget kan klassificeras som lösa saker och hur gränsdragningen mellan köprättslig reglering och reglering avseende tjänst bör göras.[195]

Köper en person i butik en programvara lagrad på cd-romskiva eller en cd-skiva med musik finns flera likheter med ett traditionellt konsumentköp.[196] Många digitala produkter – i synnerhet mjukvaror – stämmer dock mindre väl överens med konsumentköplagens definition av lösa saker, eftersom det inte rör sig om ett rörligt fysiskt föremål, utan om en annan sorts förmögenhetsrättighet. Dessa avtal synes i första hand falla in under den för den enskilda mindre förmånliga köplagen, såvida inte parterna har avtalat annat.[197] Någon annan bedömning kan inte heller göras om den digitala produkten levereras genom Internet direkt till köparens dator. Det bör dock påpekas att digitala produkter som köps på distans kan omfattas av den tvingande distansavtalslagen.[198]

[191] Se prop. 1986/87:128, s. 96; Ramberg & Herre, s. 71–72 och Herre, Konsumentköplagen, s. 95. Närmare om det materiella innehållet i 1980 års FN-konvention om internationella köp av varor, se t.ex. von Caemmerer/Schlechtriem, s. 55–60; Hellner, JT 1996–97, s. 5–20; Hellner & Ramberg, s. 283–302; Bridge, FS Lando, s. 83–108 och Herre, FS Lassen, s. 439–450. Se även Kruisinga, ERPL 2001, s. 177–188.

[192] Se prop. 1989/90:89, s. 59 och Ramberg & Herre, s. 88.

[193] A. prop., s. 28.

[194] Se även nedan avsnitt 6.2.3.

[195] Detta resonemang utgår från att det inte är fråga om ett licensavtal, vilket mycket väl kan vara fallet beträffande dylika avtal. Se närmare Lindberg & Westman, s. 312–313.

[196] Enligt vad som framgår av SOU 1999:106, s. 69, bör sådana köp i butik falla inom ramen för konsumentköplagens tillämpningsområde, dvs. cd-romskivan eller cd-skivan med innehåll betraktas som en lös sak.

[197] Se prop. 1989/90:89, s. 59. Se även Watterson, ERPL 2001, s. 201, som beskriver problematiken utifrån ett engelskt perspektiv.

[198] Se nedan avsnitt 2.2.3.4.

Kombinerade avtal, dvs. avtal som innehåller både vara och tjänst är vanliga i en "IT-miljö". Som exempel kan anges ett avtal om leverans av hårdvara, standardprogramvara och installationstjänster, där alla delarna av avtalet syftar till att uppnå en viss funktion. Skall då kombinerade avtal bedömas som ett avtal enligt köprättslig eller tjänsterättslig lagstiftning eller som flera separata avtal?[199] ARN har i det i avsnitt 2.2.3.2 nämnda fallet analogt tillämpat konsumentköplagen på ett avtal om installation av Internet trots att det huvudsakliga avtalsmomentet bestod av tjänst som inte omfattades av konsumenttjänstlagen.[200]

I rättspraxis har avgörandet företrädesvis ansetts böra ske utifrån en helhetsbedömning i det enskilda fallet, så att avtalets "funktionella betydelse" avgör gränsdragningen.[201] Av konsumentköplagen och köplagen framgår att lagarna inte gäller avtal som innebär att den som skall leverera en vara även skall utföra arbete eller någon annan tjänst, om tjänsten utgör den övervägande delen av förpliktelserna.[202] Värdet är en omständighet av betydelse för att avgöra vad som utgör den övervägande delen av leverantörens förpliktelser.[203] Också erforderlig fackkunskap, skicklighet eller behovet av särskild utrustning kan ge utslag om vad som är det viktigaste inslaget i en parts prestation.[204] Hänsyn måste även tas till vad som är avtalets huvudsyfte.[205]

Den kommande utvecklingen och svensk rätts anpassning till konsumentköpsdirektivet ger vid handen att avtal om tillverkning av lösa saker där köparen skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet i princip bara kommer att regleras av konsumentköplagen, och inte av konsumenttjänstlagen.[206] Huruvida ett tillverkningsavtal av en vara skall bedömas enligt köpreglerna eller tjänstereglerna kommer således inte längre att

[199] I NJA 2001 s. 138 uttalade HD att en viss försiktighet med en uppdelning av ett blandat avtal bör iakttas bl.a. med hänsyn till de problem som kan uppstå beträffande fastställande av orsakssamband och beräkning av prisavdrag för fel. Se även NJA 1951 s. 271 och prop. 1984/85:110, s. 144. Lindberg & Westman, s. 271–272, synes vara av den uppfattningen att utgångspunkten bör vara att olika avtalsdelar betraktas som en enhet om de inte är tillräckligt självständiga. Däremot bör fortlöpande underhållsåtaganden enligt dessa författare bedömas separat.

[200] Se ARN avgörande 1999-04-28; 1998-5177.

[201] Se NJA 2001 s. 138. Se också Lindberg & Westman, s. 271.

[202] Av SOU 1999:106, s. 69–70 framgår att "on-line" överföring av t.ex. musik och filmer bör klassificeras som utförande av tjänst. Vid leverans av datorprogram som laddas ner på hårddisken ligger det enligt betänkandet nära till hands att likna avtalet vid leverans av vara då det är konsumenten själv som måste tillgodogöra sig produkten. Det finns då inte någon som utför en tjänst som ger konsumenten nyttan av produkten. Se även prop. 1984/85:110, s. 142–143 och prop. 1999/2000:89, s. 24–25.

[203] Se prop. 1988/89:76, s. 64 och prop. 1989/90:89, s. 64.

[204] A. st.

[205] Se SOU 1999:106, s. 69–71.

bero på vad avtalet mellan parterna innebär i fråga om tillhandahållande av det material som fordras för att tillverka varan.[207]

I 48 § föreslås också en lagvalsregel som anger när konsumentköplagens bestämmelser är tillämpliga i gränsöverskridande situationer.[208]

2.2.3.4 Lagen om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal

I lagen om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen) finns bestämmelser som gäller för avtal varigenom en näringsidkare överlåter eller upplåter lös egendom till eller utför tjänster åt en konsument. Förutsättningen är att avtalet ingås inom ramen för ett av näringsidkaren organiserat system för att träffa avtal på distans när även kommunikationen uteslutande sker på distans (distansavtal). Avtalet kan också ingås vid ett hembesök eller under en av näringsidkaren organiserad utflykt till en plats utanför dennas fasta försäljningsställe (hemförsäljningsavtal).[209] Distansavtalslagen genomför dels EG-direktivet (97/7/EG) om konsumentskydd vid distansavtal (distansavtalsdirektivet), dels EG-direktivet (85/577/EEG) för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (hemförsäljningsdirektivet).[210] Att lagen gäller såväl distansavtal som hemförsäljningsavtal har gjort att den har blivit förhållandevis svårläst.[211]

[206] Se förslagen till 2 § i konsumentköplagen och 2 § i konsumenttjänstlagen i prop. 2001/02:134, s. 81–82. Konsumentköpsdirektivet reglerar bl.a. säljarens skyldighet att leverera avtalsenliga varor och konsumentens rättigheter i händelse av bristande avtalsenlighet.

[207] Se prop. 2001/02:134, s. 31–34.

[208] Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 juli år 2002.

[209] Se 3–7 §§ distansavtalslagen för undantag. Se även KOM (2001) 398 slutlig, s. 21–24.

[210] Se http://europa.eu.int/comm/dg24/library/surveys/sur10_en.html/. Uppgift tillgänglig den 4 juni år 2002.

[211] Samma observationer har gjorts av vissa remissinstanser, se prop. 1999/2000:89, s. 21–22. Se också Hultmarks kritik i JT 2000-01, s. 48–62. Det ansågs emellertid vara önskvärt att "innehåll i olika direktiv hålls samman i den svenska lagstiftningen i den mån direktiven har nära samband med varandra", se prop. 1999/2000:89, s. 22. Det kan dock vara intressant att notera att det bland medlemsstaternas finns olika åsikter i frågan. I en skriven hemställan i European Commission, Directorate for Health and Consumer Protection, Hearing Door to door selling – Pyramid selling – Multilevel marketing, 15/16 March 2000 Bruxelles, s. 3 om bl.a. hemförsäljningsdirektivets anpassning till distansavtalsdirektivet kan man läsa om skilda ståndpunkter: "The two Directives are based on a similar concept (protection of the consumer in the non-stationary commerce), and the interest of the consumer is comparable in both sales situations. Furthermore, in practice there is often a combination of direct and distance selling strategies – The situation in distant and direct selling are said to be completely different: In the Doorstep Selling Directive, the aspect of surprise plays an important role as it is usually the direct seller who initiates the business contact. However, in the Distance Selling Directive, the lack of information which is caused by the distance between the customer and the seller is adressed."

Distansavtalslagen gäller såväl köp av lös egendom som tjänster. Synonymt med lös egendom, dvs. förmögenhetsrättigheter som inte är att hänföra till fast egendom, används i lagen uttrycket *vara*. Terminologin överensstämmer med den som används i köplagen, men avviker från konsumentköplagens. Det är inte tillfredsställande att samma begrepp har olika innebörd i regelverk som är centrala på konsumenträttens område. I jämförelse med konsumentköplagen, som endast gäller köp av lösa saker, synes tillämpningsområdet för distansavtalslagen bli betydligt vidare. Lagen omfattar således även den typ av föremål som aktualiseras i elektronisk handel, nämligen digitala produkter som kan levereras genom Internet direkt till konsumentens hemdator.[212]

Vilka *tjänster* som närmare bestämt omfattas av distansavtalslagen är oklart. I förarbetena till distansavtalslagen förklaras att en tjänst "många gånger utgör en prestation som varken består i pengar, varor eller arbete i ett anställningsförhållande".[213] Avtal om tjänster kan avse ändring eller reparation av fasta eller lösa saker, montering och installation av varor, återkommande underhållsarbeten, uppdragsavtal, transporter av varor, intellektuella prestationer såsom upprättande av byggnadsritningar, medicinsk behandling av djur eller människor, m.m.[214] Distansavtalslagen är tillämplig på fler typer av tjänsteavtal, förutsatt att de ingåtts på distans, än de som omfattas av konsumenttjänstlagen (se 1 § konsumenttjänstlagen). Konsumenttjänstlagen utgår nämligen från att arbetet utförs på lös sak.

Distansavtalslagen omfattar alltså även avtal som träffats vid ett besök i konsumentens eller någon annan konsuments bostad eller på någon annan plats där konsumenten inte endast befinner sig för stunden, t.ex. på arbetsplatsen, s.k. hemförsäljningsavtal. Avtal som ingås under en av näringsidkaren organiserad utflykt utanför dennas försäljningsställe har också ansetts skyddsvärda.[215] Skyddsreglerna blir dock inte tillämpliga om näringsidkaren anordnar en bussresa till sin butikslokal, där produkter visas och säljs – däremot kan ju konsumentköplagen bli tillämplig.[216] Det är då inte fråga om försäljning utanför näringsidkarens fasta affärsställe. För att det skall vara fråga om ett skyddsvärt avtal förutsätts även

[212] Se prop. 1999/2000:89, s. 23–24 och 74.

[213] A. prop., s. 24.

[214] A. prop., s. 24–25. Se också Romfördragets artikel 50 för en bestämning av tjänstebegreppet.

[215] I 4–6 §§ undantas vissa hemförsäljningsavtal från skyddsregleringen i distansavtalslagen.

[216] Om tolkning av direktivet (85/577/EG) för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler, se C-423/97, *Travel Vac SL* mot *Manuel José Antelm Sanchis* och förslag till avgörande i C-481/99, *Georg Heininger* och *Helga Heininger* mot *Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*.

att priset överstiger 300 kronor och att hembesöket inte har ägt rum på konsumentens uttryckliga begäran.[217]

I 23 § i distansavtalslagen finns också en regel som anger när vissa regler om distansavtal är tillämpliga i gränsöverskridande situationer.[218]

2.2.3.5 Konsumentkreditlagen[219]

Konsumentkreditlagen är anpassad till EG:s regler om konsumentkrediter.[220] Lagen omfattar avtal om kredit som är avsedd huvudsakligen för enskilt bruk och som lämnas eller erbjuds en konsument av en näringsidkare i dennas yrkesmässiga verksamhet.[221] Kredit definieras inte i lagtexten men bör sannolikt omfatta olika typer av lån, betalningsanstånd samt löpande krediter.[222] I jämförelse med den äldre konsumentkreditlagen (1977:981) innehåller den nuvarande lagen ett stärkt konsumentskydd. Från början tog svensk kreditskyddslagstiftning sikte på krediter som hade ett samband med förvärv av varor eller tjänster. I och med att svensk rätt anpassats till EG:s regler om konsumentkrediter har skyddsreglerna kommit att ta sikte på en utvidgad krets av konsumentkrediter.[223] De krediter som avses är följaktligen i princip alla typer av konsumentkrediter, dvs. inte bara krediter avsedda att finansiera köp av varor (kreditköp) eller tjänster, utan också de s.k. fristående krediterna som saknar direkt samband med ett visst förvärv (exempelvis ett banklån eller en checkkredit).[224]

[217] Se 4 § p. 1 och 5 distansavtalslagen.

[218] Se även nedan avsnitt 6.4.2 och 6.4.3.

[219] För en översikt över konsumentkreditreglering i vissa länder, se "A Guide to Consumer Credit in Five Countries of the European Union: Germany, Belgium, Spain, France and the United Kingdom" sammanställd av Science Pratique SA 1999.

[220] Konsumentkreditlagen genomför EG-direktivet (87/102/EEG) om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter som kompletterades med direktivet (90/88/EEG) med ändringar i 1986 års direktiv. En översyn av 1987 års konsumentkreditdirektiv har inletts. Avsikten är att ett nytt direktiv skall omfatta kreditförmedlare, att kreditgivare skall få tillgång till mer information som underlag för kreditprövning och att bättre information för kredittagare och borgensmän skall säkerställas. Skr. 2001/02:148, s. 31.

[221] Se KOM (2001) 398 slutlig, s. 22–23.

[222] Se prop. 1991/92:83, s. 102–103. Mer ingående om kreditbegreppets innebörd, se Eriksson & Lambertz, s. 41. Se även NJA 2000 s. 569 och C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei AG* mot *Andreas Siepert* om tolkningen av direktivet (87/102/EEG) om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter.

[223] Se 1 § 3 st. konsumentkreditlagen för vissa undantag. Se även prop. 1991/92:83, s. 96–98 och 102–105.

[224] Det finns anledning att poängtera att vissa av skyddsreglerna i konsumentkreditlagen är begränsad i sitt tillämpningsområde till kreditköp av varor eller varor och tjänster. Se vidare Olsen, Konsumentskyddets former, s. 121–134.

2.2.3.6 Lagen om paketresor[225]

Lagen om paketresor är tillämplig på paketresor som arrangörer (själva eller genom återförsäljare) säljer eller marknadsför.[226] Lagen genomför direktivet (90/314/EEG) om paketresor, semesterpaket och andra paketarrangemang.[227] Med paketresa förstås ett arrangemang som har utformats innan avtal träffas och som består av transport och inkvartering eller någon av dessa tjänster i kombination med en annan turisttjänst (t.ex. en charterresa), förutsatt att den varar mer än 24 timmar eller inbegriper övernattning (2 §).[228] Med inkvartering avses logi som inte är att anse som enbart ett led i en transporttjänst (2 § 4 st.). En turisttjänst kan t.ex. vara teater-, film-, eller museibesök, en naturutflykt med färdledare, hyra av en cykel, tillträde till en skidliftanläggning eller inträde till en idrottstävling.[229] Vidare förutsätts att arrangemanget säljs till ett gemensamt pris eller för skilda priser som är knutna till varandra.

Om paketresan förvärvas huvudsakligen för enskilt ändamål från en näringsidkare i dennas yrkesmässiga verksamhet är lagens regler tvingande, annars är de dispositiva vilket innebär att de kan avtalas bort.[230]

Flera situationer som är jämförbara med dem som omfattas av skyddsregleringen, och där skyddsbehovet kan antas vara lika stort, faller likväl utanför lagens tillämpningsområde. Således omfattas inte "skräddarsydda" paketresor som utformats efter kundens önskemål. Näringsidkaren har då inte utformat paketresan i förväg, dvs. innan hon har fått kontakt med kunden.[231] Även organiserade utflykter och andra turer till kulturella och idrottsliga evenemang som varar kortare tid än 24 timmar faller utanför det lagenliga skyddet. Detta gäller trots att exempelvis ett arrangemang som består av en tur- och returbiljett till fotbolls-VM samma dag kan kosta mer än en paketresa inkluderande transport och övernattning som varar en vecka.

[225] Se SEC (1999) 1800 final för en ländergenomgång av genomförandet av direktivet (90/314/EEG) om paketresor, semesterresor och andra paketarrangemang.

[226] Se även KOM (2001) 398 slutlig, s. 20–21

[227] Närmare om direktivet, se t.ex. Howells & Wilhelmsson, s. 231–246 och Rinkes, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 218–221. Se även EG-domstolen tolkning av direktivet (90/314/EEG) om paketresor, semesterpaket och andra paketresearrangemang i C-364/96, *Verein für Konsumenteninformation* mot *Österreichische Kreditversicherungs AG*.

[228] Se prop. 1992/93:95, s. 20–23 och 62. Se även nedan avsnitt 5.4.7.

[229] Se a. prop., s. 63–64.

[230] Se 4 § paketreselagen.

[231] Se prop. 1992/93:95, s. 21. Se även SEC (1999) 1800 final, s. 8.

2.2.3.7 Lagen om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende[232]

Genom lagen om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende genomförs EG-direktivet (94/47/EG) om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätten till fast egendom på tidsdelningsbasis.[233] Lagen är tillämplig då en näringsidkare till en konsument upplåter eller överlåter en rätt att periodvis utnyttja en bostadslägenhet (bostadsandel) om avtalet ingås för en tid av minst tre år eller inte är tidsbegränsat, och bostadslägenheten får utnyttjas under en eller flera regelbundet återkommande tidsperioder som är bestämda i avtalet eller som kan bestämmas med ledning av det (1 §).[234] Lagens skyddsregler avser med andra ord det som brukar kallas timeshare.

Lagens avgränsning till rättigheter som överstiger tre år gör den enkel att kringgå. Det förekommer nämligen att timeshare-avtal utformas att omfatta rättigheter som understiger 3 år och som därefter automatiskt förlängs ytterligare en period som understiger 3 år.[235]

I Sverige torde skyddsregleringen i första hand omfatta avtal om överlåtelse av en ideell andel i fast egendom, förenad med samäganderättsavtal, som ger en tidsmässigt begränsad rätt att använda egendomen.[236] Även avtal om upplåtelse eller överlåtelse av en bostadsrätt synes, när bostadsrätten innehas av flera och nyttjanderätten dem emellan regleras genom ett delägaravtal, kunna komma att omfattas av lagstiftningen.[237] Avtal om upplåtelse eller överlåtelse av bostadsandelar torde inte kunna upprättas enligt regler om hyra.[238] Innehållet i den rätt till bostadslägenhet som en konsument förvärvar regleras inte i lagen. Regleringen avser huvudsakligen den information som konsumenten har rätt till före och vid avtalets ingående samt hennes ångerrätt, dvs. rätten att under en viss tid frånträda ett bindande avtal.

I 18 § anges under vilka förutsättningar lagens regler är tillämpliga i gränsöverskridande fall.[239]

[232] Se SEC (1999) 1795 final för en ländergenomgång av hur EG-direktivet (97/7/EG) om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis har genomförts i medlemsstaternas nationella rätt.

[233] Se KOM (2001) 398 slutlig, s. 24. Närmare om direktivet, se t.ex. Howells & Wilhelmsson, s. 248–258.

[234] Se prop. 1996/97:127, s. 18–19 och 47. Om kvalifikationsproblem, se nedan avsnitt 7.3.

[235] Se KOM (2001) 531 slutlig, s. 5. Se även nedan avsnitt 7.6.

[236] Prop. 1996/97:127, s. 16–17. Här synes komplicerade frågor om processgemenskap kunna aktualiseras. Se närmare t.ex. Lindell, s. 211–212.

[237] A. prop., s. 17.

[238] Se 12 kap. 1 § och 12 kap. 65 § JB. Enligt svensk lag är det numera inte möjligt att använda sig av aktiebolags- och handelsbolagsrättsliga arrangemang för att upplåta eller överlåta en rätt till en bostadslägenhet. Prop. 1996/97:127, s. 17.

[239] Se även nedan avsnitt 7.5.

2.2.3.8 Lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden[240]

Lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden är tillämplig på avtalsvillkor som näringsidkare använder sig av när de erbjuder varor, tjänster eller andra nyttigheter till konsumenter. Lagen omfattar såväl muntliga som skriftliga avtalsvillkor.[241] Tillämpningsområdet är således vidsträckt. Emellertid har begränsningar införts beträffande lagens civilrättsliga regler i 10–12 §§. De civilrättsliga reglerna omfattar endast avtalsvillkor som *inte* varit föremål för individuell förhandling. Härmed skall förstås avtalsvillkor som har utarbetats på förhand och som en konsument inte haft möjlighet att påverka.[242] Vanligtvis torde det vara fråga om avtalsvillkor i standardavtal. Lagens civilrättsliga bestämmelser gäller dock även villkor som inte är standardvillkor, men som inte har förhandlats individuellt.[243] Lagen tar sikte på att förhindra bruket av avtalsvillkor som är oskäliga och som skapar en obalans i parternas förpliktelser. För de oskäliga avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling kan generalklausulen i 36 § avtalslagen tillgripas.[244]

Även i avtalsvillkorslagen finns i 13 § en internationellt privaträttslig bestämmelse som anger i vilka gränsöverskridande situationer vissa av lagens regler är tillämpliga.[245]

2.2.3.9 Forumbestämmelsen i 10 kap. 8 a) § RB

På konsumentområdet har det bedömts nödvändigt att, i vad gäller svenska domstolars interna behörighet, säkra att en konsument kan få en tvist med en näringsidkare prövad vid domstol på den ort där konsumenten har hemvist. Detta har föranlett att en särskild forumregel om saken har införts i 10 kap. 8 a) RB. Där anges att i tvist mellan konsument och näringsidkare rörande vara, tjänst eller annan nyttighet som tillhandahållits för huvudsakligen enskilt bruk får talan mot näringsidkaren väckas vid rätten i den ort där konsumenten har sitt hemvist. Detta gäller dock endast om målet i tingsrätten kan antas bli prövat av en lagfaren domare enligt 1 kap. 3 a) § RB. Bestämmelsen omfattar således de flesta typer av tvister som en konsument kan hamna i.[246]

240 Se KOM (2000) 248 slutlig för en ländergenomgång av hur EG-direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentförhållanden har genomförts i medlemsstaternas nationella rätt.

241 Se prop. 1994/95:17, s. 86.

242 Se a. prop., s. 36–37. Se även Bernitz, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 191–192; Joerges, ERPL 1995, s. 177 och KOM (2000) 248 slutlig, s. 18–20.

243 Se prop. 1994/95:17, s. 36.

244 Se a. prop., s. 18–20.

245 Se nedan avsnitt 4.5.

246 Se vidare prop. 1986/87:89, s. 155. Se även nedan avsnitt 3.2.5.

2.2.4 Sammanfattning

En konsumentskyddsreglering är som regel begränsad till partskonstellationen *konsument – näringsidkare*. I lagstiftning som tillkommit före år 1994 har parterna i konsumentavtalet inte uttryckligen definierats i lagtexten. Näringsidkare skall i denna lagstiftning emellertid förstås i vidsträckt betydelse som en fysisk eller juridisk person som har träffat avtal inom ramen för sin närings- eller yrkesverksamhet. Med konsument förstås en snävare krets av köpare som är enskilda fysiska personer – i motsats till bolag eller sammanslutningar av fysiska personer, såsom ideella föreningar och dödsbo.

I lagstiftning som tillkommit efter år 1994 sker en förändring i definitionen av konsument- och näringsidkarbegreppen till följd av EG-rättens inflytande. De EG-rättsliga definitionerna genomförs i svensk rätt och de kriterier som parterna skall uppfylla anges explicit i lagtexten. Näringsidkare definieras som varje fysisk eller juridisk person som sluter avtal inom ramen för sin näringsverksamhet. Konsument definieras som en fysisk person som ingår avtal för ändamål utanför näringsverksamhet.

För att konsumentdefinitionen skall vara uppfylld förutsätts dessutom att förvärvet är för "enskilt ändamål/bruk" eller för "ändamål utanför näringsverksamhet". Härmed klargörs att endast en snävare krets av köpare omfattas av konsumentbegreppet.

Det synes vara köparens syfte med avtalet som är avgörande för om skyddslagstiftningen är tillämplig om köparens egenskap av konsument skulle ifrågasättas. Mer osäkert är om, och i så fall när, hänsyn skall tas till vad som vid avtalsslutet med beaktande av omständigheterna varit synbart för näringsidkaren. Vid ovisshet om användningen gäller förmodligen att endast konsumentens syfte med avtalet kan tillmätas betydelse. Näringsidkarens insikt om detta synes endast kunna beaktas i undantagsfall.

Genom att det i samtliga lagar, med undantag för 1987 års IKL, finns ett s.k. huvudsaklighetsrekvisit kan en viss skyddsreglering aktualiseras, även om köparen avser att till viss mindre del använda avtalsföremålet för annat än privat bruk. Avslutningsvis kan också konstateras att de vanligaste konsumentavtalen är underkastade någon form av materiell skyddsreglering.

2.3 Internationell privaträtt

2.3.1 En europeisk reglering

Den internationella privaträtten ger svar på olika frågor som kan uppkomma i anledning av rättstvister över gränserna. De internationellt processrättsliga reglerna talar dels om i vilket land en utlandsanknuten tvist

kan prövas (domsrättsregler), dels under vilka förutsättningar en utländsk dom kan erkännas och verkställas här i landet (erkännande- och verkställighetsregler). Regler om lagval anger vilket lands lag som skall tillämpas på ett gränsöverskridande avtalsförhållande (lagvalsregler). Lagvalsregler visar med andra ord vägen till den rättsordning vars materiella regler skall tillämpas på tvisten, men de ger i princip inte anvisning om hur den aktuella tvisten mellan parterna skall lösas.[247]

Antalet internationellt privaträttsliga regler i svensk rätt som angår konsumentskyddet över gränserna har väsentligen ökat till följd av det europeiska samarbetet. Den enda autonoma svenska bestämmelse som har relevans i detta sammanhang är den i avsnitt 2.2.3.9 ovan berörda forumbestämmelsen i 10 kap. 8 a) RB. Här bör även nämnas lagen (1964:528) om tillämplig lag på internationella köp av lösa saker som har sitt ursprung i en Haagkonvention i samma ämne. Internationella konsumentköp har dock undantagits från denna lags tillämpningsområde.[248] I övrigt "bottnar" svensk internationell privaträtt av relevans för det gränsöverskridande konsumentskyddet i reglering som är resultatet av EU- och EES-samarbetet.

Det flesta svenska internationellt privaträttsliga regler har alltså ursprung i EG:s konventioner, förordningar och direktiv. Närmare bestämt gäller det de s.k. Bryssel- och Luganokonventionerna, Bryssel I-förordningen samt Romkonventionen.

År 1968 ingicks i Bryssel mellan dåvarande EG-stater konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (*Brysselkonventionen*).[249] I och med att nya stater blivit medlemmar i EG/EU har det under årens lopp ingåtts s.k. tillträdeskonventioner om dessa staters tillträde till Brysselkonventionen. Konventionen omfattar idag samtliga 15 EU-stater. Brysselkonventionen innehåller enhetliga regler om vilket EU-lands domstolar som äger behörighet att pröva en privaträttslig tvist av internationell karaktär, men anger även de förutsättningar under vilka domar meddelade i en EU-medlemsstat kan erkännas

247 Allmänt om lagvalsregler, se t.ex. Hay, Rec. des Cours 1991:I, s. 334–339.

248 Se nedan avsnitt 2.3.3.5.

249 Se lag (1998:358) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Brysselkonventionen; konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område upprättad i Bryssel den 27 september 1968 samt tillkännagivande (2000:1169) av staters anslutning till konventionen om Österrikes, Finlands och Sveriges tillträde till Brysselkonventionen. Det finns förslag enligt en opublicerad arbetspromemoria från Justitiedepartementet att lagens rubrik i stället skall lyda: lagen (1998:358) om Brysselkonventionen. Se också artikel 293 (f.d. 220) Romfördraget.

och verkställas i en annan EU-stat.[250] Förenklat sagt är konventionen tillämplig om svaranden har hemvist i en EU-medlemsstat och saken prövas vid domstolar i en sådan stat.[251]

Brysselkonventionen följdes år 1988 av en separat multilateral konvention som ingicks i Lugano mellan dåvarande EG- och EFTA-stater (*Luganokonventionen*).[252] Luganokonventionen innehåller i stort sett med Brysselkonventionen likalydande regler.[253] Sett från EU-staternas synvinkel är konventionen i princip tillämplig när svaranden har hemvist i en EFTA-stat eller när avgörandet har meddelats i en EFTA-stat.[254] Bryssel- och Luganokonventionernas inbördes förhållande kan således i domsrättsdelen sägas styras av i vilket land som svaranden har hemvist.[255]

Brysselkonventionen har reviderats.[256] Följden av detta blev att Brysselkonventionen med revideringsändringar antogs i form av en förordning (*Bryssel I-förordningen*) som EU-staterna emellan, med undantag av Danmark, ersätter Brysselkonventionen.[257] Förordningen är direkt

250 Det är alltså en "dubbel" konventionen som innehåller såväl regler om domsrätts som regler om erkännande och verkställighet. Om betydelse härav, se t.ex. Salerno, European PIL, s. 116.

251 Se vidare Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 50–51 och SvJT 2001, s. 373–396.

252 Se lag (1992:794) om domstols internationella behörighet och om verkställighet av utländska domar enligt Luganokonventionen; konvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område upprättad i Lugano den 16 september 1988 samt tillkännagivande (1997:705) av staters tillträde till Luganokonventionen. Det finns förslag enligt den redan nämnda opublicerade arbetspromemorian från Justitiedepartementet att lagen i stället skall lyda: lagen (1992:794) om Luganokonventionen.

253 Den viktigaste skillnaden ligger i att EG-domstolen kan tolka Brysselkonventionens bestämmelser vilket inte är möjligt beträffande Luganokonventionen. EFTA-staterna har dock åtagits sig att beakta EG-domstolens rättspraxis vad beträffar Brysselkonventionen. I protokoll nr 2 om en enhetlig tolkning av konventionen anges i inledningen att de fördragsslutande parterna är medvetna om EG-domstolens avgöranden såvitt gäller tolkningen av Brysselkonventionen intill tidpunkten för undertecknandet av Luganokonventionen den 16 september 1988. Se närmare Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 31–34 och SvJT 2001, s. 375.

254 Enligt tillkännagivandet (1997:705) av staters tillträde till Luganokonventionen handlar det om Island, Norge och Schweiz. Även Polen har numera anslutits till Luganokonventionen enligt dess artikel 62.1 b).

255 Se vidare Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 50–51. Om Brysselkonventionens tillämplighet när kärande eller svarande har hemvist i ett tredje land, se även C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company SA* mot *Universal General Insurance Company*.

256 Se Pålsson, SvJT 2001, s. 373–375. Se även nedan avsnitt 2.3.4.3 och 3.2.3.

257 Se rådets förordning nr 44/2001 den 22 december 2000 om domsrätt och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. Förordningen trädde i kraft den 1 mars år 2002. Danmark räknas inte bland medlemsstaterna såvitt gäller förordningen, se Brysselförordningens ingress nr 21-22. Om Bryssel- och Luganokonventionerna, se avsnitt 3.2.4.

tillämplig i alla EU-stater och i allmänhet tillämplig när svaranden har hemvist i en EU-medlemsstat.[258] Meningen är att även Luganokonventionen skall ändras och anpassas till Bryssel I-förordningens lösningar.[259]

Omedelbart efter att arbetet med 1968 års Brysselkonventionen hade avslutats påbörjades arbetet med lagvalsfrågor. Resultatet blev konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser som öppnades för undertecknande i Rom år 1980 (*Romkonventionen*).[260] Konventionen innebär att EU:s medlemsstater har enhetliga lagvalsregler på avtalsrättens område som är avsedda att säkra internationellt enhetliga avgöranden, oavsett i vilken konventionsstat en tvist prövas.[261] Dessutom hindras en kärande att söka sig till domstol i den stat där det kan antas att vederbörande får det mest förmånliga resultatet, s.k. forum shopping.[262] Lagvalsreglerna i Romkonventionen är universellt tillämpliga, dvs. den lag som utpekas av konventionen skall tillämpas även om den återfinns i en rättsordning som inte är en konventionsstat. Romkonventionen kräver alltså inte ömsesidighet, och därmed är konventionens tillämpningsområde inte begränsat till relationer mellan EU-medlemsstater.

Det bör betonas att enligt artiklarna 20 och 21 i Romkonventionen lämnar konventionen företräde för bestämmelser som på särskilda områden fastställer lagvalsregler för avtalsförpliktelser. Förutsättningen är att de ingår i eller kommer att ingå i rättsakter utfärdade av Europeiska gemenskapens institutioner eller i nationella lagar grundade därpå eller i internationella konventioner som en konventionsstat tillträtt.[263]

258 Se vidare Pålsson, SvJT 2001, s. 377.

259 Se nedan avsnitt 3.2.4.

260 Se lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

261 Till konventionen finns en förklarande rapport av professorerna Mario Giuliano och Paul Lagarde publicerad i EGT 1980 C 282/1, s. 1–50. Rapporten går under namnet Giulianos och Lagardes rapport, och den bygger på arbete av expertgruppen som förberett och föreslagit konventionstexten. Rapporten innehåller kommentarer till samtliga artiklar i konventionen och har utgjort en viktig källa för de svenska lagmotiven när konventionen införlivades med svensk rätt.

262 Se Giuliano & Lagarde, s. 5. Om forum shopping, se t.ex. Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 290; Collins, ICLQ 1976, s. 36 och Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 70–73. Se även nedan avsnitt 5.4.3.

263 Konsekvensen blir att de direktivbaserade internationellt privaträttsliga reglerna i 13 § avtalsvillkorslagen, 18 § lagen om tidsdelat boende och 23 § distansavtalslagen i första hand skall tillämpas för lagvalsfrågorna inom bestämmelsernas respektive tillämpningsområde. En motsvarande regel har föreslagits för införande i 48 § konsumentköplagen. Definitionen av konsument i dessa lagar bestämmer i vilka avtalssituationer som en person skall ges ett särskilt skydd. Jämför nedan avsnitt 4.5.2.

2.3.2 Överväganden bakom konsumentskyddslagstiftningen

Det är utan tvekan så att de överväganden som ligger till grund för konsumentskyddslagstiftning i materiell rätt (se avsnitt 2.2.2) påverkat den internationellt privaträttsliga regleringen. Även beträffande gränsöverskridande situationer har det ansetts finnas ett behov av särskilt skydd för den ena avtalsparten på grund av hennes underlägsenhet i olika hänseenden i förhållande till motparten.[264] Detta har resulterat i att svensk internationell privaträtt återspeglar samma sorts målsättningar om konsumentskydd som kommer till uttryck i materiell rätt.[265] EG-rättens inverkan här är påtaglig!

Skyddstanken i den internationella privaträtten går primärt ut på att den svagare parten (konsumenten) i största möjliga mån skall kunna få en tvist med en näringsidkare etablerad i ett annat land prövad i sitt eget hemvistland, med tillämpning av detta lands lag.

Inom EG:s internationellt privaträttsliga skyddslagstiftning kommer detta till uttryck bl.a. på så sätt att behörighetsgrunderna är olika beroende på partsställningen i målet, och att konsumenten ges rätt att föra processen i sitt eget hemvistland oavsett om hon är kärande eller svarande i målet.[266] Huvudregeln är annars att en tvist skall prövas vid svarandens hemvist.

På lagvalsplanet kommer skyddstanken till uttryck så att parternas frihet att välja lag är inskränkt. Tanken är att om avtalsfriheten är begränsad till förmån för den svagare parten genom tvingande regler i rent interna fall, bör även parternas möjlighet att välja den på avtalsförhållandet tillämpliga lagen vara begränsad i gränsöverskridande fall.[267] Lagvalsregler bör så att säga vara en spegelbild av gällande materiellrättsliga värden.[268] Utvecklingen brukar, sammanfattningsvis, kallas den internationella privaträttens "materialisering" eller "resultatorientering".[269]

Frågor om tillämplig lag har uppmärksammats i EU- och EES-samarbetet. Man har insett att om konsumenter inte är garanterade ett visst skydd när de handlar över de europeiska gränserna finns en fara att de inte utnyttjar de fördelar som den inre marknaden har att erbjuda.

[264] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 71 och Bogdan, Svensk IP, s. 243. Se även t.ex. Rudisch, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 195–196 och 220.

[265] Se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 62.

[266] Se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 115–116.

[267] Se t.ex. Hartley, Contract Conflicts, s. 113 och von Hoffmann, RabelsZ 1974, s. 399.

[268] Se härom Schnyder, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 58.

[269] Se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 62–63 och 190. Se även Eek, Lagkonflikter i tvistemål, s. 238–239; Flessner, s. 48–52; Pålsson, NordTIR 1980, s. 153; Rudisch, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 195–196; Zweigert, UCLR 1973, s. 290–292 och Rammeloo, s. 339.

2.3.3 Vem har ansetts skyddsvärd?

2.3.3.1 Avtalsparterna

I Bryssel- och Luganokonventionerna (artikel 13), Bryssel I-förordningen (artikel 15) och Romkonventionen (artikel 5) finns definitioner av konsumentbegreppet som i det närmaste är identiska: konsumenten är en person som ingår avtal för ändamål som kan anses ligga utanför hennes affärsverksamhet eller yrkesmässiga verksamhet.

I dessa regelverk sägs, till skillnad från vad som är fallet enligt svensk materiell rätt, inget om konsumentens motpart. I litteraturen har dock antagits att konsumentens motpart har uppträtt i egenskap av näringsidkare och handlat inom ramen för affärs- eller yrkesverksamhet.[270]

När frågan gäller Romkonventionen framgår av den förklarande rapporten att de delegater som deltog i konventionens utarbetande inte var helt eniga i frågan. Enligt vad majoriteten av delegaterna ansåg är artikel 5 "normalt" bara tillämplig under förutsättning att konsumentens motpart är näringsidkare.[271]

2.3.3.2 Konsumenten

Av de internationellt privaträttsliga definitionerna ovan framgår att konsumenten är en person som handlar för ändamål som faller utanför affärs- eller yrkesverksamhet. Av det sagda följer att en juridisk person eller en näringsidkare som handlar inom ramen för sin affärs- eller yrkesverksamhet inte kan vara konsument.[272] Däremot kan en enskild näringsidkare som t.ex. köper en gräsklippare som hon skall använda privat vara en konsument.[273] Den omvända situationen att en person tillhandahåller en vara eller en tjänst åt någon som handlar inom ramen för sin affärs- eller yrkesverksamhet omfattas dock inte.[274] Om en person säljer sin privatbil till en professionell bilhandlare kan säljare således inte betraktas som konsument enligt regelverken.[275]

270 Se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 122 och Romkonventionen, s. 72–73; Giuliano & Lagarde, s. 23; prop. 1997/98:14, s. 43; Bogdan, Svensk IP, s. 243 och Kaye, s. 205–207. Se även C-150/77, *Bertrand* mot *Ott* där EG-domstolen verkar ha antagit att säljare måste vara professionell.

271 Se Giuliano & Lagarde, s. 23. Som exempel anges att avtal som ingåtts av säljare, tillverkare eller personer som i sin yrkesutövning köper utrustning eller utför tjänster för den yrkesmässiga verksamheten inte omfattas av artikel 5. Se även Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 315 och Bogdan, Nord 1992:31, s. 33.

272 Se vidare t.ex. Kaye, s. 205–206; Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 315; Gaudemet-Tallon, RTDE 1981, s. 253; Pålsson, Romkonventionen, s. 72 och även Rammeloo, s. 366–368.

273 Se Giuliano & Lagarde, s. 23.

274 Se Pålsson, Romkonventionen, s. 72–73.

275 A. st.

Av den förklarande rapporten till Romkonventionen framgår att man medvetet avstått från en närmare bestämning av konsument med hänsyn till konventionsstaternas varierande definitioner av begreppet.[276] Härav bör kanske den slutsatsen dras att konsumentbegreppet i Romkonventionen skall ges en autonom (självständig) tolkning vid Romkonventionens tillämpning.[277]

EG-domstolen har i ett antal förhandsavgöranden givit närmare anvisningar om hur en konsument skall definieras enligt Brysselkonventionen.[278] Denna rättspraxis har betydelse även för konsumentbegreppets innebörd i Luganokonventionen, eftersom EFTA-staterna har åtagit sig att följa EG-domstolens tolkning vid tillämpningen av Luganokonventionen.[279] EG-domstolens rättspraxis avseende Brysselkonventionens konsumentbegrepp bör ha relevans även för Bryssel I-förordningens motsvarande begrepp, då de i det närmaste är identiskt utformade.[280]

EG-domstolen är dock inte behörig att tolka Romkonventionen.[281] I Romkonventionens inledning betonas emellertid det nära sambandet med Brysselkonventionen. Man kan därför anta att viss ledning kan sökas i EG-domstolens avgöranden beträffande Brysselkonventionens konsumentbegrepp. I den förklarande rapporten till Romkonventionen anges för övrigt att begreppet konsument skall tolkas mot bakgrund av syftet att skydda en svagare part och i överensstämmelse med Brysselkonventionen.[282] Det senare kan likväl inte ske automatiskt, utan man har att beakta att reglerna i det ena fallet gäller domsrättsändamål och i det andra fallet lagvalsändamål.[283]

Av EG-domstolens rättspraxis framgår att begreppet konsument i artikel 13 i Brysselkonventionen skall tolkas autonomt, dvs. ges en från de nationella rättsordningarna självständig innebörd utifrån konventionens struktur och syften. Enligt domstolen skall konsumentbegreppet ges en snäv innebörd, eftersom behörighetsreglerna för vissa konsumenttvister utgör ett undantag från huvudregeln i artikel 2 att talan skall väckas vid domstol i den stat där svaranden har sitt hemvist.

I *Betrand* mot *Paul Ott KG* hade EG-domstolen att avgöra huruvida en

[276] Se Giuliano & Lagarde, s. 23. Se även Kaye, s. 204.

[277] Se artikel 18 i Romkonventionen och Plender, s. 127.

[278] Se C-150/77, *Bertrand* mot *Paul Ott KG*; C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc.* mot *TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung GmbH* och C-269/95, *Francesco Benincasa* mot *Dentalkit Srl.*

[279] Se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 31.

[280] Se Pålsson, SvJT 2001, s. 375–376.

[281] Till Romkonventionen finns protokoll som ger EG-domstolen behörighet att tolka Romkonventionen. Dessa protokoll har dock inte trätt i kraft. Se prop. 1997/98:14, s. 56–57.

[282] Se Giuliano & Lagarde, s. 23.

[283] Pålsson, Romkonventionen, s. 25. Se även Wilderspin, Europeanisation, s. 57–60.

försäljning av en maskin, från ett bolag till ett annat bolag mot betalning av två växlar inlösningsbara efter 60 respektive 90 dagar, var ett avbetalningsköp enligt behörighetsreglerna för konsumenttvister i artikel 13 i Brysselkonventionen.[284] Domstolen förklarade att behörighetsreglerna för konsumenttvister bara gäller köpare som har behov av skydd för att de befinner sig i en svagare ekonomisk position jämfört med säljaren. Motiveringen var att de är enskilda, slutliga konsumenter ("private final consumers") som inte genomför köpet inom ramen för affärs- eller yrkesverksamhet.[285] Avslutningsvis anförde domstolen att artikel 13 i Brysselkonventionen inte kan sträckas ut till att också gälla ett bolags avbetalningsköp.[286]

Hur en konsument skall definieras enligt artikel 13 i Brysselkonventionen var av betydelse även i fallet *Shearson Lehman Hutton Inc.* mot *TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung GmbH*.[287] En person hade överlåtit en fordran på Hutton i anledning av ett investeringsavtal till bolaget TVB, som också var den juridiska person som väckte talan mot Hutton. EG-domstolen fann att TVB inte kunde grunda internationell behörighet på artiklarna 13–15 i Brysselkonventionen eftersom TVB inte kunde anses vara en konsument. Enligt domstolen var de särskilda behörighetsreglerna för konsumenttvister inte tillämpliga på en kärande som agerar inom ramen för affärs- eller yrkesverksamhet. Artiklarna 13–15 syftar till att skydda konsumenten som är den mindre erfarna och den ekonomiskt och rättsligt sett svagare avtalsparten. Domstolen förklarade att skyddet finns för att konsumenten inte skall avstå från att göra rättsliga anspråk gällande på grund av att talan måste väckas i svarandens hemvistland.[288] Artikel 13 gäller därför bara en enskild, slutlig konsument som inte agerar i affärs- eller yrkesverksamhet.[289] En kärande som agerar inom ramen för affärs- eller yrkesverksamhet och som därför inte själv är konsumentparten i ett av de avtal som preciseras i artikel 13 st. 1 kan inte dra nytta av de fördelar som de särskilda behörighetsreglerna för konsumenttvister ger.[290] Avgörandet synes göra klart att artiklarna 13–15 bara är tillämpliga när konsumenten själv stämmer motparten. Om konsumenten har överlåtit ett anspråk på indrivning av en

[284] Se C-150/77, *Bertrand* mot *Paul Ott KG*. Se även Lewis, YEL 1992, s. 142–143, som kommenterar fallet.

[285] Se C-150/77, premiss 21.

[286] Se C-150/77, premiss 22.

[287] Se C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc.* mot *TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung GmbH*. Se även Lewis, YEL 1992, s. 143 och Tuchler, CLJ 2000, s. 211–212, för rättsfallskommentarer.

[288] Se C-89/91, premiss 18.

[289] Se C-89/91, premiss 22.

[290] Se C-89/91, premiss 24.

skuld eller om en konsumentorganisation för talan för en grupp konsumenter förefaller inte artiklarna 13–15 vara tillämpliga även om en enskild konsument fortfarande kan ha ett intresse i utgången av tvisten.[291]

2.3.3.3 Avtalsändamålet

En del av regelverkens konsumentdefinitioner är att ett avtal skall ha ingåtts för ändamål som kan anses ligga utanför köparens affärsverksamhet eller yrkesmässiga verksamhet.

I *Francesco Benincasa* mot *Dentalkit Srl* uppkom återigen frågan om innebörden av begreppet konsument i Brysselkonventionen.[292] Frågan gällde avtal som käranden *inte* ingått i samband med den affärsverksamhet som redan bedrevs utan med avseende på en verksamhet som skulle påbörjas först senare (det gällde ett franchise-avtal i syfte att starta en egen rörelse). Konsumentbegreppet skall enligt EG-domstolen tolkas restriktivt mot bakgrund av personens ställning i ett visst avtal och med beaktande av avtalets art och syfte och inte med hänsyn till samma persons subjektiva situation.[293] Domstolen förklarade att det endast är avtal som har ingåtts för att tillgodose en enskilds privata konsumtion som omfattas av konsumentskyddsbestämmelserna.[294] Därför kan en kärande som har ingått ett avtal i syfte att framöver bedriva en affärs- eller yrkesverksamhet inte anses vara en konsument i den mening som avses i artikel 13 i Brysselkonventionen.

I anslutning till EG-domstolens rättspraxis synes således ändamålet med ett avtal böra tolkas strängt, eftersom artiklarna 13–15 utgör ett undantag från huvudregeln i artikel 2 enligt vilken talan normalt skall väckas vid domstol i den konventionsstat där svaranden har hemvist.[295] Skyddet

[291] Kritiskt Joustra, Comparability and Evaluation, s. 238–239. Hon anser att EG-domstolen borde ha tillåtit en tredje part som agerar direkt eller indirekt å konsumentens vägnar åtnjuta fördelarna av artiklarna 13–15 i Brysselkonventionen.

[292] Se C-269/95, *Francesco Benincasa* mot *Dentalkit Srl.*

[293] Se C-269/95, premiss 17.

[294] Se C-269/95, premiss 18. Till en liknande slutsats hade EG-domstolen kommit i fallet C-361/89, *Patrice Di Pinto.* EG-domstolen hade i det fallet förklarat att näringsidkare som vid besök i bostad eller på arbetsplatsen träffat avtal om annonsering av bolag till försäljning i en tidskrift inte var att anse som konsumenter enligt direktivet (85/577/EEG) för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler. Förberedande åtgärder för att sälja ett bolag, såsom avtal för publikation av en annons i en tidskrift, har anknytning till näringsverksamhet. Fastän sådana åtgärder leder till att näringsverksamheten upphör är det inte åtgärder som syftar till att tillfredsställa näringsidkarens eller hennes familjs behov.

[295] Se C-269/95, premiss 17 och C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton* mot *TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen GmbH*, premiss 16. Se även Jayme & Kohler, IPRax 1997, s. 394.

avser således endast de avtal som har slutits utom ramen för all pågående eller framtida affärs- eller yrkesverksamhet och oberoende av sådana syften.[296]

2.3.3.4 Synbarhetskravet

Nästa viktiga följdfråga är om de EG-rättsliga regelverkens konsumentbegrepp uppställer ett s.k. synbarhetskrav. Måste ändamålet med avtalet ha varit synbart för säljaren för att en person skall komma i åtnjutande av det särskilda internationellt privaträttsliga skyddet?

Det framgår inte, liksom är situationen i den materiella rätten, uttryckligen av bestämmelserna i de internationellt privaträttsliga instrumenten om säljaren måste ha insett eller bort insett syftet med köparens avtal.[297]

I EG-domstolens avgörande i fallet *Francesco Benincasa* mot *Dentalkit Srl* förklarade domstolen att det finns skäl att se till personens ställning i ett avtal med beaktande av det aktuella avtalets art och syfte och inte till personens subjektiva situation.[298] Köparens avsikt med ett avtal synes således sakna betydelse för huruvida konsumentdefinitionen är uppfylld. Då borde rimligtvis inte heller säljarens insikt härom tillmätas relevans. EG-domstolens dom indikerar i stället att, eftersom konsumentbegreppet bör tolkas restriktivt, utgångspunkten är vad som objektivt framgår av avtalets beskaffenhet i ett enskilt fall.[299]

Detta synes onekligen innebära en viss skillnad jämfört med svensk materiell rätt där konsumentens subjektiva avsikt med ett avtal förefaller kunna spela en viss roll. Här kan således en situation uppstå där kriterierna för konsument inte är uppfyllda i den internationella processrätten, men är det i den materiella rätten. På grund av inställningen i den internationella processrätten kan då svenska materiella konsumentskyddsreglers skyddande verkan omintetgöras, eftersom en tvist kanske inte kan prövas i Sverige trots att det finns en viss anknytning hit i form av exempelvis köparens hemvist.

Av Giuliano och Lagarde-rapporten som innehåller kommentarer till Romkonventionens lagvalsregler, framgår dock att skyddsbestämmelsen

296 Se C-269/95, *Francesco Benincasa* mot *Dentalkit Srl*, premiss 3.

297 Se Kropholler, s. 428, som beträffande Romkonventionen skriver: "Für die Zuordnung zur Privatsphäre ist nicht der innere Wille des Berechtigten massgebend, sondern kommt es auf die objektiv erkennbaren Umstände des Geschäfts an; bei teilweiser Privatbezogenheit entscheidet der überwiegende Zweck".

298 Se C-269/95, premiss 17. Angående detta avgörande, se även ovan avsnitt 2.3.3.3.

299 Frågan är nu även aktuell i målet C-464/01, *Johann Gruber* mot *Bay Wa Aktiengesellschaft*. Jämför utkast till yttrande, s. 3, ovan not 152, där man synes blanda en subjektiv och en objektiv bestämning av konsumentbegreppet.

i artikel 5 inte bör vara tillämplig om säljaren varken insett eller bort inse att motparten handlade som konsument.[300] Samma slutsats verkar Pålsson dra. Han skriver att bestämmelsen "inte [synes] omfatta fall där näringsidkaren var i god tro, dvs. där han varken kände till eller borde ha känt till att motparten handlade som konsument".[301] Tvärtom förefaller skyddsbestämmelsen kunna tillämpas om konsumenten trodde att hon hade att göra med en näringsidkare.[302] Mot bakgrund av dessa uttalanden verkar således Romkonventionen till skillnad från Brysselkonventionen kunna uppställa ett synbarhetskrav.

2.3.3.5 Blandade avtalsändamål

I svensk materiell rätt kan konsumentdefinitionen vara uppfylld även om konsumenten har ingått avtal för ändamål som till en viss mindre del har med yrkes- eller näringsverksamhet att göra. Något motsvarande s.k. huvudsaklighetsrekvisit ingår inte i de internationellt privaträttsliga regleringarna. Det är alltså osäkert om förvärv som sker delvis för privata ändamål och delvis för yrkes- eller näringsverksamhet omfattas av konsumentskyddsbestämmelserna. Gränsdragningsproblem kan uppstå när en konsument köper en vara eller tjänst som till viss del skall användas i affärs- eller yrkesverksamhet men även till viss del utanför. Tillämpningsområdet har betydelse eftersom det bestämmer vilken krets av köpare som är skyddsvärda: antingen en snävare krets som helt och hållet träffat avtal för privat bruk eller en vidare krets köpare som har såväl privata som affärsmässiga ändamål. Denna juridiska tillämpningsfråga har två tänkbara lösningar, som i stort sett har lika goda skäl för sig.

Eftersom regelverkens konsumentskyddsbestämmelser inte säger något härom synes det rimligt att dra slutsatsen att konsumentbegreppet inte är uppfyllt om ett avtal ingås för ändamål som *till viss del* gäller affärs- eller yrkesverksamhet.[303] EG-domstolens rättspraxis beträffande Brysselkonventionen talar i vart fall för en sådana sträng hållning. Även skyddsreglernas undantagskaraktär från allmänna regler talar härför.

En sådan slutsats förefaller man också ha dragit i propositionen till den svenska lagen som införlivar Romkonventionen med svensk rätt. I förarbetena anges att artikel 5 inte är tillämplig på köp där "en småföretagare inhandlar en hushållsapparat som han avser att använda huvudsakligen i hemmet men också i företaget".[304] Denna slutsats kommer till uttryck i svensk lagstiftning. Lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande in-

[300] Se Giuliano & Lagarde, s. 23. Kritiskt Howells & Wilhelmsson, s. 272.
[301] Pålsson, Romkonventionen, s. 73.
[302] Se Dicey & Morris, s. 1288.
[303] Se Kaye, s. 207.
[304] Prop. 1997/98:14, s. 23.

ternationella köp av lösa saker (1964 års IKL) införlivar med svensk rätt en vid Haagkonferensen för internationell privaträtt år 1955 antagen konvention i samma ämne. 1964 års IKL omfattar i sig även internationella konsumentköp av lösa saker och skulle enligt vad som gäller enligt Romkonventionens artikel 21 ges företräde framför Romkonventionens lagvalsregler.[305]

När Romkonventionen skulle införlivas med svensk rätt antogs emellertid genom lag (1998:169) om ändring i lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker en regel i 1 § 2 st. 4 p. i 1964 års IKL av innebörd att de konsumentavtal som faller under artikel 5 i Romkonventionen och de konsumentköp som faller under konsumentköplagens tillämpningsområde undantas från 1964 års IKL.[306] Detta tyder på att man har förutsatt att artikel 5 i Romkonventionen omfattar en snävare krets av konsumentköp än de som omfattas av konsumentköplagen. Enligt konsumentköplagen räcker det nämligen att ett köp är huvudsakligen för privat bruk för att konsumentdefinitionen skall vara uppfylld.

Till samma slutsats kommer också Herre. Enligt honom torde inte Romkonventionens artikel 5 vara tillämplig i ett fall där ändamålet med ett avtal är huvudsakligen utanför affärs- eller näringsverksamhet. Detta medför således att vissa konsumentköp enligt 1 § konsumentköplagen inte kommer att omfattas av artikel 5 Romkonventionen om konsumentens syfte är att använda varan också i affärs- eller yrkesverksamhet.[307]

Av Giulianos och Lagardes rapport framgår att förvärv som en person gör *huvudsakligen* utanför sin affärs- eller yrkesverksamhet också omfattas av uttrycket "utanför affärsverksamhet eller yrkesverksamhet". I rapporten står "[i]f ... a person acts partly within, partly outside his trade or profession the situation only falls within the scope of Article 5 if he acts primarily outside his trade or profession".[308] Mot bakgrund av uttalanden i Giuliano och Lagarde-rapporten, som får anses väga tungt, kan Romkonventionen anses innehålla ett underförstått huvudsaklighetskrav. Annars skulle tillämpningsområdet av artikel 5 bli för snävt i beaktande av att Romkonventionen också synes uppställa ett krav på att säljaren känt till köparens avsikter med ett avtal. Det skulle således innebära att Romkonventionen definierar kretsen skyddsvärda köpare på ett annat sätt än Bryssel- och Luganokonventionerna samt Bryssel I-förordningen.

[305] År 1980 antogs vid Haagkonferensensen en deklaration som anger att de fördragsslutande staterna kan tillämpa särskilda lagvalsregler för konsumentköp av lösa saker utan att göra sig skyldiga till konventionsbrott. Kritiskt Bogdan, SvJT 1995, s. 201. Jämför Wienkonventionen om traktaträtten (SÖ 1975:1), artiklarna 39–41.

[306] Se prop. 1997/98:14, s. 23–24 och Pålsson, Romkonventionen, s. 40 och 71–72.

[307] Herre, Konsumentköplagen, s. 96. Se även samma författare i FS Karnell, s. 300.

[308] Giuliano & Lagarde, s. 23. Se även Dicey & Morris, s. 1287–1288 och Martiny, Münchener Kommentar, s. 1669–1670.

2.3.4 I vilka situationer finns skyddsbehov?

2.3.4.1 Översikt över konsumentskyddsregleringen

För att avgöra när det internationellt privaträttsliga konsumentskyddet kan aktualiseras är det även nödvändigt att avgöra vad som avses med konsumentavtal enligt Bryssel- och Luganokonventionerna, Bryssel I-förordningen samt Romkonventionen. Tillämpningsområdet för de nu aktuella internationellt privaträttsliga skyddsreglerna är tämligen begränsat. De gränsöverskridande avtalssituationerna som anses skyddsvärda är endast en bråkdel av de avtalstyper som åtnjuter skydd i den materiella rätten (oavsett om den materiella rätten är av autonomt, "blandat" eller endast av EG-rättsligt ursprung). Förklaringen är att de internationellt privaträttsliga konsumentskyddsbestämmelserna bara är tillämpliga i vissa specifikt avgränsade avtalssituationer.

2.3.4.2 Bryssel- och Luganokonventionerna

För domstols behörighet i konsumenttvister finns i Bryssel- och Luganokonventionerna en specialreglering i artiklarna 13–15.[309] Särskilt viktig är artikel 13 som lyder:

> "I tvister som gäller avtal som har ingåtts av en person för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesmässiga verksamhet, i det följande kallad "konsumenten", gäller i fråga om behörigheten – om inte annat följer av föreskrifterna i artikel 4 och artikel 5 punkt 5 – bestämmelserna i detta avsnitt, om det gäller:
> 1. köp av varor där betalning skall erläggas i särskilda poster, eller
> 2. lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit om lånet eller krediten var avsedd att finansiera köp av varor, eller
> 3. andra avtal om tillhandahållande av varor och tjänster, om
>   a) avtalet föregicks av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i den konventionsstat där han har hemvist eller annonsering där, och
>   b) konsumenten vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den staten."

Skyddet avser i första hand att ge konsumenten rätt att föra talan i sitt hemvistland, oavsett om hon är kärande eller svarande i målet, och utgör ett undantag från huvudregeln i artikel 2.[310] Är konsumenten kärande

[309] Är inte konsumentskyddsreglerna tillämpliga gäller konventionens allmänt tillämpliga regler. Parterna kan avtala om behörig domstol (artikel 17). Har parterna inte kommit överens om behörig domstol skall talan väckas vid svarandens hemvist (artikel 2) eller vid alternativt behöriga domstolar som anges i artiklarna 5-6A (se även artikel 16).

[310] Se vidare avsnitt 3.2.3.2.

innebär det att hon får väcka talan mot motparten antingen vid domstolarna i den konventionsstat där säljaren har hemvist eller vid domstolarna i den konventionsstat där konsumenten själv har hemvist.[311]

De avtalssituationer som omfattas av konsumentskyddet preciseras till sitt innehåll i artikel 13 st. 2 p. 1–3. Det är således endast två avtalstyper som med säkerhet ryms in under begreppet konsumentavtal enligt Bryssel- och Luganokonventionerna. Avbetalningsköp, där betalning för varor skall erläggas i särskilda poster, omfattas av skyddsbestämmelserna.[312] Detta synes även gälla s.k. hire and purchase-avtal där hyrestagaren efter hyrestidens utgång blir ägare till en vara.[313] Dessa avtal är ju i praktiken avsedda att fungera som avbetalningsköp.[314] Lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit, om lånet eller krediten är avsedd att finansiera köp av varor, omfattas också (se artikel 13 st. 2 p. 2).[315] Eftersom dessa bestämmelser bara gäller varor är det i själva verket endast ett fåtal gränsöverskridande tvister som har ansetts skyddsvärda.[316]

Vad gäller andra avtal om köp av varor eller tjänster kan dock skyddsreglerna bli tillämpliga om ett avtal har en viss anknytning till konsumentens hemvistland (se artikel 13 st. 2 p. 3).[317] En sådan anknytning föreligger om avtalet föregåtts av ett särskilt anbud till konsumenten i den stat där hon har hemvist eller av annonsering där och konsumenten vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den staten.[318]

Genom att dels uppställa krav på att avtalet skall ha föregåtts av någon form av marknadsföring i konsumentens land, dels på att konsumenten skall ha vidtagit nödvändiga åtgärder i det landet blir tillämpningsområdet för skyddsreglerna mycket begränsat.

Skyddet tar bara sikte på de konsumenter som varit passiva, och inte på sådana konsumenter som själva varit aktiva och kontaktat eller eljest sökt upp en säljare i ett annat land. Den snäva avgränsningen förhindrar

311 Se därtill Joustra, Comparability and Evaluation, s. 237–239.

312 Se C-150/77, *Bertrand* mot *Paul Ott KG* och C-99/96, *Mietz* mot *Intership Yachting Sneek BV*. Se även Pålsson, SvJT 2000, s. 718.

313 Se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 123.

314 A. st.

315 Skall ett lån exempelvis användas för att kontant betala varor gäller behörigheten enligt Pålsson bara lånet. A. st.

316 Se Pålsson, a. a., s. 122.

317 Om uttrycket "tjänst", se t.ex. Joustra, Comparability and Evaluation, s. 239–240.

318 Det verkar inte vara nödvändigt att det finns ett samband mellan ett särskilt anbud eller annonsering och avtalet. Det bör dock inte vara ett alltför långt tidsrum mellan marknadsföringen och avtalsslutet. För uttalanden i denna riktning, se generaladvokat Darmons förslag i målet C- 89/91, *Shearson Lehmann Hutton* mot *TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen GmbH*.

dessutom ett utsträckande av skyddet till näraliggande situationer som liknar dem som ansetts skyddsvärda.

Vidare omfattas bara köp som gäller varor och tjänster. Vanliga konsumentköp av paketresor, digitala produkter som inte anses vara lösa saker eller köp av bostadsandelar på tidsdelningsbasis (s.k. timeshare) omfattas inte. Här får konsumenten i stället förlita sig på de allmänna domsrättsreglerna.[319]

Omvänt kan man tänka sig fall där det internationellt processrättsliga skyddet i Bryssel- och Luganokonventionerna går längre än det materiella konsumentskyddet. Enligt t.ex. distansavtalslagen gäller inte skyddsreglerna hemförsäljningsavtal som understiger 300 kronor. Denna värdemässiga begränsning saknas i Bryssel- och Luganokonventionerna. Konsumenten kan således åtnjuta det processrättsliga skyddet enligt konventionerna även när en tvist rör ett mycket litet värde. I praktiken torde dock så inte ske.

2.3.4.3 Bryssel I-förordningen

Liksom Bryssel- och Luganokonventionerna innehåller Bryssel I-förordningen ett avsnitt om domstols behörighet vid konsumenttvister (se artiklarna 15–17).[320] Grunden för konsumentskyddet ges i artikel 15:

> "1. Om talan avser avtal som har ingåtts av en person, konsumenten, för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, gäller i fråga om behörigheten, om inte annat följer av föreskrifterna i artikel 4 och artikel 5.5, bestämmelserna i detta avsnitt
>
> a) om avtalet gäller köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster, eller
>
> b) om avtalet gäller lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit om lånet eller krediten var avsedd att finansiera köp av varor, eller
>
> c) övriga fall, om avtalet har ingåtts med en person som bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den medlemsstaten 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."
>
> "3. Bestämmelserna i detta avsnitt skall inte tillämpas på transportavtal utom när det gäller avtal om en kombination av resa och inkvartering för ett pris där allt är inkluderat."

När det gäller avbetalningsköp av varor liksom lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit, som är avsedd att finan-

[319] Se artiklarna 2 och 5-6A i Bryssel- och Luganokonventionerna.

[320] Se vidare Pålsson, SvJT 2001, s. 383–385.

siera köp av varor, innebär förordningen inte någon ändring i förhållande till Brysselkonventionen. Beträffande andra konsumentavtal har en viss utvidgning skett av reglernas tillämpningsområde, se artikel 15.1 p. c).

Det ställs härvidlag inte något krav på att avtalet skall avse tillhandahållande av varor eller tjänster. Alla typer av avtal omfattas under förutsättning att kriterierna i övrigt är uppfyllda. Utvidgningen innebär således att konsumenten under där angivna förutsättningar skyddas oavsett om hon har förvärvat varor, digitala produkter, tjänster eller en timeshareandel i fast egendom.[321] Till skillnad från Bryssel- och Luganokonventionerna räknas numera även avtal om en kombination av resa och inkvartering (paketresor) för ett gemensamt pris som skyddsvärda avtal.[322] Däremot synes inte sådana avtal som inkluderar resa eller inkvartering och någon annan turisttjänst, t.ex. ett operabesök, med säkerhet omfattas av skyddet.[323] Det skulle innebära att en snävare krets av avtal om paketresor faller under Bryssel I-förordningen än vad som gäller enligt den svenska materiella paketreselagen.[324]

Artikel 15 i Bryssel I-förordningen skiljer sig även på vissa punkter från artikel 13 i Brysselkonventionen.[325] Kravet på att säljaren skall ha riktat ett särskilt anbud eller annonserat i konsumentens hemvistland gäller inte enligt Bryssel I-förordningen. I stället är det tillräckligt att konsumenten har ingått avtalet med en person som bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den medlemsstat där konsumenten har hemvist, t.ex. verksamhet genom hemförsäljning eller vid mässor i konsumentens hemland. Skyddet omfattar också fall där säljaren på något sätt riktar sådana åtgärder till den medlemsstaten eller flera olika stater, däribland konsumentens hemland. Det synes företrädesvis ta sikte på olika former av marknadsföring på distans, varefter avtal ingås, och kan avse annonsering i tidskrifter eller på Internet om denna är riktad mot flera länder, däribland konsumentens hemland.[326]

Möjligen kan man anse att det ligger i sakens natur att exempelvis en annons som återfinns i en tidskrift som finns till försäljning i bestämda stater, t.ex. de nordiska länderna, är åtgärder riktade till dessa länder. Utformas exempelvis en webbsida på det svenska språket, där en konsument kan göra sin beställning, kan man också tala om att det är åtgärder

321 Se vidare COM (1999) 348 final, s. 16 och Pålsson, SvJT 2001, s. 384–385.
322 Se COM (1999) 348 final, s. 16.
323 Se nedan avsnitt 5.4.7.
324 Se ovan avsnitt 2.2.3.6.
325 Se vidare Arnt Nielsen, Julebog, s. 18–21 och Pålsson, SvJT 2001, s. 384.
326 Se vidare avsnitt 6.3.1.3.

riktade till den svenska marknaden.[327] Problem föreligger dock i de fall där en webbsida är utformad på ett internationellt gångbart språk, t.ex. engelska. Man skulle då kunna tänka sig att annonsen på Internet är riktad till Sverige om betalning kan ske i svenska kronor och leverans sker hit.[328] Anges priset i multipla valutor, dvs. köparen bestämmer själv i vilken valuta hon vill betala, kan man också anse att verksamheten är riktad mot Sverige om en "valbar" valuta är svenska kronor och säljaren inte har angivit att hon inte levererar hit. Här kan man dock förutse avsevärda bevisproblem. Det är därför viktigt att en konsument i pappersform skriver ut den webbsida som har föranlett beställningen för att kunna styrka att näringsidkaren faktiskt har marknadsfört sig i Sverige om egenskapen av konsument skulle ifrågasättas. Annars kan konsumenten gå miste om det processrättsliga skyddet.

Enligt Europeiska kommissionen avser uttrycket riktad verksamhet att klargöra att artikel 15.3 endast är tillämplig på konsumentavtal som ingåtts genom Internet via en s.k. interaktiv webbplats, tillgänglig i konsumentens hemvistland.[329] Det faktum att konsumenten bara har fått kännedom om tjänster eller en möjlighet att köpa varor genom en webbplats som inte är interaktiv aktualiserar enligt kommissionen inte skyddet.[330] Denna begränsning går inte att utläsa ur förordningens text.[331] Följs kommissionens uppfattning i denna del skulle det kunna innebära att en konsument som efter att ha sett en annons på Internet ringer ett angivet ordertelefonnummer och beställer en vara inte omfattas av Bryssel I-förordningens skydd. Om samma konsument i stället efter att ha sett en annons i en tidning, som bl.a. riktar sig till en svensk publik, beställer en vara genom att ringa ett angivet ordertelefonnummer aktualiseras däremot skyddet. Det skulle inte vara ett tillfredsställande resultat.[332]

En förutsättning för att det processrättsliga skyddet skall komma i fråga är också att avtalet faller inom ramen för säljarens riktade verksamhet. Häri ligger ett krav på rimlig anknytning mellan å ena sidan formen för verksamheten och å andra sidan det ifrågavarande avtalet.[333] Har

[327] Se t.ex. Arnt Nielsen, Julebog, 1999, s. 19–20; Carlén-Wendels, JT 1998, s. 885 och Hultmark, Elektronisk handel, s. 83–84.

[328] Se nedan avsnitt 6.3.1.3. Se även avsnitt 4.3.2.3.

[329] Se COM (1999) 348 final, s. 16. En interaktiv webbplats kan avse ett ämne, en viss organisations verksamhet eller ett företags varor och tjänster på nätet där konsumenten själv bestämmer vad som skall hända genom att klicka på en ikon på skärmen.

[330] Se COM (1999) 348 final, s. 16.

[331] Pålsson, SvJT 2001 s. 384, skriver att det är ett försök till "lagstiftning genom motiv".

[332] Se nedan avsnitt 5.5.1.

[333] Arnt Nielsen, Julebog 1999, s. 20.

säljaren t.ex. annonserat om verktyg, men köparen beställer köksutensilier från samma säljare kan köparen inte stödja sig på det processuella konsumentskyddet.

Kravet på att konsumenten måste ha vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i sitt hemland, och som uppställs i Brysselkonventionen, har slopats i Bryssel I-förordningen. Härav följer att en konsument skyddas också i de fall där hon efter näringsidkarens verksamhet i sitt hemvistland beger sig utomlands och där ingår avtalet, förutsatt att avtalet faller inom ramen för sådan riktad verksamhet.[334] En viktig poäng med den nya bestämmelsen är att man slipper svårigheterna att avgöra var konsumenten har vidtagit de nödvändiga åtgärderna för att ett avtal kommit till stånd.[335] Detta synes kunna få en positiv effekt framför allt på avtal som träffas med hjälp av Internet där det kan vara svårt att avgöra var avtal har ingåtts.[336] Generellt får bestämmelsen i artikel 15.1 p. c) ses som ett utslag av den utveckling som sker inom den internationella privaträtten att tillmäta platsen för ett avtals ingående allt mindre betydelse.[337] En svensk konsument som med hjälp av sin bärbara dator träffar avtal genom Internet med en italiensk säljare under en semester i Venedig kan alltså ha rätt till det processuella skyddet.

2.3.4.4 Romkonventionen

Konsumentavtalet i Bryssel- och Luganokonventionerna, och även i Bryssel I-förordningen, har en koppling till de lagvalsbestämmelser för vissa konsumentavtal som finns i artikel 5 i 1980 års Romkonvention. Artikel 5 i Romkonventionen verkar till förmån för en konsument genom att konsumentens hemvistlands lag blir tillämplig.[338] Innehåller ett gränsöverskridande avtal ett lagvalsavtal till en för konsumenten främmande rättsordning förhindrar artikel 5 att konsumenten förlorar det skydd som hon har enligt lagen i hemvistlandet. Har parterna inte kommit överens om någon tillämplig lag skall lagen i konsumentens hemvistland tillämpas. Skyddet aktualiseras emellertid endast i vissa särskilda fall som generellt kännetecknas av att säljaren marknadsfört sig i konsumentens hemvistland.[339] Av artikel 5 framgår:

334 Pålsson, SvJT 2001, s. 384 och COM (1999) 348 final, s. 16.

335 Pålsson, a. st.

336 I avsnitt 6.3.1.2 behandlas vissa härtill anknytande frågor.

337 Se Arnt Nielsen, Julebog 1999, s. 20–21.

338 Om artikel 5 i allmänhet, se t.ex. Giuliano & Lagarde, s. 23–25; Reich, Perspectives of Critical Contract Law, s. 70–74 och Pålsson, Romkonventionen, s. 72–76.

339 Om dessa skyddssituationer, se t.ex. avsnitt 4.3.2, 4.3.3 och 4.3.4.

"1. Denna artikel är tillämplig på avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster åt en person (konsumenten) för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet och på avtal om kredit för sådana prestationer.[340]

2. Oavsett bestämmelserna i artikel 3 skall parternas val av tillämplig lag inte medföra att konsumenten berövas det skydd som tillförsäkras honom enligt tvingande regler i lagen i det land där han har sin vanliga vistelseort,

- om avtalet föregicks av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i det landet eller av annonsering där och konsumenten där vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna, eller
- om den andra parten eller dennes representant mottog konsumentens beställning i det landet, eller
- om avtalet avser försäljning av varor och konsumenten reste från det landet till ett annat land och gjorde sin beställning där, förutsatt att konsumentens resa arrangerades av säljaren i syfte att förmå konsumenten att köpa.

3. Oavsett bestämmelserna i artikel 4 skall avtal som den här artikeln är tillämplig på, i avsaknad av lagval enligt artikel 3, vara underkastade lagen i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort, om de ingås under de omständigheter som anges i punkt 2."

4. Denna artikel skall inte tillämpas på

a) transportavtal

b) avtal om utförande av tjänster, om tjänsterna skall utföras uteslutande i ett annat land än det där konsumenten har sin vanliga vistelseort.

5. Oavsett bestämmelserna i punkt 4 tillämpas denna artikel på avtal om en kombination av resa och inkvartering för ett gemensamt pris."

De konsumentavtal som Romkonventionen tar sikte på är konsumentköp av varor, tjänster samt kreditköp för sådana prestationer. Även avbetalningsköp och s.k. hire and purchase-avtal torde omfattas, även om de till skillnad från Bryssel- och Luganokonventionerna samt Bryssel I-förordningen inte nämns uttryckligen i konventionen.[341] Skillnaden är dock att Bryssel- och Luganokonventionerna samt Bryssel I-förordningen bara är tillämpliga på kreditköp av varor, medan Romkonventionen också omfattar kreditköp av tjänster.[342]

Uttrycket vara bör förstås i betydelsen lös sak, och inte i betydelsen lös egendom.[343] Detta överensstämmer med vad som gäller enligt konsu-

[340] Se Gaudemet-Tallon, RTDE 1981, s. 253 och Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 315.

[341] Däremot omfattas krediter som beviljats av en tredje man för att förvärva varor eller tjänster. Se prop 1997/98:14, s. 43; Kaye, s. 204 och Martiny, Münchener Kommentar, s. 1671.

[342] Se Plender, s. 128.

[343] Ledning kan också sökas i Romkonventionens andra språkversioner. Det engelska uttrycket "goods" brukar normalt förstås som lös sak (tangible movable things). Det franska uttrycket "objets mobiliers corporel" brukar också ta sikte på lösa saker.

mentköplagen.[344] Utanför artikel 5 faller därför avtal om köp av annan lös egendom som inte är lösa saker, exempelvis digitala produkter liksom fast egendom och troligtvis även köp av bostadsandelar på tidsdelningsbasis (timeshare).[345]

Tjänster, t.ex. kursverksamhet, reparationer, rådgivning, osv., skall förstås i en vidsträckt bemärkelse.[346] Här synes Romkonventionen omfatta fler typer av tjänster än konsumenttjänstlagen som förutsätter att tjänsten avser arbete på lös sak.[347] Emellertid har enligt artikel 5.4 p. b) tjänster som uteslutande skall utföras i ett annat land än konsumentens hemvistland undantagits från regelns tillämpningsområde.[348] Utförs någon del av avtalet, oavsett hur liten, i konsumentens land gäller skyddet enligt artikel 5 förutsatt att övriga rekvisit är uppfyllda.[349]

Kreditavtal omfattas av artikel 5 endast om de har ett direkt samband med köp av varor eller tjänster.[350] Fristående krediter som saknar samband med ett visst förvärv omfattas inte. Det materiella svenska konsumentskyddet vad beträffar krediter är således mer förmånligt än det internationellt privaträttsliga skyddet.

Av artikel 5.5. Romkonventionen framgår att kombinerade avtal om resa och inkvartering, s.k. paketresor, faller in under artikelns tillämpningsområde. Innebörden av uttrycket paketresa är dock något oklar.[351] Enligt förarbetsuttalanden till den svenska lag som införlivar Romkonventionen med svensk rätt anges att de tjänster som avses i artikel 5.5 väsentligen är de som omfattas av EG-direktivet (90/314/EEG) om paketresor. Den lag som genomför direktivet, lagen om paketresor, gäller avtal om

[344] Här synes inte den förestående direktivanpassningen innebära några ändringar. Se prop. 2001/02:134, s. 17.

[345] Det kan t.ex. gälla värdepapper, fordringar osv. Det är tveksamt om s.k. timeshareavtal omfattas av skyddet, då dessa avtal utgör en blandning av nyttjanderätt till fast egendom och tjänster. I EG-domstolens avgörande C-423/97, *Travel Vac SL* mot *Manuel José Antelm Sanchis*, förklarades att direktivet (85/577/EEG) för att skydda konsumenten i de fall då avtalet ingås utanför fasta affärslokaler är tillämpligt på ett avtal om dels nyttjanderätt till en fastighet på tidsdelningsbasis, dels tillhandahållande av tjänster som är av större värde än nyttjanderätten till fastigheten. För en rättsfallskommentar, se Ioriatti, ERPL 2001, s. 441–448. Se även Pålsson, SvJT 2000, s. 719 och Romkonventionen, s. 63; Mäsch, EuZW 1995, s. 10 och avsnitt 7.3.7 där fallet behandlas.

[346] Se Martiny, Münchener Kommentar, s. 1670–1671 och Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 314.

[347] Se ovan avsnitt 2.2.3.2.

[348] En sådan situation kan t.ex. föreligga om en i Sverige bosatt person ringer och beställer ett hotellrum i Florens eller anmäler sig för deltagande i en språkkurs på Elba. Se Pålsson, Romkonventionen, s. 73. Se även avsnitt 5.4.2.

[349] Av denna åsikt är Kaye, s. 208–209.

[350] Se avsnitt 5.4.5.

[351] Se Giuliano & Lagarde, s. 25. Se även Kaye, s. 207–208.

transport och inkvartering *eller* någon annan turisttjänst.[352] Romkonventionens artikel 5.5 synes däremot enbart avse avtal om en kombination av resa och inkvartering, men inte avtal där resa eller inkvartering kombinerats med en annan turisttjänst.[353] Här verkar alltså situationer kunna uppkomma där ett avtal är att anse som ett skyddsvärt konsumentavtal enligt materiell rätt men inte enligt internationell privaträtt.

Man kan också föreställa sig den omvända situationen. Romkonventionen uppställer inte någon värdebegränsning beträffande de avtal som träffas genom hemförsäljning, vilket lagen om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal gör (minimum 300 kronor). En konsument som träffat ett hemförsäljningsavtal med en näringsidkare i ett annat land har då ett internationellt privaträttsligt skydd, men inte något särskilt materiellt skydd.

De tre avtalssituationerna inskränker avsevärt konsumentskyddet i gränsöverskridande avtal. Här, liksom beträffande de internationellt processrättsliga EG-instrumenten, kan man beklaga att skyddet är så snävt avgränsat och att en åtskillnad görs mellan skyddsvärda passiva konsumenter som träffat avtal i sitt hemvistland med uppsökande utländska näringsidkare och aktiva konsumenter som på eget initiativ sökt upp och träffat avtal med näringsidkare etablerade i andra länder. Detta medför att en rad avtalssituationer där den enskildas behov av skydd är lika angeläget som i de särskilt skyddande avtalssituationerna behandlas som kommersiella avtal i allmänhet.[354]

2.3.5 Sammanfattning

Den internationellt privaträttsliga konsumentskyddsregleringen förutsätter inte uttryckligen partskonstellationen konsument-näringsidkare. Även om regleringen bara omnämner *konsumenten* får man dock förmoda att den andra parten skall vara näringsidkare. Det är som regel i dessa situationer som man med framgång kan åberopa argument om att konsumenten är den i förhållande till säljaren ekonomiskt, rättsligt eller i kunskapsmässigt hänseende underlägsna avtalsparten i behov av särskilt skydd.

En del av konsumentdefinitionen enligt de internationellt privaträttsliga instrumenten är att ändamålet med avtalet skall vara utanför affärs- eller yrkesverksamhet. Om ändamålet måste ha varit synbart för köparens mot-

[352] Se 2 § paketreselagen och prop 1997/98:14, s. 45. Se även Martiny, Münchener Kommentar, s. 1674.

[353] Av Giuliano & Lagarde, s. 25, framgår att Romkonventionen endast specificerar särdragen för paketresor.

[354] Se vidare avsnitt 4.3.1.

part är oklart. Undersökningen ovan ger vid handen att Brysselkonventionen troligtvis inte uppställer ett sådant krav, men det gör sannolikt Romkonventionen.

Om en köpare avser att använda ett avtalsföremål huvudsakligen för ändamål utanför affärs- eller näringsverksamhet, men till viss mindre del också i sådan verksamhet, är det inte klart att avtalet kan kvalificeras som konsumentavtal i internationellt privaträttslig bemärkelse. Möjligt är att Bryssel- och Luganokonventionerna, liksom även Bryssel I-förordningen, leder till andra bedömningar än Romkonventionen härvidlag. Giuliano och Lagarde-rapporten anger tydligt att också avtal som till viss mindre del, dock inte huvudsakligen, är avsedda för affärs- eller yrkesmässiga ändamål omfattas av Romkonventionens konsumentskydd.

De fall där det finns ett särskilt internationellt privaträttsligt skydd är begränsade till vissa specifika *avtalssituationer*. I internationellt privaträttsligt hänseende finns alltså inte något enhetligt skydd för vissa typer av avtal. Det är endast ett fåtal fall som har ansetts förtjäna ett särskilt skydd i gränsöverskridande situationer.

3 Konsumentskyddet enligt EG:s internationella privaträtt

3.1 En splittrad reglering

Den europeiska integrationsprocessen har generellt sett medfört viktiga förändringar i svensk internationell privaträtt. Detta gäller i synnerhet frågor om tillämplig lag i utlandsanknutna konsumenttvister. Inom den gränsöverskridande konsumenträtten har vi att göra med en tämligen splittrad EG-rättslig reglering av mycket varierande hierarkisk rang. I form av direkt tillämpliga EG-regler (Romfördraget och EG-förordningar), svenska författningar grundade på EG-direktiv, EG-konventioner och icke-bindande regler (t.ex. rekommendationer) har svensk rätt genomgått en ordentlig "europeisering".

Sålunda innehåller *Bryssel- och Luganokonventionerna* enhetliga regler om domsrätt och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område som kan ha betydelse i konsumenttvister.[355] Såvitt avser Brysselkonventionen har den reviderats i syfte att anpassa domsrättsreglerna till de förändringar som skett i handeln, de nya försäljningsformerna samt för att förenkla och förbättra förfarandet för erkännande och verkställighet.[356] I april år 1999 lades ett förslag fram till ändringar i Brysselkonventionen. Dessa ändringar var delvis sakliga, delvis redaktionella.[357]

Den 1 maj år 1999 trädde Amsterdamfördraget i kraft. Fördraget föranledde ändringar i Romfördraget av betydelse för EU-medlemsstaternas internationella privaträtt.[358] Ändringarna innebar att EU-staternas civilrättsliga samarbete flyttades från den s.k. tredje pelaren till den första

[355] Se ovan avsnitt 2.3.4.2. Se även nedan avsnitt 3.2.4.

[356] Se COM (1999) 348 final.

[357] Pålsson, SvJT 2001, s. 373.

[358] Genom Amsterdamfördraget har bl.a. det internationellt privat- och processrättsliga samarbetet flyttats från den mellanstatliga tredje pelaren till den gemenskapsrättsliga första pelaren där reglering måste antas i form av en gemenskapsrättsakt. Se närmare Boele-Woelki, Private Law, s. 62–66 och Basedow, Private Law, s. 20–21. Se även Jänterä-Jareborg, JT 2001-02, s. 52–55.

pelaren i Romfördraget, se artiklarna 61 c), 65 och 67 i Avdelning IV. Artiklarna ger rådet behörighet att besluta om åtgärder för civilrättsligt samarbete som bl.a. skall främja förenligheten mellan tillämpliga bestämmelser i medlemsstaterna om lagkonflikter och om domstolars behörighet samt förbättra och förenkla erkännande och verkställighet av domstolsavgöranden i mål och ärenden av civil och kommersiell natur.[359] Samarbetet syftar till att skapa ett område med "frihet, säkerhet och rättvisa".[360]

En praktiskt viktig konsekvens av ändringarna i Romfördraget är att bestämmelser motsvarande dem i Brysselkonventionen, som tidigare endast kunde utformas inom ramen för mellanstatligt samarbete, numera kan utfärdas i form av gemenskapsrättsakter (förordningar eller direktiv).[361]

Rådet utnyttjade omgående sin nya behörighet i Avdelning IV i Romfördraget och utfärdade bl.a. en mycket central förordning (nr 44/2001) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område – *Bryssel I-förordningen*.[362]

Bryssel I-förordningen ersätter Brysselkonventionen EU-stater emellan (med undantag av Danmark).[363] Liksom konventionen innebär förordningen att EU är ett enda jurisdiktionsområde när det gäller domstolars internationella behörighet i tvister av privaträttsligt slag. Detsamma gäller fri rörlighet av domars erkännande och verkställighet i frågor som omfattas av förordningen. Förordningens regler är tvingande, direkt tillämpliga i EU-medlemsstaterna och trädde i kraft den 1 mars år 2002 inom unionen.[364] EG-domstolen är vidare automatiskt behörig att tolka denna.[365]

359 Se t.ex. Remien, CMLR 2001, s. 60–64 och 72–77.

360 Se Romfördragets artikel 61.

361 Se Pålsson, SvJT 2001, s. 373–375.

362 Se även förordningarna (nr 1346/2000) om insolvensförfaranden, (nr 1347/2000) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn (Bryssel II-förordningen), (nr 1348/2000) om delgivning i medlemsstaterna av handlingar i mål om ärenden av civil eller kommersiell natur, och (nr 1206/2001) om samarbete mellan medlemsstaternas domstolar i fråga om bevisupptagning i mål och ärenden av civil eller kommersiell natur.

363 Danmark, Storbritannien och Irland omfattas inte automatiskt av det europeiska samarbetet i nu aktuellt avseende i enlighet med till Amsterdamfördraget fogade protokoll om dessa länders ställning. Storbritannien och Irland har, till skillnad från Danmark, givits en möjlighet att välja om de vill delta i samarbetet från fall till fall (se premiss 20 i rådsförordningens ingress). De förra har meddelat att de vill omfattas av Bryssel I-förordningen. Danmarks ställning innebär däremot ett val mellan att delta i allt samarbete i Avdelning IV eller att stå utanför (se premiss 21 i rådsförordningens ingress). Danmark har hitintills valt att stå utanför samarbetet och omfattas därmed inte av Bryssel I-förordningen. Se Arnt Nielsen, Julebog 1999, s. 9–10. Se även nedan avsnitt 3.2.3.

364 Se artikel 249 (f.d. 189) i Romfördraget.

365 Se artikel 220 i Romfördraget.

Internationellt privaträttsliga regler har som nämnts också tillkommit genom EG-konventioner. Särskilt viktiga är de redan nämnda Bryssel- och Luganokonventionerna samt *Romkonventionen* om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.[366] Dessa konventioner är visserligen inte del av EG-rätten i en snäv bemärkelse, men är resultatet av samarbete mellan EG-medlemsstaterna.[367] Konventionerna har dessutom påfallande starka anknytningar till gemenskapen: nya EU-medlemsstater förväntas ansluta sig till dem, de publiceras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och EG-domstolen är enligt kompletterande protokoll behörig att på begäran av nationell domstol avgöra tolkningsfrågor angående Brysselkonventionen.[368]

EG-domstolen är däremot inte behörig att besvara tolkningsfrågor rörande Romkonventionens innehåll. De protokoll som upprättats om EG-domstolens tolkningsrätt angående denna konvention har nämligen hittills inte trätt i kraft. Leder även den översyn som Romkonventionen för närvarande är utsatt för till att den framdeles antas i form av en förordning, blir EG-domstolen dock automatiskt behörig att tolka dess innehåll. Domstolen kan således slå vakt om en enhetlig tolkning och tillämpning av dessa gemensamma regler.[369]

Innan Amsterdamfördraget trädde i kraft hade även vissa internationellt privaträttsliga frågor av betydelse för konsumenters rättsliga ställning redan reglerats inom ramen för den sekundära EG-rätten, vilket skedde med stöd i Romfördragets regler om tillnärmning av medlemsstaternas rättsordningar i syfte att upprätta den inre marknaden.[370] Som exempel på sådan reglering kan nämnas rådets direktiv (93/13/EEG) av den 5 april 1993 om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal, Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 oktober 1994 om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätten till fast egendom på tids-

366 Sverige har ratificerat den särskilda konventionen den 29 november 1996 om Österrikes, Finlands och Sveriges anslutning till Romkonventionen och de två tilläggsprotokollen. Se lag (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

367 Brysselkonventionen har sin rättsliga grund i artikel 220 i Romfördraget (nuvarande artikel 293). Romkonventionen saknar rättslig grund i Romfördraget och kan därför sägas vara en "vanlig" mellanstatlig internationell konvention. Se närmare Basedow, CMLR 2000, s. 687–708.

368 Brysselkonventionen kompletterades den 3 juni år 1971 av ett protokoll, det s.k. Luxemburgprotokollet, angående EG-domstolens behörighet att tolka konventionen. Se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 17.

369 Se KOM (2001) 278 slutlig, s. 22, där det förklaras att Romkonventionen skall revideras. Kommissionen skall lägga fram en grönbok som skall följas av ett utkast till förordning om det behövs.

370 Se artiklarna 94–95 i Romfördraget (f.d. 100 och 100 a). Se även artikel 153 i Romfördraget (f.d. 129 a).

delningsbasis, Europaparlamentets och rådets direktiv (97/7/EG) av den 17 februari 1997 om konsumentskydd vid distansavtal och Europaparlamentets och rådets direktiv (99/44/EG) av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.

Vid sidan härav har en rad andra åtgärder vidtagits för att stärka konsumenters rättsställning.[371] Dessa åtgärder har bl.a. utfärdats i form av handlingsplaner, meddelanden och rekommendationer.[372] I en rekommendation finns regler som har betydelse för tillämpningen av Romkonventionens regler.[373]

Att regelverket är splittrat gör det svårt för alla inblandade i en gränsöverskridande konsumenttvist att hitta de regler som är tillämpliga i det aktuella fallet. En parallell tillämpning av olika regelverk blir dessutom ofta nödvändig. Behörighetsfrågan kan komma att avgöras enligt ett regelverk, medan lagvalsfrågan avgörs enligt ett annat, osv.

Det är mot denna bakgrund konsumenternas rättsliga ställning kartläggs såvitt avser de tre internationellt privaträttsliga frågorna: behörighet, lagval samt erkännande och verkställighet av avgöranden. Denna tredelning är väl etablerad och kronologisk. Redan här kan nämnas att beträffande några av de övergripande problemen har det varit möjligt att i detta kapitel lämna mer generella svar eller i vart fall anvisningar, i andra fall har det endast varit möjligt att identifiera problemen.

3.2 Behörighet i utlandsanknutna konsumenttvister

3.2.1 "Access to justice"

Förväntningarna är stora på att konsumenter i allt högre utsträckning skall handla över de europeiska nationsgränserna. Ett ökat resande, användning av ny teknik för att underlätta distansförsäljning genom bl.a. Inter-

371 Se artikel 211 (f.d. 155) i Romfördraget. Se även Reich, ERPL 1995, s. 290–292.

372 Se t.ex. Europaparlamentets resolution av den 14 november 1996 om kommissionens meddelande Handlingsplan om utvidgning av konsumenters talerätt och reglering av konsumenttvister inom den inre marknaden, EGT C 362, 12.2.1996; Grönbok om konsumenters rätt att få sin sak prövad och reglering av konsumenttvister inom den inre marknaden, COM (1993) 576 final; kommissionens rekommendation om principer som skall tillämpas på de instanser som är ansvariga för förfaranden för reglering av konsumenttvister utanför domstol (98/257/EG) och Kommissionens rekommendation av den 4 april 2001 om principer som skall tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i reglering av konsumenttvister som görs upp i godo (2001/310/EG).

373 Se Kommissionens rekommendation om principer som skall tillämpas på de instanser som är ansvariga för förfaranden för reglering av konsumenttvister utanför domstol (98/257/EG).

net, mobila kommunikationsmetoder och hemförsäljning på TV förutses påskynda denna utveckling.[374] För att konsumenter skall ha förtroende att handla över gränserna förutsätts inte bara att det finns ett visst materiellrättsligt skydd (se närmare avsnitt 2.2). Det måste också finnas effektiva sätt att till en rimlig kostnad kunna utöva dessa rättigheter. Materiella konsumentskyddsregler kan med andra ord sakna betydelse om de inte åtföljs av mekanismer som garanterar att konsumenter i praktiken får det rättsenliga skyddet.

Problematiken aktualiserar vikten av konsumenters tillgång till rättvisa, s.k. access to justice. Härmed avses dels tillgång till allmänna domstolars tvistelösande verksamhet, dels s.k. alternativ (extrajudiciell eller utomrättslig) tvistelösning, dvs. tvistelösning utanför allmänna domstolar.[375] I uttrycket access to justice ligger att en konsument som hamnat i en gränsöverskridande tvist skall kunna få den prövad – snabbt, enkelt, säkert och billigt.

Detta väcker frågor om domstols och ARN:s behörighet. Vart kan en konsument vända sig med klagomål mot en näringsidkare i ett annat land om något gått fel? Kan exempelvis en konsument med hemvist i Sverige vid svensk domstol eller ARN framställa ett förmögenhetsrättsligt anspråk mot en näringsidkare etablerad i ett annat land? Eller måste konsumenten vända sig till utländska myndigheter för att kunna tillvarata sina intressen?[376]

Den enskildas möjlighet att få rättstvister prövade inför domstolar i förekommande fall är en självklar medborgerlig rättighet. Likväl har

[374] KOM (2001) 161 slutlig, s. 3.

[375] De första gemenskapsåtgärderna på området togs under 1980-talet. Den 4 januari år 1985 överlämnade kommissionen ett meddelande om konsumenternas rätt att få sin sak prövad till rådet, KOM (1984) 692 slutlig. Detta följdes av ett kompletterande meddelande av den 7 maj år 1987, KOM (1987) 210 slutlig. Såväl Europaparlamentet (EGT C 99, 13.4.1987, s. 203) som rådet (87/C 176/02, EGT C 176, 4.7.1987, s. 2) har återkommit i frågan. Gemenskapsdimensionen i samband med konsumenternas rätt att få sin sak prövad berörs i Europaparlamentets resolution av den 11 mars 1992 (EGT C 94, 13.4.1992, s. 217). I rådets resolution av den 13 juli 1992 (EGT C 186, 23.7.1992, s. 1) talas om framtida prioriteringar för konsumentskyddspolitikens utveckling. Kommissionen för fram förslag på hur individuella och kollektiva gränsöverskridande tvister kan lösas i grönboken om konsumenters talerätt och reglering av konsumenttvister inom den inre marknaden (COM (1993) 576 final). Förslagen angår bl.a. förenade tvistlösningsförfaranden. Kommissionen har dessutom utfärdat ett meddelande om handlingsplanen om utvidgning av konsumenters talerätt och reglering av konsumenttvister inom den inre marknaden (KOM (1996) 13 slutlig, 14.2.1996). Dessa uppgifter är hämtade från meddelande från kommissionen om reglering av konsumenttvister utanför domstol, COM (1998) 198, s. 1–2.

[376] Behörighetsproblemet diskuteras normalt utifrån ett domstolsperspektiv. Denna frågeställning kan dock också uppkomma vid ARN. I denna fråga, se Bogdan, Nord 1992:31, s. 84–87.

konsumentmål ansetts mindre lämpade för handläggning vid allmän domstol. Man behöver inte leta särskilt efter förklaringar. Det omtvistade värdet står som regel inte i en rimlig proportion till kostnaden och tidsutdräkten vid allmän domstol. De svårigheter som rättsliga förfaranden ibland medför kan avskräcka konsumenter från att hävda sina rättigheter i tvister över gränserna.[377]

Vid sidan av tvistelösning vid domstol erbjuder de flesta EES-stater en alternativ form av lösning av konsumenttvister. I Sverige fyller ARN denna funktion. Alternativa tvistelösningformer har en slags flexibilitet som bättre svarar mot konsumenters och näringsidkares behov utan att konsumenters rättigheter undergrävs. Några av fördelarna med alternativ tvistelösning är låg kostnad, kort handläggningstid och ett informellt förfaringssätt. Nackdelarna kan dock vara att flexibiliteten i alternativ konfliktlösning sätter ur spel en "strikt" tillämpning av rättsregler, bristen på överklagandemöjligheter och problem när det gäller verkställighet av beslut meddelade av dessa organ.[378]

För att underlätta konsumenters tillgång till alternativa tvistelösningsorgan, särskilt i gränsöverskridande tvister, har Europeiska kommissionen lanserat det Europeiska utomrättsliga nätverket (European Extra-Judicial Network, EEJ-Net).[379] EEJ-Net sammanlänkar alternativa konfliktlösningsorgan inom EU samt Norge och Island och underlättar för konsumenter att få tvister prövade utanför domstol i andra deltagande stater.[380] EEJ-Net är uppbyggt kring *förmedlande organ* (kontaktpunkter eller "Clearing House")[381] och *tvistelösande* organ. I Sverige är Konsument Europa det förmedlande organet och ARN det tvistelösande.[382]

Förutsätt att en konsument med hemvist i Sverige av en näringsidkare i Finland köper en vara som inte är avtalsenlig. Trots påstötningar från

[377] Då uppstår bl.a. frågor om rättshjälp för process i ett annat land, överföring och översättning av dokument mellan två stater, delgivning av stämningsansökan, m.m. Om olika orsaker till att rättigheter som tillförsäkras konsumenter inte kan tillvaratas fullt ut vid enskilda interna processer, se Lindblom, Konsumentmål, s. 64–66.

[378] COM (1998) 198, s. 7.

[379] Se SEC (2000) 405. Se även ovan avsnitt 1.2.3.2 och 1.2.3.3. Vid sidan av EEJ-Net har även ett europeiskt privaträttsligt nätverk inrättats. Syftet med detta nätverk är att underlätta rättsligt samarbete framför allt med avseende på gränsöverskridande privaträttsliga tvister och förenkla informationsutbyte mellan nationella myndigheter. Nätverket skall ha en kompletterande funktion och inte störa andra samarbetsmekanismer inom EU, t.ex. EEJ-Net. Se KOM (2001) 628 slutlig, s. 11.

[380] Se SEC (2000) 405.

[381] Jag föredrar uttrycket förmedlande organ framför kontaktpunkter. Uttrycket förmedlande organ förklarar myndighetens uppgift, och det är väl etablerat i internationella sammanhang. Se avsnitt 1.2.3.2.

konsumenten vidtar inte näringsidkaren rättelse. Om det finns anledning att anta att näringsidkaren inte kommer att följa en rekommendation från ARN eller att ARN kanske inte ens är behörig att ta upp tvisten till handläggning, kan konsumenten vilja ha saken avgjord genom alternativ tvistelösning i Finland. I ett dylikt fall kan konsumenten kontakta Konsument Europa i Stockholm, som är Sveriges kontaktpunkt inom EEJ-Net, för att få stöd och information. Konsument Europa kan hjälpa till med att ta reda på vilka konfliktlösningsorgan som finns i Finland. Upplysning om detta kan erhållas från det finska förmedlande organet (Kuluttajavirasto).[383] Där kan man också få information om det är mer gynnsamt att saken prövas vid finsk domstol eller om det finns någon annan lämpligare tvistelösningsform där, t.ex. medling.[384] Konsument Europa kan vidare bistå konsumenten med att formulera klagomål mot den finska näringsidkaren och hjälpa till med att vidarebefordra dem.[385]

Det finns dock inget som hindrar att konsumenten, i stället för att vända sig till Konsument Europa, själv direkt vänder sig till det finska förmedlande organet för att få upplysning om vilket finskt organ som kan ta upp just den aktuella typen av tvist.[386] Ytterligare en möjlighet är att konsumenten direkt tar kontakt med det tvistelösande organet i Finland. Information om tvistelösande organ i Finland (och andra deltagarstater) hittar man på Europeiska kommissionens webbsida.[387]

Innan EEJ-Net lanserades var konsumenters tillgång till alternativa tvistelösningsorgan i andra länder beroende av konsumentens kännedom om dem och om dessa organs beredvillighet att pröva konsumenttvister där ena parten var utländsk. Olika språk kunde ofta sätta hinder i vägen för att en konsument skulle kunna utnyttja alternativ tvistelösning på ett enkelt och effektivt sätt. Genom EEJ-Net kan man förutse att alternativ

382 Se ovan avsnitt 1.2.3.2 om den terminologi som annars är bruklig i dessa sammanhang.

383 Hur kommunikationen skall ske mellan de förmedlande organen regleras inte inom ramen för upprättandet av EEJ-Net, utan avgörs av deltagande stater.

384 Se SEC (2000) 405, s. 5.

385 Det finns en europeisk reklamationsblankett som Europeiska kommissionen hjälpt till att utarbeta. Den är avsedd att vägleda konsumenter när de formulerar sina klagomål. Blanketten har intresse för konsumenter, näringsidkare, konsumentorganisationer och alternativa tvistelösningsorgan vid lösning av konsumenttvister. Blanketten kan användas oavsett värdet eller vilken typ av tvist det gäller. Om en frivillig uppgörelse inte kan nås, har blanketten ansetts underlätta inledande av förfaranden i eller utanför domstol. Blanketten återfinns på http://europa.eu.int/comm/dg24/ enligt uppgift den 4 juni år 2002. Se även KOM (2000) 127 slutlig, s. 8.

386 Ett förmedlande organ måste kunna identifiera vilket tvistelösande organ inom sitt område som är behörig att ta upp ett visst klagomål. Så finns t.ex. i Tyskland och Italien flera organ med olikartad territoriell, saklig och geografisk kompetens.

387 Se http://europa.eu.int/comm/dg24/ enligt uppgift den 4 juni år 2002.

tvistelösning blir mer tillgänglig för konsumenter och att språkbarriärer undanröjs genom de förmedlande organens hjälp.[388] Sannolikt är skapandet av EEJ-Net en av de viktigaste åtgärderna som vidtagits inom EU för att stärka konsumentskyddet över gränserna och ett konkret bevis på det europeiska samarbetet på konsumentområdet.

Lanserandet av EEJ-Net är uppföljningen av den rekommendation (98/257/EG) om principer som skall tillämpas i de instanser som är ansvariga för förfaranden för reglering av konsumenttvister utanför domstol och som Europeiska kommissionen utfärdade år 1998.[389] Rekommendationen är begränsad till förfaranden som, oberoende av vad de kallas, leder till att en tvist löses av en tredje part som föreslår eller med bindande verkan meddelar en lösning. Syftet med rekommendationen är att lägga fast vissa gemensamma kvalitetsgarantier som de alternativa tvistelösningsorganen i de deltagande staterna skall följa, nämligen principen om opartiskhet, öppenhetsprincipen, den kontradiktoriska principen, effektivitetsprincipen, legalitetsprincipen, frihetsprincipen och representationsprincipen.[390] Principerna är avsedda att garantera att konsumenter och näringsidkare som använder sig av alternativ tvistelösning får sina anspråk behandlade på ett i stort sett lika rättvist och omsorgsfullt sätt som i en domstol.[391] På så vis skapas ett förtroende för de alternativa tvistelösningsorganens verksamhet, framför allt när parterna befinner sig i olika länder.[392] De organ som uppfyller rekommendationens principer anges på Europeiska kommissionens webbsida.[393] Sverige har anmält ARN som det svenska tvistelösande organ som uppfyller rekommendationens principer.

Europeiska kommissionens rekommendation från år 1998 omfattar inte förfaranden där man endast försöker få parterna att frivilligt enas om en lösning. För att få till stånd större valfrihet och flexibilitet för konsu-

388 En nyckelroll för förmedlande organ är dessutom att hålla relevant information tillgänglig om de existerande alternativa konfliktlösningsformerna och om eventuella småmålsförfaranden vid domstol i det aktuella landet.

389 Se SEC (2000) 405 och COM (1998) 198.

390 Se närmare kommissionens rekommendation (98/257/EG) om principer som skall tillämpas på de instanser som är ansvariga för förfaranden för reglering av konsumenttvister utanför domstol, s. 7.

391 Se KOM (2000) 127 slutlig, s. 9.

392 Inom EU finns en mångfald av alternativa konfliktlösningsorgan. Denna mångfald medför att handläggningen sker på olika sätt och att de beslut som fattas av dessa instanser är mycket olika till sin natur; vissa är bara rekommendationer, medan andra enbart är tvingande för näringsidkaren och andra åter tvingande för båda parterna. Se KOM (2001) 161 slutlig, s. 4 och Meddelande från kommissionen om reglering av konsumenttvister utanför domstol, COM (1998) 198.

393 Se http://europa.eu.int/comm/dg24/.

menter i uppkomna tvister tillkom rekommendationen (2001/310/EG) med principer som skall tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i regleringen av konsumenttvister som görs upp i godo.[394] För att uppmuntra flexibla lösningar som kostnadsmässigt står i rimlig proportion till konsumenttvistens värde fastställer rekommendationen vissa principer, nämligen om opartiskhet, öppenhet, effektivitet och rättvisa, för organ som erbjuder förfaranden som syftar till att reglera tvister genom att föra samman parterna för en uppgörelse i godo. Rekommendationen kan t.ex. ha betydelse för medling som sker på Internet eller inom ramen för branschorganisationers konfliktlösande verksamhet.

3.2.2 Allmän domstol

En gränsöverskridande konsumenttvist kan i princip alltid prövas av en domstol i något land. Frågan är dock *vid vilket lands domstol* en sådan tvist kan tas upp. Trenden inom den internationella processrätten är att en konsument såsom den principiellt sett svagare parten bör kunna få en tvist prövad vid hemvistlandets domstolar, oberoende av om hon är kärande eller svarande i målet. En konsument skall inte avskräckas från att tillvarata sina rättigheter därför att det måste ske inför en utländsk domstol.

Vilka är egentligen förutsättningarna för att en konsument skall få en tvist prövad i hemvistlandet? När kan konsumenten behöva väcka talan eller gå i svaromål vid domstol i ett annat land? Påverkas en konsuments rättsliga ställning av vem av parterna som väcker talan först? Det är ett antal faktorer som bestämmer huruvida en konsument kan väcka talan på "hemmaplan". Dessa är relaterade till 1) om det är fråga om en skyddsvärd avtalssituation, 2) partsställningen i målet och 3) om det omtvistade avtalet innehåller en överenskommelse om behörig domstol, en s.k. prorogationsklausul. Frågorna regleras av en rad olika instrument som gäller i Sverige.

3.2.3 Bryssel I-förordningen

Rådets förordning (nr 44/2001) av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel I-förordningen) äger företräde inom sitt tillämpningsområde framför andra konkurrerande svenska regler, vare sig dessa har sitt ursprung i internationella konventioner eller är autonoma svens-

[394] Se KOM (2001) 161 slutlig, s. 2 och 6.

ka regler.[395] Förordningen gäller för tvister som har inletts efter att förordningen trädde i kraft den 1 mars år 2002. På tvister som har inletts före detta datum gäller Brysselkonventionens regler. Det är svarandens hemvist i en medlemsstat som är av avgörande betydelse, inte bara som behörighetsgrund enligt förordningen, utan också som förutsättning för tillämpningen av de flesta andra behörighetsreglerna i förordningen.[396] En svarande utan hemvist i någon medlemsstat får instämmas i enlighet med varje medlemsstats nationella domsrättsregler i berörd stat.[397]

Förutsättningarna för förordningens konsumentskydd anges av behörighetsbestämmelserna i artiklarna 15–17. Som redan konstaterats i avsnitt 2.3.4.3 är reglerna om konsumenttvister förhållandevis snävt avgränsade och gäller endast vissa avtalssituationer. Det är bara två typer av avtal som med säkerhet omfattas av skyddet, nämligen avbetalningsköp av varor och lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit om lånet eller krediten var avsedd att finansiera köp av varor (se artikel 15.1 p. a och b). Andra avtal som en konsument träffar med en näringsidkare anses skyddsvärda bara om avtalet har träffats 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, och avtalet faller inom ramen för sådan verksamhet" (se artikel 15.1 p. c).[398] I avsnitt 2.3.3.4 riktades också viss kritik mot att Bryssel I-förordningens konsumentskydd – förutom beträffande vissa kredit- eller låneköp av varor – endast gäller vissa snäva avtalssituationer där konsumenten i sitt hemvistland blivit uppsökt av näringsidkaren varefter avtal ingåtts. Aktiva konsumenter som själva kontaktar eller söker upp näringsidkare i andra länder kan inte räkna med Bryssel I-förordningens skydd.

3.2.3.1 När särskilt konsumentskydd gäller

När det gäller avtalstyper och avtalssituationer som faller *inom det avsedda skyddsområdet* påverkas konsumentens rättsliga ställning i behörighetsfrågan av partsställningen i målet och parternas processhandlingar.

395 Se även COM (1997) 609 final.

396 Pålsson, SvJT 2001, s. 376–377.

397 Se artikel 15.1 och hänvisningen till artikel 4 i Bryssel I-förordningen. Effekten av artikel 4 mildras dock av artikel 15.2 som anger att om en näringsidkare inte har hemvist i en medlemsstat, men har filial, agentur eller annan etablering i en medlemsstat så skall domstol i den medlemsstaten vara behörig i tvister hänförliga till etableringsställets verksamhet.

398 Bidrag till förståelsen av bestämmelsen ges av Arnt Nielsen, Julebog 1999, s. 19–21 och Pålsson, SvJT 2001, s. 384.

Vill exempelvis en näringsidkare etablerad i Tyskland väcka talan mot en konsument med hemvist i Sverige för att konsumenten inte har erlagt köpeskillingen enligt ett avtal kan talan endast väckas och prövas av domstolar i Sverige, dvs. vid domstolar i den medlemsstat där konsumenten har hemvist enligt artikel 16.2. Vilken svensk tingsrätt som är behörig anges inte av denna bestämmelse. Ledning får i stället sökas i de interna svenska forumreglerna i 10 kap. RB som reglerar svenska domstolars kompetens sinsemellan i tvistemål.[399]

Skulle näringsidkaren ändå ansöka om stämning mot konsumenten vid en utländsk domstol, t.ex. i Tyskland, kan denna i och för sig obehöriga domstol bli behörig enligt artikel 24 om konsumenten mot bättre vetande går i svaromål inför denna, s.k. tyst prorogation. Genom denna åtgärd anses konsumenten som svarande konkludent ha godtagit domstolens behörighet.[400] Detta gäller dock inte om konsumenten går i svaromål inför den tyska domstolen enbart för att bestrida domstolens behörighet och sekundärt, i händelse av att kompetensinvändningen inte vinner bifall, inlåter sig på själva saken.[401] Det är alltså konsumentpartens ansvar att se till att det processrättsliga skyddet i Bryssel I-förordningen kommer till användning.

Underlåter konsumenten att gå i svaromål överhuvudtaget skall den tyska domstolen förklara sig obehörig om den inte är behörig enligt bestämmelserna i förordningens artiklar 15–17, se artikel 26. Domstolen gör då självmant en granskning av sin behörighet.

Det kan tyckas anmärkningsvärt att en konsument som av okunnighet går i svaromål inför den i och för sig obehöriga tyska domstolen behandlas annorlunda och t.o.m. mindre förmånligt än den konsument som överhuvudtaget inte bemödar sig om att gå i svaromål. I det förra fallet förutsätter tillämpningen av Bryssel I-förordningens skydd aktivitet från konsumentens sida. I det senare fallet kan alltså skyddet komma att aktualiseras genom domstolens försorg trots konsumentens passivitet. Frågan är då om den domstol vid vilken målet anhängiggjorts borde fästa konsumentens uppmärksamhet på behörighetsfrågan när parterna inte har fört denna på tal. Detta spörsmål belyses närmare nedan i avsnitt 3.2.6.

Önskar däremot konsumenten stämma den tyska näringsidkaren, t.ex. för att häva det omtvistade avtalet, har hon en valrätt mellan behöriga domstolar enligt artikel 16.1. Konsumenten kan välja mellan domstolar i Tyskland, som är den medlemsstat där näringsidkaren är etablerad, och *domstolen på den ort* i Sverige där hon har hemvist. Har konsumenten valt att väcka talan vid en domstol i näringsidkarens etableringsland får

[399] Jämför dock artikel 16.1 i Bryssel I-förordningen.
[400] Pålsson, SvJT 2001, s. 389.
[401] A. st.

hon dock finna sig i att samma domstol prövar eventuella genkäromål som näringsidkaren må väcka, se artikel 16.3. Det är intressant att notera att artikel 16.1 till skillnad från den ovan nämnda artikel 16.2 blir avgörande såväl för den internationella behörigheten som för frågan om rätt forum i konsumentens hemvistland.[402] I detta fall behöver således inte interna svenska forumregler tillämpas för att utpeka behörig svensk tingsrätt. Det är domstolen på den ort där konsumenten har sitt hemvist som är behörig.

Man kan ifrågasätta huruvida konsumentens valrätt mellan behöriga domstolar har någon egentlig praktisk betydelse. Även om konsumenten kan väcka talan i sitt hemvistland kvarstår alltjämt de nackdelar som är förenade med en domstolsprocess. Inte ens en process i konsumentens hemvistland kan alltid anses vara praktisk eller kostnadseffektiv. För de flesta konsumenter är tanken att gå till domstol främmande och möjligheten upplevs som dyr och riskabel – även om det sker i hemvistlandet.

Det förekommer att näringsidkare i sina standardavtal infogar klausuler som anger att endast en viss utpekad domstol eller domstolar i en utpekad stat blir behöriga, s.k. prorogationsklausuler. Andra länders domstolars behörighet utsläcks därmed. Prorogationsklausuler kan inte sällan vara till konsumentens nackdel om de tvingar henne att föra talan i ett främmande land. Bryssel I-förordningen begränsar användning av sådana klausuler enligt artikel 17.

Innehåller t.ex. konsumentavtalet mellan den svenska konsumenten och den tyska näringsidkaren en prorogationsklausul som förklarar domstolar i Florens ensamt behöriga gäller inte denna. Har näringsidkaren likväl väckt talan vid domstol i Florens enligt prorogationsavtalet måste konsumenten emellertid bestrida domstolens behörighet för att domstolen inte skall bli behörig på grund av konsumentens konkludenta handlande.[403] Underlåter konsumenten att överhuvudtaget gå i svaromål skall domstolen självmant pröva sin behörighet och förklara sig obehörig om prorogationsavtalet står i strid med artikel 17.[404]

Enligt Bryssel I-förordningens konsumentskydd kan endast vissa typer av prorogationsavtal godtas. En prorogationsklausul är enligt artikel 17.1 tillåten om den ingås efter tvistens uppkomst. Konsumenten kan då överväga om hon kan tänka sig att inställa sig vid ett visst lands domstolar och ingå ett avtal om saken. Om ett prorogationsavtal ger konsumenten rätt att väcka talan vid andra domstolar än dem som anges i artiklarna 15–17 godtas även det enligt artikel 17.2. Anger en prorogationsklausul i

[402] Pålsson, SvJT 2001, s. 383.

[403] Se artikel 24 i Bryssel I-förordningen om s.k. tyst prorogation. Jämför även nedan avsnitt 3.2.6.

[404] Se artikel 26 i Bryssel I-förordningen.

vårt exempelfall att vid sidan av svenska och tyska domstolar kan konsumenten (men inte näringsidkaren) väcka talan vid domstolar i t.ex. Florens är den förenlig med Bryssel I-förordningens konsumentskydd. Om parterna vid prorogationsavtalets ingående hade hemvist i samma medlemsstat kan de också komma överens om att domstolarna i den medlemsstaten skall vara behöriga, om inte ett sådant avtal strider mot lagen i det landet enligt artikel 17.3. Denna bestämmelse synes i huvudsak få betydelse i situationer där konsumenten bytt hemvistland efter det att avtalet ingåtts, men innan tvisten uppkommit.

3.2.3.2 När konsumentskyddet inte gäller

Om ett avtal ingåtts för ändamål som kan anses ligga utanför affärs- eller yrkesverksamhet kan en part anses uppfylla kriterierna för en konsument enligt Bryssel I-förordningens artikel 15.1 men ändå inte åtnjuta något särskilt skydd i behörighetsfrågan om tvisten faller *utanför det avsedda skyddsområdet*, se artikel 15.1 p. a)–c). När det gäller de tvister som *inte* omfattas av Bryssel I-förordningens konsumentskyddsregler blir konsumentens möjligheter att föra talan i sitt eget hemvistland därför annorlunda.

Vill t.ex. den i Tyskland etablerade näringsidkaren i vårt exempelfall stämma konsumenten med hemvist i Sverige på grund av bristande betalningsfullgörelse skall talan enligt huvudregeln i artikel 2 väckas vid domstol i den medlemsstat där konsumenten har hemvist, dvs. i Sverige. Ett annat lands domstol som i och för sig inte är behörig kan visserligen bli behörig om konsumenten går i svaromål inför den domstolen utan att bestrida dess behörighet enligt artikel 24. Underlåter konsumenten att gå i svaromål överhuvudtaget skall domstolen självmant pröva sin behörighet.[405]

Om vi i stället förutsätter att konsumenten vill väcka talan mot näringsidkaren för att häva avtalet, måste i det fallet talan enligt huvudregeln väckas i Tyskland som är svarandens etableringsland.[406] Även ett

[405] Se artikel 26 i Bryssel I-förordningen.

[406] Det kan hända att näringsidkaren och konsumenten väcker talan samtidigt men vid domstolar i olika medlemsstater. Förordningen syftar till att förhindra att talan rörande samma sak (litispendens) – t.ex. fullgörelsetalan i båda staterna – eller talan angående mål som har samband med varandra (konnexitet) – t.ex. fullgörelsetalan i den ena staten och negativ fastställelsetalan i den andra staten – kan bli prövade vid konkurrerande processer i olika medlemsstaters domstolar (se närmare artiklarna 27–29). Till dess det har fastställts att den medlemsstats domstol vid vilken talan först väcktes är behörig skall den domstol vid vilken talan väckts senast självmant låta handläggningen i målet vila. När det har fastställts att den domstol vid vilken talan först väckts är behörig, skall övriga domstolar självmant avvisa talan till förmån för den förra domstolen.

annat lands domstolar kan bli behöriga om näringsidkaren inte gör en foruminvändning.[407] Underlåter näringsidkaren att gå i svaromål vid domstol i en annan stat än den där hon är etablerad, skall domstolen förklara sig obehörig, såvida den inte är behörig enligt förordningen enligt artikel 26.1

Parterna kan också träffa avtal om domstols behörighet enligt artikel 23. Avtalet kan avse en redan uppkommen tvist eller framtida tvister i anledning av ett bestämt rättsförhållande. Såvida inte parterna har avtalat annat är domstolen eller domstolarna i den utpekade medlemsstaten exklusivt behörig/a.[408] Dylika prorogationsklausuler kan vara till nackdel för en konsument om hon måste väcka talan eller gå i svaromål vid domstol utanför hemlandet.

Vid sidan av huvudregeln i artikel 2 finns en rad särskilda (alternativa) behörighetsregler (artiklarna 5–7) som också kan grunda domsrätt vid sidan av huvudregeln. Dessa särskilda behörighetsregler medför att det kan finnas flera behöriga domstolar i samma sak, i skilda stater, som käranden kan välja mellan. Har svaranden enligt artikel 2 hemvist i en medlemsstat får käranden normalt också tillgång till de särskilda behörighetsreglerna.[409]

Viktig i konsumentsammanhang är artikel 5.1 a):

> "Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan väckas i en annan medlemsstat om talan avser avtal, vid domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser."

Enligt denna bestämmelse är domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser behörig.[410] I artikel 5.1 b) ges en autonom bestämning av begreppet uppfyllelseort för avtal om försäljning av varor och utförande av tjänster. Som uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser gäller vid försäljning av varor den ort i den medlemsstat dit varorna enligt avtalet har eller skulle ha levererats. När det gäller utförande av tjänster är den relevanta uppfyllelseorten den ort i en medlemsstat där tjänsterna enligt avtalet har eller skulle ha utförts.

På de nämnda typerna av avtal innebär bestämmelsen att *en enda förpliktelse*, och därmed normalt också en enda uppfyllelseort, är av betydelse för tillämpningen av artikel 5.1.[411] Förpliktelsen är den som är känne-

[407] Se artikel 24 i Bryssel I-förordningen.

[408] Se närmare artikel 23 i Bryssel I-förordningen. Om denna bestämmelse, se Pålsson, SvJT 2001, s. 388–389.

[409] Pålsson fäster uppmärksamhet vid dessa behörighetsregler i förhållande till Brysselkonventionens regler. Pålsson, a. a., s. 378–382.

[410] Se COM (1999) 348 final, s. 14.

[411] Pålsson, SvJT 2001, s. 379.

tecknande för avtalet, dvs. säljarens skyldighet att leverera varan eller utföra tjänsten.[412] Det är i sammanhanget utan betydelse var motparten – köparen av varan eller tjänsten – fullgör sin prestation, som normalt består i betalning av pengar.[413] Detta gäller även om talan i målet avser denna prestation.[414]

Antag att den tyska näringsidkaren har sålt en vara till konsumenten i Sverige som enligt avtalet skall levereras hit. Näringsidkaren vill sedan stämma konsumenten med krav på betalning av varan. Även om konsumentens betalningsförpliktelse möjligtvis skall fullgöras hos näringsidkaren i Tyskland, kommer det inte att finnas någon uppfyllelseort i Tyskland enligt artikel 5.1. Näringsidkaren blir hänvisad att väcka talan vid svensk domstol, som inte bara är svarandens hemvistforum enligt artikel 2 utan också uppfyllelseorten i den mening som avses i artikel 5.1 b), eftersom varorna har levererats hit enligt avtalet.

Vill däremot konsumenten rikta anspråk mot näringsidkaren för brister i leveransförpliktelser finns uppfyllelseorten i Sverige. Konsumenten kan då välja om talan skall väckas vid domstol i Tyskland enligt huvudregeln i artikel 2 eller om det skall ske vid svensk domstol enligt den särskilda behörighetsregeln i artikel 5.1.

Har parterna inte avtalat om uppfyllelseorten bör enligt Pålsson denna ort enligt artikel 5.1 a) i förordningen bestämmas på samma sätt som uppfyllelseorten bestäms i artikel 5.1 i Brysselkonventionen.[415] Av EG-domstolens rättspraxis beträffande artikel 5.1 i Brysselkonventionen framgår att i avsaknad av överenskommelse mellan parterna bestäms uppfyllelseorten av den rättsordning som enligt forumlandets lagvalsregler är tillämplig på den i målet relevanta förpliktelsen (inom EU blir det normalt fråga om en tillämpning av Romkonventionens lagvalsregler).[416] Den relevanta förpliktelsen anses vara den som ligger till grund för käromålet.[417] Om den tyska näringsidkaren i exemplet ovan yrkar betalning av köpeskilling, blir konsumentens betalningsförpliktelse avgörande för att fastställa uppfyllelseorten. Enligt Romkonventionens allmänna lagvalsregel

412 Pålsson, SvJT 2001, s. 379.

413 A. st.

414 A. st.

415 Pålsson, a. a., s. 381. Se även samma författare i FS Lando, s. 259–282.

416 Se C-12/76, *Industrie Tessili Italiana Como* mot *Dunlop AG* och C-440/97, *GIE Groupe Concorde m.fl.* mot *kaptenen på fartyget Suhadiwarno Panjan m.fl.*

417 Se C-14/76, *De Bloos, SPRL* mot *Société en commandite par actions Bouyer*; C-266/85, *Shenevai* mot *K. Kreischer* och C-34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH* mot *Zuid Nederlandese Aannemers Vereiniging*. Se även C-38/81, *Effer SpA* mot *Hans-Joachim Kantner*; C-26/91, *Jakob Handte & Co. GmbH* mot *Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*. Om dessa fall, se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 75–83 och SvJT 2000, s. 711–717. Se även Arnt Nielsen, Julebog 1999, s. 13–15.

i artikel 4 utpekas som regel säljarens lag, då säljarens förpliktelse är den som är kännetecknande för avtalet.[418] Enligt säljarens lag, i detta exempel tysk rätt, skall penningförpliktelser erläggas på gäldenärens hemort, dvs. i Sverige.[419] Det finns alltså inte någon alternativt behörig domstol i Tyskland utan talan måste väckas vid svensk domstol.

För däremot konsumenten talan om skadestånd för försenad eller felaktig leverans blir näringsidkarens leveransförpliktelse i motsvarande mån den som är relevant för tillämpningen av artikel 5.1 i Bryssel I-förordningen.[420] Uppfyllelseorten för leveransförpliktelsen som ligger till grund för käromålet avgör med andra ord i vilket land det kan finnas en alternativt behörig domstol.

Tillämpningsproblemen blir uppenbara i de fall där käranden grundar sitt anspråk på att svaranden brustit i fullgörandet av *flera* förpliktelser. I ett sådant fall får domstolen försöka avgöra vilken av de olika förpliktelserna som framträder som den huvudsakliga.[421] Om de förpliktelser som ligger till grund för käromålet ter sig likvärdiga synes man tvingad att dra slutsatsen att alla förpliktelser anses som relevanta för att bestämma uppfyllelseorten, med följden att olika förpliktelser enligt samma avtal kan bedömas vid olika länders domstolar.[422]

De särskilda behörighetsreglerna i förordningen kan stimulera s.k. forum shopping mellan parterna.[423] Domstolsland väljs av käranden med hänsyn till var denna kan antas få den mest förmånliga utgången i målet. Den part som först hinner väcka talan får i praktiken bestämmanderätt när det gäller i vilket land en tvist skall prövas. Det finns således en risk för en kapplöpning till domstolarna. Vad som kan göra en viss domstol attraktiv i en gränsöverskridande konsumenttvist, förutom antagandet om en viss materiell utgång, kan vara ett nära geografiskt avstånd till domstolen, kunskap i rättegångsspråket, handläggningstider och kostnader.

3.2.4 Bryssel- och Luganokonventionerna

Som nämnts ovan har Bryssel I-förordningen sin bakgrund i 1968 års Brysselkonvention.[424] Mindre tillfredsställande är att Brysselkonventionen, i samma lydelse som hittills, även fortsättningsvis skall gälla mellan

418 Se Giuliano & Lagarde, s. 19–23.
419 Se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 81.
420 Se vidare Pålsson, a. a., s. 78–83.
421 Se C-266/85, *Shenevai* mot *Kreischer*.
422 Se Pålsson, SvJT 2001, s. 381.
423 Salerno, European PIL, s. 124–128, resonerar i viss mån om artikel 5.1 i denna stil. Se även Kropholler, s. 533–534.
424 Se ovan avsnitt 2.3.1.

Danmark och övriga EU-stater. Danmark anses nämligen inte som en medlemsstat enligt Bryssel I-förordningen.[425] Den kommande utvecklingen verkar dock ge vid handen att en ny konvention skall ingås mellan Danmark och gemenskapen.[426] Denna konvention skulle i så fall grunda sig på Bryssel I-förordningen och inbegripa de ändringar som har gjorts genom förordningen.[427]

Brysselkonventionen har som bekant också tjänat som förebild för 1988 års Luganokonvention. Till innehållet är Luganokonventionens regler i det närmaste identiska med Brysselkonventionens.[428] Meningen är att Luganokonventionen också skall revideras i överensstämmelse med Bryssel I-förordningen. En ny konvention väntas bli avslutad mellan gemenskapen samt Island, Norge, Schweiz och Polen.[429]

3.2.4.1 När särskilt konsumentskydd gäller

Eftersom Bryssel- och Luganokonventionerna tills vidare skall fortsätta att vara tillämpliga mellan Sverige och tre av de nordiska länderna (medan Bryssel I-förordningen endast tillämpas i förhållande till Finland) kan konventionerna inte förbigås oaktat att det finns en avsikt att i framtiden anpassa konventionernas regler till Bryssel I-förordningens nyare lösningar. Vidare skall Brysselkonventionens regler enligt övergångsbestämmelser tillämpas på de förfaranden som inletts före Bryssel I-förordningens ikraftträdande den 1 mars år 2002. Brysselkonventionen skall också tillämpas på de domar som meddelats före detta datum.[430]

Antag att en dansk firma sålt korrespondenskurser till konsumenter med hemvist i Sverige genom hemförsäljning.[431] Sedan uppstår en tvist mellan firman och en av konsumenterna som vägrar att fullgöra avtalet. Vilket lands domstol kan ta upp tvisten till prövning?

Liksom Bryssel I-förordningen innehåller Bryssel- och Luganokonventionerna (nedan konventionerna) ett särskilt avsnitt om domsrätt i konsumenttvister i artiklarna 13–15.[432] Tillämpningsområdet för konven-

[425] Se vidare Pålsson, SvJT 2001, s. 374.

[426] Se närmare Pålsson, a. a., s. 375 och Arnt Nielsen, Julebog 1999, s. 10.

[427] Enligt en opublicerad arbetspromemoria från Justitiedepartementet, s. 28, pågår diskussioner om ett avtal som skulle göra Bryssel I-förordningen tillämplig även i förhållande till Danmark.

[428] Se ovan avsnitt 2.3.1.

[429] Se Pålsson, SvJT 2001, s. 375. Se även ovan not 363.

[430] Se artikel 66 i Bryssel I-förordningen.

[431] Se MD 1973:11.

[432] Se därtill t.ex. Salerno, European PIL, s. 132–133 och Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 122–125.

tionernas konsumentskyddsregler är dock något snävare än motsvarande regler i Bryssel I-förordningen.[433] Liksom Bryssel I-förordningen omfattar förvisso konventionerna avbetalningsköp av varor och lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit om lånet eller krediten var avsedd att finansiera köp av varor enligt artikel 13 p. 1 och 2 konventionerna. Men när det gäller andra avtal särbehandlas konsumenten bara beträffande vissa avtal om avtalet avser tillhandahållande av varor och tjänster. Dessutom förutsätts att avtalet föregåtts av ett särskilt anbud till konsumenten i den konventionsstat där hon har hemvist eller av annonsering där, och att konsumenten har vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den staten.[434] Bryssel I-förordningens konsumentskyddsregler har däremot ett något vidare tillämpningsområde, eftersom i princip alla avtal som har träffats efter säljarens marknadsföringsåtgärder i konsumentens hemvistland enligt artikel 15 st. 3 i förordningen är skyddsvärda under förutsättning att det omtvistade avtalet faller inom ramen för säljarens åtgärder.[435]

När konsumentens motpart sökt upp konsumenten i hennes hemvistland och konsumenten t.ex. ingått avtalet där finns en så relevant anknytning till detta land att konsumenten inte skall behöva föra process i ett annat land, trots att hon är käranden.[436] *Inom ramen för Bryssel- och Luganokonventionernas avsedda konsumentskyddsområde* är behörighetsgrunderna desamma som i Bryssel I-förordningen. I konventionerna uttrycks detta, om konsumentens motpart är kärande, så att talan endast kan väckas vid domstolar i konsumentens hemvistland. Den danska firman måste alltså inge stämningsansökan vid svensk domstol (i enlighet med Brysselkonventionen). Visserligen kan ett annat lands domstolar som i och för sig är obehöriga bli behöriga om konsumenten går i svaromål inför den utländska domstolen. Detta gäller dock inte om konsumenten endast går i svaromål för att bestrida den domstolens behörighet enligt artikel 18.[437]

Önskar däremot konsumenten väcka talan mot den danska firman kan det ske antingen vid dansk domstol, dvs. i den stat där firman har etableringsställe, eller vid domstolarna i den konventionsstat konsumenten själv har hemvist, se artikel 14 st. 1. Vilken enskild domstol som är behö-

[433] Se ovan avsnitt 2.3.4.3.

[434] Se artikel 13 p. 3 i Brysselkonventionen.

[435] Se ovan avsnitten 2.3.4.3.

[436] Allmänt om en anknytning till konventionsområdet, se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 48–49.

[437] Se C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH* mot *Pierre Jacqmain*. Se även Pålsson, SvJT 2001, s. 389. Om förhållandet mellan artiklarna 18 och 13–15 i Brysselkonventionen, se Mankowski, IPRax 2001, s. 310–315.

rig, får då avgöras av nationell rätt i den stat som har internationell behörighet.[438]

Konventionerna innehåller i artikel 15 samma begränsningar i möjligheterna att avtala om behörig domstol som Bryssel I-förordningens artikel 17.[439]

3.2.4.2 När konsumentskyddet inte gäller

Utanför det avsedda konsumentskyddsområdet i Bryssel- och Luganokonventionerna skall talan mot motparten enligt huvudregeln väckas vid domstol i svarandens hemvistland enligt artikel 2. Särskilda behörighetsregler som fungerar som alternativ till huvudregeln finns i artiklarna 5–6A.[440] För problemen med den alternativa forumbestämmelsen i artikel 5.1 har redogjorts ovan i avsnitt 3.2.2.1.[441]

Avtal om prorogation till en domstol eller till domstolar i en konventionsstat är enligt konventionerna giltiga om vissa förutsättningar är uppfyllda, se artikel 17. Har exempelvis den danska firman och den svenska konsumenten utpekat en domstol eller domstolar i Danmark som behöriga medför avtalet att den utpekade domstolen eller domstolar i Danmark blir exklusivt behörig/a (enligt Brysselkonventionen i förhållande till Danmark). Även andra typer av prorogationsavtal, t.ex. prorogationsklausuler som är avsedda att skapa konkurrerande behörighet för en viss domstol utan att för den skull upphäva den behörighet som gäller för andra domstolar enligt konventionen, synes också kunna godtas.[442]

Således skiljer sig inte konventionernas särskilda konsumentskydd i någon högre utsträckning från Bryssel I-förordningens skydd. Däremot har förenklingar och förbättringar ägt rum genom förordningen, som underlättar rättstillämpningen.[443]

[438] Se närmare Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 49–50. Se även Mankowski, IPRax 2001, s. 33–37.

[439] Se ovan avsnitt 3.2.3.1.

[440] Om dessa artiklar, se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 75–114.

[441] Se även Pålssons kritik, FS Lando, s. 259–282.

[442] Pålsson, SvJT 2001, s. 388: "Sin ordalydelse till trots torde bestämmelsen inte ha varit ämnad att utgöra hinder för andra typer av prorogationsavtal – t.ex. ett avtal som avser enbart att tillskapa (konkurrerande) behörighet för en viss domstol utan att upphäva den behörighet för andra domstolar som följer av konventionen, dvs. att ha prorogativ men inte derogativ effekt – ges verkan enligt sitt innehåll."

[443] Skillnader synes dock kunna föreligga i vilka avtal som kan omfattas av konsumentskyddet enligt de olika instrumenten. Se ovan avsnitt 2.3.4.3.

3.2.5 Nationella regleringars fortsatta betydelse

Varken Bryssel I-förordningen eller Bryssel- och Luganokonventionerna är normalt tillämplig i de fall då svaranden inte är hemmahörande i någon medlemsstat eller konventionsstat.[444] Har svaranden hemvist utanför en sådan stat bestäms svensk domsrätt som regel av autonoma icke-konventionsgrundade domsrättsregler.[445] Nationella domsrättsregler har således egentligen bara intresse när konsumenten i sitt hemvistland vill ställa anspråk på en näringsidkare i ett land som varken är EU-medlemsstat eller konventionsstat. Vill en sådan näringsidkare väcka talan mot en konsument med hemvist i Sverige, tillämpas som huvudregel Bryssel I-förordningens regler.

Det saknas lagfästa domsrättsregler för avtalsrättsliga tvistemål i svensk rätt.[446] I stället får man med viss försiktighet genom analogi söka vägledning i de svenska behörighetsreglerna i 10 kap. RB om tvistemål.[447] Dessa regler avgränsar svenska domstolars jurisdiktionsområden från varandra och har i huvudsak utformats för internt bruk.[448]

Antag att en svensk konsument köpt datorprogram på Internet av ett företag i USA. Leverans sker genom att programmet laddas ner från Internet på konsumentens hemdator. Konsumenten vill sedan stämma företaget med yrkande om skadestånd för brister i leveransförpliktelserna. Kan konsumenten göra det vid svensk domstol?

I 10 kap. 8 a) § RB finns en forumbestämmelse som ger konsumenter rätt att i interna fall föra talan mot en näringsidkare vid domstolen i den ort där konsumenten har hemvist. Denna domsrättsregel lämpar sig dock inte för analogier i några utlandsanknutna konsumenttvister. Det vore allt för betungande för näringsidkare etablerade i andra länder om det för svensk domsrätt i utlandsanknutna konsumenttvister rent allmänt skulle räcka att den kärande konsumenten har hemvist i Sverige, utan något annat krav på anknytning till Sverige.[449]

[444] Se artikel 4 i regelverken.

[445] Se närmare Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 49–50 och SvJT 2001, s. 376–378.

[446] Det finns dock på vissa specialområden, se Bogdan, Svensk IP, s. 107–108, se särskilt not 2 på s. 108.

[447] Bogdan varnar för en mekanisk tillämpning av interna forumregler analogt. Bogdan, Svensk IP, s. 109. Se även Dennemark, s. 51–52.

[448] Dennemark, s. 52, förklarar att de interna lokala forumreglerna i princip innefattar en indirekt reglering också av domsrättsproblemet.

[449] Likaså Bogdan, Svensk IP, s. 111 och Olsen, Konsumentskyddets former s. 37. Jämför Åkerman & Thunman, s. 434 och Carlén-Wendels, Nätjuridik, s. 37, som förefaller vara av en annan åsikt. Se även SOU 1982:26, s. 359, där det i anslutning till 10 kap. 8 a) § RB förklaras att i flertalet småmål är det näringsidkaren som är käranden.

Om konsumenten som kärande vill väcka talan "på hemmaplan" kan möjligen 10 kap. 3 § 1 st. 1 men. RB användas för att grunda svensk domsrätt.[450] Bestämmelsen innebär att den som inte har känt hemvist i Sverige, varmed också avses utländska juridiska personer, får stämmas här i tvist rörande betalningsskyldighet om vederbörande har egendom i landet.[451] Har det amerikanska bolaget egendom som tillhör detta i Sverige, synes villkoren för svensk domsrätt kunna föreligga då konsumentens yrkande rör betalningsskyldighet av skadestånd.[452]

Även i de fall där tvisten rör lös egendom i Sverige får den som inte har känt hemvist inom landet instämmas här enligt 10 kap. 3 § 1 st. 2 men. RB. I dessa fall bör dock tvisten gälla själva rätten till egendomen. Det förefaller inte räcka med att tvisten avser betalning av köpeskillingen för egendomen.[453] Är den svenska domstolen obehörig att ta upp en tvist, som har väckts vid den, skall tvisten ändå anses väckt vid rätt domstol om svaranden inte har gjort en foruminvändning eller underlåtit att gå i svaromål, se 10 kap. 18 § RB. Denna autonoma reglering är således mindre "sträng" än Bryssel- och Luganokonventionerna (art. 20) och Bryssel I-förordningen (art. 26) enligt vilka en domstol självmant prövar sin behörighet om svaranden inte går i svaromål.

Alternativt kan domsrätt grundas på 10 kap. 4 § RB. Den som inte äger känt hemvist i Sverige kan stämmas här i tvister om förbindelser eller gäld som hon ingått eller ådragit sig i Sverige. Av svensk rättspraxis framgår emellertid att en avtalsförbindelse inte kan anses ingången i Sverige om avtalet har ingåtts per brev eller telefonsamtal från utlandet till

[450] Se NJA 1966 s. 450 och NJA 1962 s. 354. Mer ingående om 10 kap. 3 § RB, se Dennemark, s. 143–172.

[451] Med egendom avses i princip all egendom som har förmögenhetsvärde. HD har dock i NJA 1981 s. 386 ansett att egendom som är avsedd för besökares personliga bruk under en tillfällig vistelse i Sverige inte grundar domsrätt. Se även Dennemark, s. 158.

[452] Enligt Dennemark råder tveksamhet om förmögenhetsforum är tillämplig endast i fall då tvisten rör svarandens skyldighet att betala, eller om stadgandet också avser sådana mål i vilka tvisten gäller om betalningsskyldighet åvilar eller inte åvilar käranden, t.ex. en negativ fastställelsetalan avseende kärandens betalningsskyldighet mot svaranden. Problematiskt är vidare om konsumenten till sin negativa fastställelsetalan fogar ett krav på fullgörelse, t.ex. att rätten må förklara att konsumenten inte är bunden av ett avtal och därtill att rätten må förplikta svaranden att utge de belopp som redan erlagts. Dennemark drar slutsatsen att kärandens negativa fastställelsetalan inte kan upptas vid förmögenhetsforum, utan uppenbarligen tar bestämmelsen enbart sikte på sådana tvister som gäller svarandens betalningsskyldighet. En annorlunda bedömning skulle möjligen göras om yrkandet avser en fullgörelsetalan om att prestationerna skall återgå. Alldeles givet är dock detta inte, utan regeln måste ses i sitt sammanhang: svensk domsrätt kan föreligga i större eller mindre utsträckning än vad forumreglerna ger vid handen. Dennemark, s. 149–152. Av samma uppfattning synes Bogdan vara i Svensk IP, s. 114–116.

[453] Bogdan, a. a., s. 114.

Sverige, och att bestämmelsen skall tolkas strängt efter ordalagen.[454] Man kan förmoda att tvister om avtal som ingåtts på distans genom Internet bedöms på samma sätt. Eftersom regeln i 10 kap. 4 § RB är dispositiv förutsätts dock att det amerikanska företaget gör en foruminvändning, dvs. avvisning av målet sker endast om svaranden gör en sådan invändning enligt 10 kap. 18 § RB.

En intressant domsrättsgrund, i synnerhet för de avtal som ingås genom Internet, finns i 10 kap. 5 § RB. Där stadgas att den som idkar rörelse med fast driftställe får i tvist som uppkommit omedelbart på grund av den rörelsen sökas där driftstället är. Bestämmelsen gäller även utländska svaranden med hemvist eller etablering i utlandet, om de driver rörelse med fast driftställe i Sverige.[455] Meningen med bestämmelsen är att den som genom ett företags fasta driftställe ingår förbindelser med företaget skall kunna vända sig till driftställets forum i uppkomna tvister, om det är mer bekvämt för henne än att inleda process mot företaget vid dess hemvistforum.[456] För att man skall kunna tala om ett fast driftställe fordras att driftstället är för stadigvarande bruk, t.ex. kontor, filial eller verkstad.[457]

Bogdan har väckt frågan om en webbsida på Internet kan utgöra ett driftställe vid bedömningen av svensk domsrätt enligt bl.a. domsrättsregeln i 10 kap. 5 § RB.[458] Han synes anse att så kan vara fallet om webbsidan är interaktiv och programmerad att omedelbart bekräfta och tacka ja till beställningar, om leverans sker genom Internet och webbsidan återfinns på en webbplats som har ".se" som toppdomännamn.[459] En webbsida som ägnar sig åt tvåsidig kommunikation och försäljning skulle med andra ord kunna presumeras vara ett fast driftställe för stadigvarande bruk enligt 10 kap. 5 § RB enligt honom.[460]

Ett sådant lösningsförslag anpassar gamla lösningar till nya problem och ger en dynamik i den autonoma domsrättsregeln som utformats före Internets tillkomst. Svårigheten är dock att en näringsidkare kan anses ha ett fast driftställe i samtliga de länder där webbsidan är tillgänglig. Detta kan göra det mindre attraktivt för näringsidkare att bedriva handel över gränserna om näringsidkare kan tvingas gå i svaromål vid olika länders domstolar. Följaktligen skulle det stämma illa överens med principen om

[454] Se NJA 1923 s. 202; NJA 1925 s. 330; NJA 1940 s. 354 och RH 1987:25. Se även Bogdan, Svensk IP, s. 116.

[455] Se härom Dennemark, s. 196–202.

[456] Dennemark, s. 200.

[457] Se NJA 1943 Avd. 2 s. 100–101.

[458] Bogdan, SvJT 1998, s. 825–836. Jämför North, ICLQ 2001, s. 503–504.

[459] En viss reservation gör han dock, se Bogdan, a. a., s. 828 not 10.

[460] Se Bogdan, a. a., s. 830.

fri rörlighet inom EU. En näringsidkare kan vidare enkelt ta bort webbsidan som anses grunda domsrätt. När webbsidan tas bort försvinner också domsrättsgrunden.[461] Mot bakgrund av såväl bestämmelsens ordalag som dess syften synes det kunna ifrågasättas om en webbsida kan vara ett fast driftställe som uppfyller kravet på stadigvarande bruk.[462]

Intresseväckande är att den autonoma svenska domsrätten förefaller ha blivit utvidgad i rättspraxis genom en analog tillämpning av Luganokonventionen. I AD:s avgörande 1995 nr 120 anförde domstolen i anslutning till vad HD uttalat i NJA 1994 s. 81 att Luganokonventionen ger "uttryck för vad som numera är internationellt vedertagna principer i fråga om kompetenskonflikter mellan domstolar i olika länder".[463] Konventionen har alltså beträffande domsrättsfrågan givits betydelse utanför sitt geografiska tillämpningsområde, analogivis.[464]

Det går att föreställa sig en situation där svensk domsrätt både skulle kunna grundas på regler i 10 kap. RB och i Luganokonventionen analogt. Konkurrerar då regelverken om tillämpning? Eller bör en analog tillämpning av Luganokonventionen endast ses som ett komplement till 10 kap. RB, som bara kan tillgripas för att utvidga svensk domsrätt i de fall som inte ryms under de domsrättsgrunder som genom en analog tillämpning finns tillgängliga i 10 kap. RB?

En naturlig utgångspunkt i konkurrenssituationer är att falla tillbaka på 10 kap. RB. Dessa behörighetsgrunder är väl etablerade och vedertagna. Mot detta talar att det kan finnas skäl att direkt falla tillbaka på en analog tillämpning av Luganokonventionens regler, eftersom dessa regler har tillkommit särskilt med tanke på internationell handel och innehåller i förhållande till 10 kap. RB modernare regler som ger uttryck för internationellt accepterade principer. Likartade regler borde väl också tillämpas i förhållande till stater utanför EES-området? En analog tillämpning kan naturligtvis inte ske utan vidare utan även i dessa fall måste försiktighet iakttas.[465]

461 Se även avsnitt 6.5.2.3.

462 Se vidare a. st. I övrigt kan tilläggas att svensk domsrätt finns enligt 10 kap. 1 § RB analogt om svaranden har hemvist här i landet. Genom införande av ett skriftligt avtal om domstol (prorogationsavtal) i konsumentavtalet kan parterna säkerställa att en viss annan stats domstol skall vara ensamt behöriga enligt 10 kap. 16 § RB.

463 Se Pålsson, SvJT 1996, s. 622–623 och SvJT 1997, s. 110 och Bogdan, Svensk IP, s. 108.

464 Om Brysselkonventionens betydelse för vissa andra EU-medlemsstaters nationella behörighetsregler, se Salerno, European PIL, s. 156–157.

465 Bogdan, Svensk IP s. 108. En utvidgning av domsrätten på detta sätt måste dessutom ses i samband med möjligheterna att få ett svenskt avgörande erkänt och verkställt utomlands. Det framstår som fruktlöst att genomföra en process i Sverige om ett avgörande inte kan erkännas och verkställas i det land där det finns ett intresse av att ett avgörande gäller. Å andra sidan bör det inte glömmas bort att ett avgörande kan ha viss bevisverkan i en ny rättegång.

Skulle det emellertid vid en jämförelse visa sig att svensk domsrätt finns enligt 10 kap. RB men inte enligt Luganokonventionen bör antagligen inte detta innebära att svensk domsrätt skall inskränkas, utan konventionsreglerna kan bara tillämpas analogt för att utvidga svensk domsrätt.[466]

I Internetexemplet ovan förefaller inte svensk domsrätt kunna utvidgas genom en analog tillämpning av Luganokonventionens konsumentskyddsartiklar i 13–15. Avtalet gäller köp av programvara som inte självklart kan klassificeras som en vara i betydelsen lös sak.[467] En analogi får i så fall i stället grundas på konventionens allmänna domsrättsregler.

Eventuellt kan svensk domsrätt grundas på en analog tillämpning av artikel 5.1 om uppfyllelseortens forum. För att så skall kunna ske förutsätts att de förpliktelser som ligger till grund för käromålet (skadestånd för brister i leveransförpliktelser) skall fullgöras i Sverige. I anslutning till vad som anfördes i avsnitt 3.2.2.1 måste ett lagval göras inom ramen för behörighetsfrågan. Denna fråga blir mycket komplicerad när det gäller leveransförpliktelser som skall fullgöras digitalt.[468] Den behandlas inte vidare i detta sammanhang.

3.2.6 EG-domstolens förhandsavgörande i Océano-målet

3.2.6.1 Bakgrund

I de förenade målen C-240/98-244/98 *Océano Grupo Editorial SA* mot *Rocío Murciano Quintero* samt mellan *Salvat Editores SA* mot *José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane* och *Emilio Viñas Feliu* uppkom vid EG-domstolen frågan om en nationell domstol självmant skulle vara förpliktigad att undersöka om avtalsvillkor i konsumentavtal är oskäliga med hänsyn till rådets direktiv (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal.[469] EG-domstolens svar (dom den 27 juli år 2000) blev jakande.

EG-domstolens ställningstagande är intressant både ur ett nationellt och ett internationellt privaträttsligt perspektiv. När det gäller materiella och internationellt processrättsliga konsumentskyddsreglers efterlevnad aktualiserar förhandsavgörandet bl.a. frågor om parters rätt att förfoga över processens ram och nationella domstolars officialprövning.

Bakgrunden till Océano-målet var att säljare med säte i Barcelona sålt uppslagsverk på avbetalning till konsumenter i Spanien. Avtalen innehöll s.k. prorogationsklausuler om att behörig domstol skulle utgöras av domstolarna i Barcelona. Där hade ingen av konsumenterna hemvist, men det

466 Bogdan, Svensk IP s. 108.

467 Om denna problematik, se ovan avsnitt 2.2.3.3.

468 Om fullgörelseort, se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 75–83.

469 För en rättsfallskommentar, se Andersson, ERT 2001, s. 565–573.

var alltså där säljarna hade sina säten. Sedan konsumenterna underlåtit att betala de belopp som de var skyldiga att erlägga väckte säljarna talan mot konsumenterna vid domstol i Barcelona, inom ramen för ett summariskt betalningsförfarande. Säljarna yrkade att konsumenterna skulle förpliktas utge förfallna belopp. Utan att delge konsumenterna stämningsansökningarna förklarade den spanska domstolen målen vilande och vände sig till EG-domstolen med följande fråga: "Kan en nationell domstol ex officio bedöma huruvida ett villkor är oskäligt eller inte innan den beslutar om en ansökan kan tas upp till sakprövning vid allmän domstol, med hänsyn till konsumentskyddet i rådets direktiv (93/13/EEG) om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal?"

Enligt EG-domstolen skall tolkningsfrågan besvaras så att en nationell domstol "ex officio får bedöma huruvida ett villkor i det avtal som har lagts fram för den är oskäligt, när den undersöker huruvida en ansökan som har getts in till de nationella domstolarna kan tas upp till sakprövning".[470]

Inledningsvis konstaterar dock EG-domstolen att prorogationsklausulen uppfyllde alla kriterier för ett oskäligt avtalsvillkor enligt direktivet. Ett avtalsvillkor som medför att en konsument måste godta exklusiv behörighet vid en avlägset belägen domstol kan göra det svårt för henne att inställa sig. Det finns t.o.m. enligt EG-domstolen en fara för att konsumenter i tvister om blygsamma belopp därför helt avstår från att väcka talan eller gå i svaromål. Således skulle prorogationsklausulen anses vara ett oskäligt avtalsvillkor enligt direktivet. Den har nämligen inte varit föremål för individuell förhandling och medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.[471]

När det gäller frågan om en nationell domstol ex officio kan bedöma ett avtalsvillkors oskälighet lägger EG-domstolen vikt vid direktivets syfte. Genom direktivet etableras ett skyddssystem till förmån för den i förhandlingsposition och i informationsnivå svagare konsumenten. Skyddssystemet innebär att medlemsstaterna skall föreskriva att oskäliga avtalsvillkor inte är bindande för konsumenterna.[472] Det målet skulle inte kunna uppnås om konsumenterna var skyldiga att själva göra gällande att sådana villkor är oskäliga. EG-domstolen underströk därför att även

[470] Se premiss 29 i de förenade målen C-240/98-244/98, *Océano Grupo Editorial SA* mot *Rocío Murciano Quintero* samt mellan *Salvat Editores SA* mot *José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane och Emilio Viñas Feliu.*

[471] Se artikel 3.1 i direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal och p. 1 q i bilagan som anger att villkor som upphäver eller inskränker konsumentens rätt att gå till domstol kan vara oskäliga. Se även C-144/99, *Europeiska kommissionen* mot *Konungariket Nederländerna.*

[472] Se artikel 6.1 i direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal.

om de flesta medlemsstater tillåter att enskilda företräder sig själva i tvister om mindre värden, finns en inte obetydlig risk för att konsumenten, bl.a. på grund av okunnighet, inte gör gällande att det villkor hon ställs inför är oskäligt. Enligt EG-domstolen kan ett fungerande konsumentskydd endast uppnås om en nationell domstol får bedöma ett sådant villkor ex officio.

Den intervenerande franska regeringen påpekade att direktivets system kräver att medlemsstaterna i förebyggande syfte vidtar särskilda kollektiva åtgärder som syftar till att avlägsna missbruk som är till skada för konsumenternas intressen.[473] Mot den bakgrunden är det enligt den franska regeringen svårt att föreställa sig att en domstol i en tvist mellan enskilda parter skulle tillämpa ett oskäligt avtalsvillkor av den enda anledningen att konsumenten inte har gjort gällande att det är oskäligt.[474] I linje härmed betonade EG-domstolen att den möjlighet som en domstol har att ex officio granska om ett avtalsvillkor är oskäligt är ett medel ägnat dels att uppnå direktivets syfte om att förhindra att konsumenter blir bundna av oskäliga avtalsvillkor, dels ett medel för att förverkliga de mer offentligrättsliga målen med direktivet. En officialprövning kan ha avskräckande effekt som leder till att näringsidkare avstår från att använda oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal.

3.2.6.2 Vilka konsekvenser har domen ur ett svenskt perspektiv?

Av EG-domstolens dom i Océano-målet synes följa att en svensk domstol självmant kan avvisa en stämningsansökan i anledning av bristande behörighet, då denna behörighet grundas på en oskälig prorogationsklausul.

Hos oss synes detta ha varit en främmande tanke.[475] Tvingande konsumentskyddsregler skyddar konsumenter genom att överenskommelser som träffats före tvistens uppkomst och som strider mot tvingande regler är ogiltiga. Inget hindrar dock att parterna efter tvistens uppkomst träffar överenskommelser som står i strid med de tvingande reglerna. Detta gäller även om konsumenten går miste om det skydd som tvingande regler ger, t.ex. som en följd av att hon inte kände till reglernas innehåll. Det sagda innebär att konsumenttvister skall handläggas av allmän domstol enligt regler om dispositiva tvistemål även om det innebär en tillämpning av tvingande civilrättsliga regler.[476]

[473] Artikel 7 i direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal

[474] Se även KOM (2000) 248 slutlig, s. 191–192. Där beskrivs bl.a. att den franska Cour de cassation (cass.civ. 16/02/1994 – INC NO 3326 – CLAB fr000524.fic) återförvisat ett beslut till underinstansen på grund av fel i förfarandet från den instans som självmant bedömt det oskäliga i ett avtalsvillkor.

[475] Avvisning av en stämningsansökan kan dock ske i vissa fall, se 42 kap. 2–3 §§ RB.

[476] Se närmare t.ex. Heuman, s. 321.

Konsumentskyddets efterlevnad i civilrättsliga tvister i Sverige utgår från att bedömningen av om ett villkor är oskäligt görs med hänsyn till hur parterna utformar sin talan. En domstol kan inte utdöma annat eller mera än vad part yrkat i behörig ordning, och endast lägga till grund för domen omständigheter som åberopats av part.[477] För att oskäliga avtalsvillkor skall bedömas av svensk domstol förutsätts med andra ord viss aktivitet från någondera parts sida.

EG-domstolen ansåg att en mer aktiv officialprövning från den nationella domstolens sida var nödvändig för att utjämna obalansen mellan avtalsparterna och för att säkra att EG-rättsliga konsumentskyddsregler får sin avsedda kompenserande verkan. Man skulle visserligen kunna hävda att en svensk domstol kan utöva officialverksamhet vid den materiella processledningen och därigenom tillgodose konsumentens behov av skydd.[478] Materiell processledning förutsätter emellertid att en stämning utfärdats, vilket inte är ett krav enligt avgörandet i Océano-målet.

Domen innebär emellertid inte en obligatorisk skyldighet för svenska domstolar att avvisa mål där behörighet grundats på ett oskäligt prorogationsavtal: domstolen *får* avvisa, men den måste inte. Därutöver ges inga besked om under vilka förutsättningar en domstol kan utöva denna officialverksamhet och ingripa eller avstå från att ingripa. Det är dessutom osäkert om en ex officio-granskning gäller enbart 1993 års direktiv och därpå grundade svenska regler eller om man kan förutsätta att en sådan granskning kan äga rum även i andra fall där konsumenters rättsliga ställning berörs och där det finns skyddsreglering baserad på EG:s rättsakter. Det som EG-domstolen konstaterade i Océano-avgörandet kan sägas vara aktuellt för nästan alla konsumenttvister; konsumentskyddsregler får inte sin avsedda kompenserande verkan om inte skyddet kan tillvaratas i praktiken.

En annan fråga av intresse för denna studie är vilken relevans avgörandet kan tillmätas när det gäller oskäliga avtalsvillkor i gränsöverskridande konsumentavtal. Kan en svensk domstol ex officio avvisa en stämningsansökan på grund av att det prorogationsavtal som ger domstolen internationell behörighet anses oskäligt? Eller omvänt, kan en svensk domstol ta upp en utlandsanknuten tvist trots att någon behörighetsgrund inte angivits?

Ett prorogationsavtal i ett gränsöverskridande konsumentavtal kan anses oskäligt om det tvingar en konsument att svara eller väcka talan vid

[477] Se 17 kap. 3 § RB.

[478] "By assessing the unfairness of a term ex officio, the court merely puts the contract in the situation in which it would have been had the system put in place operated perfectly": KOM (2000) 248 slutlig, s. 192. Om materiell processledning, se nedan avsnitt 3.3.3.3.

en domstol i ett land långt ifrån hennes hemland.[479] Man kan befara att t.ex. geografiska avstånd, kostnader och främmande språk och rättskultur avskräcker konsumenter från att tillvarata sin rättsenliga intressen vid en domstol i ett annat land. Detta är samma skyddsbehov som EG-domstolen identifierade i Océano-målet. I likhet med Océano-målet kan man hävda att ett fungerande internationellt processrättsligt skydd endast kan uppnås om nationella domstolar ex officio bedömer ett prorogationsavtals oskälighet. Det framstår dock inte som sannolikt att en svensk domstol vars internationella behörighet grundas på ett prorogationsavtal redan före det att stämningsansökan utfärdats skulle undersöka avtalsvillkorets oskälighet. Vissa begränsningar följer dock av 42 kap. 2–4 §§ RB.

Den nu diskuterade situationen där det finns ett prorogationsavtal måste skiljas från fall där svaranden går i svaromål inför en domstol utan att bestrida dess behörighet, s.k. tyst prorogation. Behörighetsreglerna i Bryssel I-förordningen och Bryssel- och Luganokonventionerna är i princip dispositiva för parterna i den bemärkelsen att käranden kan väcka talan vid fel forum och få talan prövad om inte svaranden gör en form-invändning, utan inlåter sig i själva saken. Genom sitt handlande anses svaranden underförstått accepterat domstolens behörighet. Frågan regleras i artikel 24 i Bryssel I-förordningen och i artikel 18 i Bryssel- och Luganokonventionerna. Den senare bestämmelsen har förklarats tillämplig i konsumenttvister.[480] Troligen bör detsamma även gälla motsvarande bestämmelse i artikel 24 i Bryssel I-förordningen. Konsumenten måste med andra ord själv vara aktiv för att hon inte skall gå miste om skyddet att få gå i svaromål i sitt eget hemland.

Av intresse i detta sammanhang är ett avgörande från HD där domstols officialverksamhet berördes i samband med behörighetsfrågan – dock inte i syfte att avvisa målet. I NJA 1999 s. 660 fastställdes att Luganokonventionens regler är avsedda att gälla oberoende av om de åberopas av part eller inte. Av Luganokonventionens artiklar 19 och 20 framgår att en nationell domstol vid prövningen av sin behörighet i vissa situationer skall beakta omständigheter som inte har åberopats. När det gäller situationer som inte omfattas av dessa artiklar får det enligt HD antas vara överlämnat åt domstolslandets reglering i vad mån hänsyn kan tas till omständigheter som inte har åberopats.[481] I fallet fann HD följaktligen att

[479] Se prop. 1994/95:17, s. 40, om omständigheter som skall beaktas vid oskälighetsbedömningen.

[480] Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 167: "Ej heller föreskrivs något undantag för försäkrings- och konsumenttvister eller i mål om anställningsavtal. I dessa fall är före tvistens uppkomst ingångna prorogationsavtal visserligen som regel utan verkan, men det finns inget hinder för prorogation efter tvistens uppkomst."

[481] Se även C-430/93 och 431/93, *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas van Veen* mot *Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten.*

42 kap. 2 § 1 st. 4 p. RB inte hindrar att en domstol finner sig behörig på grund av omständigheter som framgår av processmaterialet även om de inte har åberopats som behörighetsgrund.[482] Lösningen är processekonomiskt korrekt och tillgodoser den principiellt sett svagare partens behov av rättsskydd och kravet på materiellt riktiga domar.

3.2.7 Allmänna reklamationsnämnden

ARN prövar tvister mellan konsumenter och näringsidkare.[483] ARN:s verksamhet skall vara anordnad så att konsumenter inte avstår från att utverka förmåner för att det är för dyrt och komplicerat att gå till domstol.[484] En nämndprövning avser således att råda bot på de nackdelar som en ordinär tvistemålsprocess kan ha i en konsumenttvist om blygsamma belopp.[485] ARN prövar endast tvister på begäran av konsument.[486] En näringsidkare som vill rikta anspråk mot en konsument kan inte vända sig till ARN.[487]

I vissa fall kan ARN också pröva tvister med anknytning till utlandet. Betydelsen av denna funktion understryks av lanserandet av EEJ-Net som skall ge konsumenter bättre tillgång till alternativ tvistelösning över gränserna och tyder på en allmän "europeisering".[488] Men när kan en konsument som hamnat i en gränsöverskridande tvist begära nämndprövning?

I Sverige finns ingen lagfäst reglering av ARN:s behörighet att pröva utlandsanknutna tvister.[489] Av 15 § 3 p. i förordningen (1988:1583) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden framgår att ARN får avvisa ett ärende om det "med hänsyn till nämndens arbetsformer eller

[482] Av domsgrunderna framgår att "käranden i fall då det inte är uppenbart att TR:n är behörig domstol hänvisar till de omständigheter som enligt hans mening kan läggas till grund för dess behörighet är en fördel inte minst med hänsyn till intresset av att undanröja risken för att sådana omständigheter inte uppmärksammas, något som kan leda till onödiga avvisningsbeslut och därigenom vålla kostnader i processen. Som framgår av den berörda bestämmelsens avfattning behöver emellertid inte grunden för rättens behörighet uttryckligen anges, om den framgår av de uppgifter som i övrigt lämnas i eller i anslutning till stämningsansökningen". Se även Pålsson, SvJT 2000, s. 710–711.

[483] Om ARN:s uppgifter, se 1 § i ARN:s instruktion.

[484] Heuman, s. 574.

[485] Se ovan avsnitt 1.2.3.3.

[486] Näringsidkaren kan dock inte tvingas att medverka i ett förfarande inför ARN som karakteriseras av frivillighet. Det hindrar dock inte att ARN avgör ett ärende i sak även om näringsidkaren underlåter att avge svaromål.

[487] Se närmare Heuman, s. 362–366.

[488] Se ovan avsnitt 3.2.1.

[489] På ARN har dock riktlinjer härom upprättats. Se t.ex. ARN 1999-09-28, Ärnr 1999-5084. Se även Bogdan, Nord 1992:31 s. 86.

andra omständigheter inte lämpar sig för prövning av nämnden", t.ex. då sakförhållandena inte kan utredas tillfredsställande.[490] Detta ger ARN en stor handlingsfrihet att avgöra vilka ärenden som skall tas upp till prövning och vilka tvister som inte förtjänar en sådan behandling. Nämndprövning kan således vara utesluten på grund av att saklig kompetens inte föreligger (se 1–3 §§ i ARN:s instruktion) eller av andra skäl (se 15 § i ARN:s instruktion).

Enligt en av ARN:s viceordförande den 28 september år 1999 upprättad promemoria skall ARN enligt sin arbetsordning "normalt" ta upp konsumenttvister mot:

1. alla svenska näringsidkare;

2. utländska näringsidkare med driftställe i Sverige;

3. utländska näringsidkare när avtalet rörande varan eller tjänsten har träffats i Sverige, eller

4. utländska näringsidkare när avtalet rörande varan eller tjänsten kan ha träffats utomlands men marknadsföringen skett i Sverige, konsumenten är bosatt i Sverige och det inte är uppenbart att en rekommendation blir verkningslös.[491]

Ger ett ärende vid handen att det lämpligen bör prövas av någon av ARN:s nordiska motsvarigheter bör man enligt promemorian ta kontakt med berörd nämnd och undersöka om ärendet kan överlämnas dit. Blir svaret nekande, bör ärendet kunna prövas vid ARN, om konsumenten är bosatt i Sverige och invändning inte görs om ARN:s behörighet att pröva tvisten.[492] Andra utlandsanknutna tvister än de ovan angivna bör enligt promemorian avvisas.

En viktig synpunkt när det gäller prövningen vid ARN är att nämnden förväntas avgöra tvister i enlighet med gällande rätt.[493] Vid utlandsanknutna tvister kan detta tänkas leda till användningen av utländsk rätt när det förutsätts av svenska lagvalsregler. Har exempelvis en engelsk konsument riktat klagomål mot en svensk näringsidkare i anledning av en felaktig vara som hon köpt på näringsidkarens engelska kontor så skall med största sannolikhet engelsk rätt tillämpas. En betydande begränsning i ARN:s behörighet består i att anvisningarna för vilka redogjorts ovan förespråkar att ärendet bör avvisas när tvisten skulle behöva prövas enligt utländsk rätt.

490 Se även uttalanden i denna riktning i ARN 1999-09-28, Ärnr 1999-5084.

491 A. st.

492 En sådan invändning skulle förmodas kunna innebära att en rekommendation blir verkningslös. Jämför Heuman, s. 176.

493 Se därtill Bogdan, Nord 1992:31, s. 86.

"Det kan tilläggas att nämnden normalt avvisar ärenden där utländsk lagstiftning måste tillämpas."[494]

Skälen till detta är enligt promemorian att sådana tvister inte kan handläggas på ett snabbt och billigt sätt, som utgör förutsättningen för nämndens verksamhet.[495] Det finns i sammanhanget anledning att betona att ARN inte automatiskt avvisar ett ärende bara därför att en utländsk lag borde vara tillämplig. Gäller exempelvis ärendet en svensk näringsidkare och en utländsk konsument får man förmoda att ARN prövar tvisten med tillämpning av svensk lag. ARN:s behörighet synes således sammanfalla med tillämpning av svensk rätt.

Nämndens ekonomiska resurser medger inte heller kostnader för översättning av handlingar som ges in till ARN på främmande språk. ARN accepterar därför som regel endast skriftväxling på det svenska språket, även om det förekommer att skriftväxling kan ske på engelska.[496]

Det kan vara intressant att något reflektera över vilka olika ändamålssynpunkter som aktualiseras vid bedömningen av huruvida ARN bör ta upp eller avvisa en utlandsanknuten konsumenttvist mot bakgrund av den ovan nämnda internt upprättade promemorian. Beroende på parternas hemvist gör sig olika synpunkter gällande.

Rör ärendet *en utländsk konsument och en svensk näringsidkare* bör sakprövning kunna äga rum om konsumenten är i behov av det rättsskydd som innefattas i det billiga och smidiga förfarandet. Näringsidkare i Sverige följer dessutom i hög utsträckning ARN:s rekommendationer.[497] EEJ-Net förutsätter att konsumenter i andra EU-medlemsstater samt Norge och Island ges tillgång till alternativ tvistlösning i Sverige på samma villkor som konsumenter med hemvist här i landet.

Rör ärendet *en svensk konsument och en utländsk näringsidkare* måste beaktas om näringsidkaren kan antas efterkomma rekommendationen. Står det klart att näringsidkaren inte kommer att följa en rekommendation finns det ingen anledning att slösa på ARN:s begränsade resurser. I det fallet kan det vara bättre att hänvisa konsumenten till allmän domstol. Om andra alternativa tvistelösningsorgan utomlands framstår som betydligt mer förmånliga för konsumenten kan det också utgöra ett skäl för att avvisa ett ärende. Genom EEJ-Net får svenska konsumenter på ett förhållandevis enkelt sätt möjlighet att utnyttja alternativa tvistelösningsorgan i andra deltagarstater som kanske i det enskilda fallet är bättre lämpade än ARN att pröva tvister mot näringsidkare i det främmande landet. Det kan

[494] ARN 1999-09-28, Änr 1999-5084, s. 2.

[495] A. st.

[496] Se Heuman, s. 251–252 och Åbyhammar, s. 5.

[497] Detta variera naturligtvis från avdelning till avdelning, se t.ex. ARN:s årsbok 2000.

t.o.m. vara så att ett utländskt alternativt tvistelösningsorgan meddelar beslut som är verkställbara i det aktuella landet och som näringsidkaren således är skyldig att efterkomma.

Däremot kan det inte anses vara en tillräcklig anledning att avböja handläggning vid ARN enbart på grund av att en främmande rättsordning skulle vara tillämplig på konsumenttvisten.[498] Detta skulle gå stick i stäv med intentionerna bakom EEJ-Net. Nätverket avser att underlätta och skapa mer gynnsamma förutsättningar för konsumenters tillgång till gränsöverskridande tvistelösning utanför allmän domstol. Om nämndprövningen görs beroende av tillämplig lag får inte syftet med EEJ-Net avsedd verkan, och det kan förhindra att utländska konsumenter får tillgång till ARN på samma villkor som svenska konsumenter. För att ARN skall vara ett fullgott alternativ för att lösa konsumenttvister över gränserna borde verksamheten anpassas till de förändringar som konsumenthandeln kräver. Det vore således rätlinjigare att ge tillgång till nämndprövning men med tillämpning av svensk lag i "EU-interna" konsumenttvister.

3.3 Tillämplig lag på utlandsanknutna konsumentavtal

3.3.1 Allmän domstol

När talan i en konsumenttvist av internationell karaktär väcks vid svensk domstol är, i princip, domstolens första uppgift att ta ställning till sin behörighet. Finnes den föreligga är nästa specifikt internationellt privaträttsliga uppgift att bestämma den tillämpliga lagen (avtalsstatutet). En domstol kan inte utan vidare tillämpa svensk rätt, eftersom tvisten har anknytning till utlandet. För att ta reda på vilken lag som är avtalsstatut skall svenska regler om lagval användas. Lagvalsregler kan beskrivas som koordinerande regler som antingen bekräftar eller utesluter tillämpning av forumlandets lag.[499]

Det finns numera en trend mot att lagvalsregler i större utsträckning än tidigare slår vakt om konsumentens rättsskydd. I stället för att tillämpa den rättsordning som geografiskt sett har den starkaste anknytningen till avtalet, såsom normalt är fallet i internationella situationer, tillämpas i vissa fall i stället lagen i den stat där konsumentens har sitt hemvist.[500]

[498] Se även nedan avsnitt 3.3.2.

[499] Så länge det saknas uniforma materiella regler behövs lagvalsregler för att bestämma vilken av flera länders rättsordningar som skall tillämpas. För en diskussion om en "Consumer Code", se t.ex. Howells & Wilhelmsson, s. 333–334.

[500] Som tidigare angivits (avsnitt 1.6.5) anses det i svensk rätt mer etablerade uttrycket hemvist motsvara uttrycket vanlig vistelseort.

Denna lag kan kallas skyddslagen. Lagvalsfrågan regleras huvudsakligen av Romkonventionen. Romkonventionen lämnar emellertid företräde för andra lagvalsregler i nationella lagar som genomför gemenskapens rättsakter. För svenskt vidkommande handlar det om lagvalsregler i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållande, lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende och lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal. Det finns anledning att utgå från att även konsumentköplagen (1990:932) kommer att innehålla en lagvalsregel anpassad till direktivet (99/44/EEG) om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.[501]

3.3.1.1 Romkonventionen

Lagvalsavtal finns

Romkonventionen innehåller en särskild artikel (artikel 5) om vissa konsumentavtal.[502] Artikel 5 anknyter dock till konventionens huvudregler och måste ses mot bakgrund av dessa.

Romkonventionens huvudregel i artikel 3.1 återspeglar en allmänt accepterad grundidé i modern internationell privaträtt att parterna är fria att själva, med rättsligt bindande verkan, komma överens om vilket lands lag som skall tillämpas på deras avtalsförhållande, s.k. partsautonomi.[503] Partsautonomi innebär att den eljest tillämpliga lagens dispositiva och

[501] Se prop. 2001/02:143, s. 134.

[502] Om artikel 5 Romkonventionen, se t.ex. Pålsson, Romkonventionen, s. 70–81 och Anton, s. 345.

[503] Om partsautonomi, se t.ex. Pålsson, a. a., s. 43–45; Bogdan, TfR 1982, s. 13–16; Dicey & Morris, s. 1211–1217 och Kropholler, s. 409–414. För en komparativ framställning, se Lando, IECL 1976, s. 13–53. Romkonventionen synes dock inte tillåta en negativ partshänvisning, dvs. avtal om vilka rättsordningar som inte får tillämpas. Se Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 301. Parterna verkar inte heller enligt Romkonventionen kunna välja allmänna avtalsrättsliga principer, såsom t.ex. Principles of International Commercial Contracts (utformade av the International Institute for the Unification of Private Law) eller the Principles of European Contract Law (utarbetade av Lando-kommissionen). Konventionen är nämligen avsedd att tillämpas i de fall då ett val skall göras mellan lagarna i olika länder (se artikel 1). Det förefaller dock som om det framdeles finns behov av att låta Romkonventionen låta parterna kunna välja dylika principer. Åsikterna i doktrinen går dock isär, se t.ex. Pålsson, Romkonventionen, s. 44–45; Boele-Woelki, European PIL, s. 80–82; Kropholler, s. 413; Dicey & Morris, s. 1218–1219; Kassis, s. 526; Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 300–301; Castronovo, FS Lando, s. 115–122; Hartkamp, FS Lando, s. 180 och Lando, Julebog 1999, s. 141. En intressant jämförelse är den inter-amerikanska konventionen om tillämplig lag på internationella avtal signerad i Mexico den 17 mars 1994 vid den femte inter-amerikanska konferensen för internationell privaträtt. Den inter-amerikanska konventionen ger en domstol en större skönsmässig frihet att beakta allmänna avtalsrättsliga principer än Romkonventionen synes göra. För en kort kommentar och jämförelser mellan Romkonventionen och den inter-amerikanska konventionen, se Juenger, AJCL 1994, s. 381–393.

tvingande regler ersätts med motsvarande regler i den valda lagen.[504] Härigenom tillgodoses på ett enkelt sätt parternas berättigade krav på förutsebarhet om vilket lands materiella regler som kommer att reglera eventuella tvistefrågor. Internationellt enhetliga avgöranden främjas genom att oavsett vilket lands domstol som tar upp tvisten till prövning utpekas således samma lag, dvs. den avtalade lagen.[505] Genom partsautonomi förhindras också att käranden väljer domstol efter var det kan antas att hon får det mest förmånliga resultatet, s.k. forum shopping.[506]

Mot lagvalsfriheten i konsumentsammanhang kan invändas att den i vissa fall kan öppna möjligheter för näringsidkare att kringgå konsumentskyddsregler i den lag som annars skulle vara tillämplig. Antag att en svensk konsument på weekendresa i Paris ingår avtal med en fransk näringsidkare. Näringsidkarens standardavtal innehåller en partshänvisning till en rättsordning som saknar konsumentskyddslagstiftning. Partshänvisningen har gjort det möjligt för näringsidkaren att på ett enkelt sätt undvika vissa skyddsregler i den annars tillämpliga lagen. På bekostnad av konsumentens rättsliga ställning erhåller näringsidkaren ett resultat som stämmer överens med egna önskemål. I förlängningen skulle detta också kunna innebära att näringsidkare som sluter avtal med konsumenter från andra länder får konkurrensfördelar jämfört med andra näringsidkare i samma land. Medan näringsidkare som träffar rent interna avtal måste foga sig efter tvingande konsumentskyddslagstiftning som anpassats till gemenskapsrätten kan näringsidkare som sluter gränsöverskridande avtal kringgå gemenskapsrättslig konsumentskyddsreglering genom partshänvisning.

Visserligen är huvudregeln enligt Romkonventionen partsautonomi även för internationella konsumentavtal.[507] Men för att undvika ovan be-

[504] Parterna kan dock inte, om avtalsförhållandet har sin enda anknytning till ett enda land, genom en partshänvisning kringgå tillämpning av tvingande regler i det land till vilket avtalet har sin enda anknytning enligt artikel 3.3. Se härom Dicey & Morris, s. 1239–1247; Lando, CMLR 1987, s. 170 och Siesby, European PIL of Obligations, s. 207–208.

[505] Om den internationella privaträttens målsättningar i allmänhet, se Vischer, Rec. des Cours 1974:II, s. 9–17.

[506] Se Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 243–246. Jämför Audit, s. 198–199, som synes anse att partsautonomin kan öppna dörrar för s.k. fraude à la loi, dvs. där åberopade omständigheter har skapats för att uppnå vissa internationellt privaträttsliga fördelar. Se även avsnitt 4.3.2.2 om kringgående av lag.

[507] Enligt Romkonventionen skall valet av tillämplig lag vara uttryckligt eller med rimlig säkerhet framgå av antingen avtalets bestämmelser eller omständigheterna i övrigt, och det måste vara fråga om ett verkligt val av tillämplig lag. Om parterna överhuvudtaget har kommit överens om tillämplig lag är en bevisfråga och inte ett internationellt privaträttsligt problem. Se vidare Giuliano & Lagarde, s. 17; Firsching & von Hoffmann, s. 384–389; Kropholler, s. 409–412; Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 301–302 och Pålsson, Romkonventionen, s. 48–51. Om nationell rättspraxis beträffande artikel 3 i Romkonventionen, se Wilderspin, Europeanisation, s. 47–50.

skrivna negativa konsekvenser av partshänvisningar begränsar Romkonventionen deras rättsverkningar.[508] Begränsningen innebär att oavsett parternas val av lag skall detta val inte medföra att konsumenten berövas det skydd som tillförsäkras henne enligt tvingande regler i lagen i det land där hon har hemvist. Begränsningen i partsautonomin aktualiseras dock endast under någon av de i artikel 5.2 specificerade situationerna.[509] Sålunda är en förutsättning för att konsumenter skall ges ett visst internationellt privaträttsligt skydd att avtalet föregåtts av någon form av marknadsföring i konsumentens hemvistland. Vidare krävs att konsumenten i det landet vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna, eller att den andra parten eller en representant mottagit konsumentens beställning i det landet, eller att avtalet avser försäljning av varor och konsumenten rest från det landet till ett annat land och gjort sin beställning där, förutsatt att konsumentens resa arrangerats av säljaren i syfte att förmå konsumenten att köpa.[510]

Den närmare innebörden av begränsningen i parternas möjlighet att välja lag enligt artikel 5 är således att parternas val av tillämplig lag enligt artikel 3 inte skall medföra att konsumenten berövas det skydd som tillförsäkras henne enligt tvingande regler i lagen i det land där hon har sitt hemvist. En vald lag gäller så länge den ger ett med skyddslagen likvärdigt eller högre skydd. I den mån den valda lagen ger en lägre nivå på det materiella konsumentskyddet än skyddslagen kan dock tvingande regler i konsumentens lag komma att tillämpas. Det bör påpekas att med tvingande regler måste förstås inte bara särskilda konsumenträttsliga tvingande bestämmelser, utan även andra tvingande rättsregler, exempelvis inom den allmänna avtals- och köprätten.[511]

Vad denna begränsning i partsautonomin närmare innebär är osäkert och omstritt. Skall konsumenten tillförsäkras såväl den valda lagens som den annars tillämpliga lagens skydd eller kan konsumenten enbart förlita

[508] Flera författare har ställt sig kritiska till en obegränsad partsautonomi i utlandsanknutna konsumentavtal. Se t.ex. Collins, ICLQ 1976, s. 38; Morse, ICLQ 1992, s. 5 och Lando, FS Malmström, s. 145. Likartade uttalande förekommer också hos Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 294. Se också Lipstein, Harmonization of PIL s. 5, som kritiserar antagandet att den svagare partens lag alltid är bättre för henne än hennes motparts lag. Mer härom i avsnitt 4.6.1.

[509] För kommentarer om begränsningarna, se t.ex. Kassis, s. 334–340; Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 313–317; Giuliano & Lagarde, s. 23–24; Klingsporn, ZWB 1994, s. 1094–1095 och Philip, EU-IP, s. 153.

[510] Se ovan avsnitt 2.3.3.4.

[511] Så också Bogdan, TfR 1982, s. 23; Martiny, Münchener Kommentar, s. 1675; Mäsch, Rechtwahlfreiheit und Verbraucherschutz, s. 44; Jackson, Contract Conflicts, s. 65 och Kropholler, RabelsZ 1978, s. 652. Även Pålsson synes företräda denna ståndpunkt, även om hans uttalanden skulle kunna tas till intäkt för en motsatt ståndpunkt. Pålsson, Romkonventionen, s. 76. För en annan åsikt, se Dicey & Morris, s. 1290.

sig på *en lags* tvingande regler? När är konsumenten berövad det skydd som ges av tvingande regler i hemvistlandets lag? Förutsätts jämförelser mellan tvingande regler i flera rättsordningar? Vem bör i så fall göra sådana jämförelser?

Den s.k. russinteorin

Artikel 5.2 i Romkonventionen föreskriver att en lagvalsöverenskommelse i där närmare specificerade situationer inte får beröva konsumenten det skydd som hon har enligt tvingande regler i hemvistlandets lag.

Antag att en person med hemvist i Sverige i egenskap av konsument genom postorder köper en vara från en näringsidkare etablerad i ett annat land. Efter leverans anser konsumenten att varan är behäftad med fel och kräver hävning av köpet. Kravet avvisas av näringsidkaren med hänvisning till den partsvalda lagen, som t.ex. är lagen i det land där näringsidkaren har sitt etableringsställe. Låt oss vidare anta att den svenska konsumentköplagens felregler är mer förmånliga för konsumenten än motsvarande regler i den avtalade lagen. Däremot är regler angående påföljder vid fel i vara i den valda lagen mer förmånliga för konsumenten än den svenska konsumentköplagens påföljdsregler. Det är med andra ord fråga om en situation där den partsvalda lagens tvingande regler är mer förmånliga för konsumenten i ett hänseende, men mindre förmånliga i ett annat.

Frågan har ställts om artikel 5 Romkonventionen tillåter att en konsument "plockar russinen ur kakan" och stöder sig på felbedömningsregler i den partsvalda lagen och påföljdsregler i skyddslagen.

Enligt vissa författare bör artikel 5 anses medge denna form av "russinplockning".[512] Konsumenten bör med andra ord kunna stödja sig på tvingande regler i såväl den partsvalda lagen som i hemvistlandets lag. Bogdan skriver att konsumenten skall tillåtas "att plocka russinen ur kakan, eftersom han i fråga om sådana spörsmål, vilka i hans hemvistlands rättsordning regleras genom tvingande regler, alltid får åberopa det rättssystem som i den enskilda frågeställningen är bättre för honom. Samtidigt som konsumenten stöder sig på sitt hemvistlands tvingande lag för att visa att näringsidkarens talan redan är preskriberad, får han åberopa den valda rättsordningens preskriptionsregler för att visa att hans egen talan mot näringsidkaren inte är det".[513]

[512] Ett sådant synsätt har Bogdan i Svensk IP, s. 245, Nord 1992:31, s. 37–38 och TfR 1982, s. 26. I dansk doktrin synses uppfattningen ha gehör hos Svenné Schmidt, International Formueret, s. 230–231; Siesby, s. 98; Philip, EU-IP, s. 154–155 och Arnt Nielsen, Dansk IP, s. 519. Se även de Boer, RabelsZ 1990, s. 42–46, för en teoretisk diskussion.

[513] Bogdan, TfR 1982, s. 26.

Den närmare innebörden av den s.k. russinteorin är alltså att konsumentskyddshänsyn i två rättsordningar beaktas på ett mycket långtgående sätt till förmån för konsumenten och till nackdel för näringsidkaren. I exempelfallet skulle konsumenten kunna stödja sig på svenska felregler *och* den partsvalda lagens regler om påföljder vid fel i vara. Några jämförelser mellan vilka regler som är mer förmånliga för konsumenten i den avtalade lagen och i konsumentens hemvistlands lag skulle då inte behöva göras. Det är bara om tvingande regler i de aktuella rättsordningarna står i strid med varandra som det kan det bli aktuellt att företa ett val mellan dem. Valet bör då ske till förmån för de regler som är mest fördelaktiga för konsumenten. Eftersom det som regel är en näringsidkare som utformar avtalsvillkor inklusive klausulen om lagvalet, får näringsidkaren också bära konsekvenserna härav.[514]

Betänkligheter mot russinteorien finns dock. Teorin går alltför långt och ger konsumenter som handlar över gränserna ett skydd som inte kan erhållas enligt någon rättsordning, en s.k. "international law bonus".[515] Av bestämmelsens ordalydelse kan inte utläsas något krav på att en konsument skall ha "dubbelt skydd". Den anger bara att en partshänvisning inte får beröva konsumenten det skydd som tillförsäkras henne enligt lagen i det land hon har hemvist, inte att tvingande regler i flera rättsordningar skall komma till användning. Konsumentskyddet måste anses vara tillgodosett om konsumenten tillförsäkras samma eller likvärdigt skydd enligt den valda lagen som enligt lagen i hennes hemvistland. Innehåller däremot den valda lagen en lägre materiell skyddsnivå i de aktuella tvistefrågorna är konsumenten berövad skyddet om partshänvisningen skall gälla. Artikel 5 anger då den minimiskyddnivå som skall tillkomma konsumenten.

Om artikel 5 tolkas i enlighet med russinteorin urholkas för övrigt respekten för partsviljan (om det över huvud taget går att tala om en sådan i vad gäller konsumentavtal).[516] Om ett avtal till följd av en partshänvisning till förmån för näringsidkarens lag underkastas en blandning av för konsumenten fördelaktiga och för näringsidkaren ogynnsamma regler, såväl i den partsvalda lagen som i skyddslagen, undergrävs de fördelar om enkelhet och förutsebarhet som principen om partsautonomi erbjuder. En näringsidkare bör då avstå från lagvalsklausuler i sina standardavtal i de fall som omfattas av artikel 5.2 för att inte få sin verksamhet underkastad ett sammelsurium av regler.[517] Ännu en invändning är att russinteorin

[514] Bogdan, TfR 1982, s. 27.
[515] Allmänt om "international law bonus", se de Boer, RabelsZ 1990, s. 35.
[516] Pålsson, Romkonventionen, s. 77.
[517] A. st.

hämmar den inre europeiska marknaden, då näringsidkare kan komma att undvika internationell handel och utländska konsumenter. Detta bakåtsträvande går stick i stäv med hela tanken bakom EU och EG.

Även en annan allvarlig invändning kan riktas mot russinteorin. En av grundförutsättningarna inom den internationella privaträtten är att en lagvalsöverenskommelse omfattar ett avtal i dess helhet. Detta kommer också till uttryck i Romkonventionens artikel 3.1. Romkonventionen tillåter dock undantag härifrån. Parterna kan begränsa partshänvisningen till att gälla en del av ett avtal eller en rättsfråga.[518] I internationellt privaträttsliga sammanhang brukar man då tala om en "klyvning" av avtalsstatutet, s.k. dépeçage.[519] Dépeçage innebär att ett avtals olika delar underkastas regler i två (eller flera) olika rättsordningar.[520]

Romkonventionen uppställer visserligen inte några krav på hur delar eller frågor i ett avtal skall vara beskaffade för att dépeçage skall kunna användas. En vanlig uppfattning i doktrinen är emellertid att det bör vara delar eller frågor som kan regleras av tvingande regler i olika rättsordningar utan att ge upphov till motsägelser.[521] Det torde t.ex. inte vara tillåtet att den ena partens förpliktelser underkastas tvingande regler i en rättsordning medan den andra partens förpliktelser underställs tvingande regler i en annan rättsordning.[522] Inkonsekvenser skulle då lätt kunna uppstå. Om russinteorin tillämpades fullt ut skulle det kunna leda till att tvingande regler avseende näringsidkarens förpliktelser "plockades" ur en rättsordning medan tvingande regler angående konsumentens förpliktelser "plockades" ur en annan rättsordning. Skulle russinteorin anses vara den rätta för tolkningen av artikel 5 anser jag att man godtar en form av dépeçage som eljest inte får anses tillåten enligt Romkonventionen.

Men det finns även andra förslag på hur artikel 5 bör förstås. Enligt ett annat synsätt skall tvingande regler i skyddslagen tillämpas om förutsätt-

[518] Se artikel 3.1 men. 3 i Romkonventionen.

[519] Se härom Pålsson, Romkonventionen, s. 45–49; Dutoit, European PIL, s. 45; Giuliano & Lagarde, s. 17; prop. 1997/98:14, s. 39–40; Kassis, s. 355–360; Kropholler, s. 411 och Jaffey, Contract Conflicts s. 37.

[520] Dépeçage har ansetts vara en naturlig följd av partsautonomi. I komplexa avtal där man i själva verket har att göra med två eller flera olika avtal kan det inte heller anses särdeles anmärkningsvärt. Man kan t.ex. tänka sig ett avtal om köp av en verktygsmaskin också innehåller avtalsvillkor om vissa efterföljande servicetjänster som skall utföras på maskinen. I en sådan situation synes inga betänkligheter kunna resas emot att själva köpet regleras av säljarens lag medan utförandet av tjänsterna regleras av köparens lag. Se även avsnitt 4.5.3.

[521] Se Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 259–261; Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 302; Pålsson, Romkonventionen, s. 45; Dicey & Morris, s. 1291 och Lando, CMLR 1987, s. 167–169.

[522] Se Dicey & Morris, s. 1291.

ningarna i artikel 5 är uppfyllda, oavsett om de i det konkreta fallet är "bättre eller sämre" än tvingande regler i den valda lagen.[523] I vårt exempelfall angående skilda skyddsnivåer i olika rättsordningar skulle det innebära att den partsvalda lagens dispositiva regler tillämpas vid sidan av tvingande svenska regler. Partshänvisningen blir då endast av materiellrättsligt slag, dvs. den är begränsad till dispositiva bestämmelser i den tillämpliga lagen och omfattas inte av den särskilda internationellt privaträttsliga problematiken.[524] En sådan tolkning är neutral och enkel att tillämpa. Konsumenter från samma land likabehandlas i lagvalsfrågan.

Synsättet verkar dock sakna förankring i regelns ordalag och ändamål. Artikel 5 tar sikte på gränsöverskridande konsumentavtal. Om konventionens upphovsmakare hade avsett att partshänvisningar bara skulle ges en materiellrättslig verkan och således blott omfatta dispositiva regler i den valda lagen skulle partsautonomi uttryckligen förbjudits i de avsedda situationerna.

Artikel 5 Romkonventionen kan också förstås så att en konsument till stöd för ett visst anspråk får stödja sig *antingen* på tvingande regler i den partsvalda lagen *eller* på motsvarande regler i hemlandets lag.[525] Om konsumenten i exempelfallet ovan stöder sig på felbedömningsregler i svensk lag bör hon också finna sig i att svenska påföljdsregler blir tillämpliga.

Artikel 5 skulle då ge uttryck för en "minimiskyddsprincip", som innebär att partsautonomin respekteras så länge konsumenten inte berövas den materiella skyddsnivå som hon skulle haft om lagen i hennes hemvistland tillämpats. Det är bara om tillämpningen av den avtalade lagen ger konsumenten ett sämre skydd än annars som hon behöver det skydd som artikel 5 ger.

Problemet med detta lösningsförslag är att det förutsätter en resultatorienterad avvägning mellan den partsvalda lagens tvingande regler och motsvarande regler i rättsordningen i det land konsumenten har sitt hemvist.[526] Det kan vara svårt att avgöra vilka regler i de båda rättsordningarna som är mest förmånliga för konsumenten. Om den valda lagens reklamationstid vid fel i vara är kortare än den i skyddslagen kan man tycka att konsumenten har berövats skyddet, om preskriptionsreglerna

[523] För uttalanden i denna riktning, se Lando, CMLR 1987, s. 212. Se även Lando, RabelsZ 1974, s. 32–33.

[524] Se närmare Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 43–44.

[525] Synsättet har Pålsson, Romkonventionen, s. 77–78 och NordTIR 1980, s. 163–164; Dicey & Morris s. 1291; Kropholler, s. 430 och Martiny, Münchener Kommentar, s. 1676. Se även Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, s. 35–37, för en diskussion i frågan.

[526] Se dessutom de Boer, RabelsZ 1990, s. 43.

har relevans för konsumentens anspråk på näringsidkaren. Avvägningen får i alla händelser ta sin utgångspunkt i hur den valda lagen och lagen i konsumentens hemland löser en tvistig fråga.[527]

Detta leder i sin tur till frågan om vem som avgör vilka regler som är mest förmånliga – parterna eller domstolen? Denna fråga behandlas närmare i avsnitt 3.3.3.

Lagvalsavtal saknas

Det ovan sagda leder till frågan om vilken lag som skall tillämpas på ett konsumentavtal i avsaknad av parternas eget lagval. Varje privaträttsligt förhållande bör vara underkastat lagen i den stat till vilken den starkaste anknytningen finns.[528] Denna grundidé kommer till uttryck i konventionens artikel 4 som stadgar att ett avtal skall vara underkastat lagen i det land till vilket det ifrågavarande avtalet har sin närmaste anknytning (se artikel 4.1).[529] Det i sig ger föga vägledning om hur den tillämpliga lagen skall fastställas.[530] Hur den närmaste anknytningen bör identifieras anges dock av presumtionsreglerna i artiklarna 4.2–4.4.[531]

[527] Martiny, Münchener Kommentar, s. 1676: "Der Vergleich der beiden Rechtsordnungen konzentriert sich auf die konkret in Frage stehenden Rechtsprobleme. Ausgehen ist von dem Begehren des Verbrauchers."

[528] Tanken gör anspråk på att på ett objektivt sätt hänvisa rättsförhållandet till "den mest relevanta lagen". Se t.ex. Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 48. de Boer, RabelsZ 1990 s. 29: "There is no room for appraisal or evaluation or interpretation, hence no room for a different outcome of the choice-of-law process, if we are ready to accept the premise of the closest connection in a purely geographical sense. That leaves the problem of atypical cases, but that can be solved either by sacrificing an occasional inappropriate result to the integrity of the rule or by allowing the court to establish the closest connection on an ad hoc basis when the geographical calculus suggest another outcome than the one ordained by the conneting factor".

[529] Regeln har liknats vid vad som i nordisk doktrin brukar kallas den individualiserande metoden. Metoden innebär att en domstol vid lagval i avsaknad av partshänvisning skall beakta och väga samtliga anknytningar som t.ex. parternas hemvist, avtalsort, avtalets uppfyllelseort, osv. Det är fråga om en helhetsbedömning för att finna den tillämpliga lagen. Pålsson konstaterar att den individualiserande metoden använts i AD:s rättspraxis och i vissa fall drivits väl långt. Pålsson, Romkonventionen, s. 53–54. Metoden har kritiserats av Göranson för att sakna stöd i rättspraxis. Enligt Göranson har metoden endast använts en gång i allmän domstol i Sverige i det s.k. Guldklausulmålet, NJA 1937, s. 1. Därefter har den i svensk doktrin kommit att presenteras som en allmän svensk lagvalsregel för avtal, förutom partsautonomi. Göranson anser i stället att presumtionsregler har spelat en avgörande roll i HD:s rättspraxis. Göranson, FS Pålsson, s. 47–78. Se även Thue, TfR 1965, s. 587–610, som anser att en individualiserande metod är "konfliktskapende".

[530] Se Schultsz, Contract Conflicts, s. 185 och Firsching & von Hoffmann, s. 390, som synes förespråka att fullgörelseorten då skall avgöra lagvalet.

[531] Om dessa presumtionsregler, se t.ex. Giuliano & Lagarde, s. 20–22; Bogdan, TfR 1982, s. 23–25; von Bar, s. 323–325; Lando, CMLR 1987, s. 199–204 och Pålsson, Romkonventionen, s. 54–65. Lasok & Stone, s. 361–362, ställer sig kritiska till presumtionsreglerna.

Den viktigaste presumtionsregeln finns i artikel 4.2.[532] Bestämmelsen föreskriver att ett avtal skall anses ha närmast anknytning till det land där den part som skall utföra den prestation som är kännetecknande för avtalet (den karakteristiska prestationen) har sin vanliga vistelseort (hemvist i denna boks terminologi) vid avtalsslutet eller, om det gäller ett bolag, förening eller en annan juridisk person, denna sin centrala förvaltning. Ingår avtalet som ett led i ena partens affärsverksamhet eller yrkesverksamhet gäller lagen i 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.[533] Artikel 4.2 förefaller inte fästa något avseende vid huruvida verksamhetsstället medverkat vid avtalets ingående. Verksamhetsstället blir relevant enligt denna bestämmelse endast om den för avtalet karakteristiska prestationen skall fullgöras därifrån.[534]

I Romkonventionen ges inte någon definition av vad som avses med den karakteristiska prestationen. Normalt anses naturaprestationen vara den karakteristiska prestationen, *inte* den som utgörs i pengar.[535] Tydligt är att näringsidkarens prestation som regel är att betrakta som den karakteristiska prestationen i flertalet konsumentavtal. De flesta konsumentavtal går ju ut på att näringsidkaren skall prestera något som inte består av pengar, medan konsumenten skall utge vederlag för prestationen i pengar. Därför skall näringsidkarens lag som regel tillämpas på de konsumentavtal som faller inom tillämpningsområdet av artikel 4 i avsaknad av ett lagvalsavtal.

I doktrinen har bestämmelsen och presumtionen om den karakteristiska prestationen kritiserats för att den särskiljer den ena partens förpliktelse.[536] Presumtionen beaktar med andra ord inte att ett avtal normalt består av ömsesidiga förpliktelser, utan tillämplig lag fastställs på geografiska grunder som har med den ena parten att göra.

För egen del kan jag dock inte helt instämma i kritiken av artikel 4.2 då regeln i praktiken synes ha fungerat väl och svarar mot parternas be-

[532] Artikel 4.3 innehåller en speciell presumtionsregel för sakrätt eller nyttjanderätt i fast egendom. Det finns även en presumtionsregel för avtal om transport av gods i artikel 4.4. Se närmare prop. 1997/98:14, s. 41–42 och Pålsson, Romkonventionen, s. 62–63.

[533] Det brukar framhållas att regeln har sin förebild i schweizisk rätt. Men i Schweiz fästs vikt vid var den karakteristiska prestationen skall fullgöras medan Romkonventionen lägger betydelse vid vem som utför denna prestation. Se Lasok & Stone, s. 362.

[534] Bogdan, SvJT 1998, s. 835.

[535] Giuliano & Lagarde, s. 20 och prop. 1997/98:14 s. 41.

[536] Kritik har bl.a. framförts av Bogdan, TfR 1982, s. 19–20; Collins, ICLQ 1976, s. 45–49; Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 273–276; Fletcher, s. 162–164; Kaye, s. 187–191; Lasok & Stone, s. 361–364; Lipstein, Harmonization of PIL, s. 8–9 och Vischer, Harmonization of PIL, s. 27–29.

rättigade förväntningar om förutsebarhet i lagvalsfrågan.[537] Några stora tillämpningsproblem verkar den inte heller ha givit upphov till utan har i stället visat sig vara förhållandevis enkel att tillämpa i rättspraxis.[538] Visserligen ger inte bestämmelsen något utrymme för att genom lagvalet ta hänsyn till nivån på det skydd som konsumenten får i det enskilda fallet – det blir normalt helt överlämnat till näringsidkarens lag. I förhållandet EES-stater emellan är likväl en konsument garanterad en viss minsta skyddsnivå till följd av den rad konsumentskyddsdirektiv på olika områden som har antagits och som staterna är skyldiga att genomföra i sin nationella rätt.

Presumtionen om den karakteristiska prestationen har emellertid föranlett viss kritik. Det har hävdats att den inte alltid leder till resultat som är praktiska och rationella.[539] I de fall där en privatperson är säljare och köparen är en näringsidkare som agerar inom ramen för sin affärsverksamhet innebär artikel 4 att det är privatpersonens lag som skall tillämpas. Säljer t.ex. en person med hemvist i Sverige antikviteter till en engelsk antikvitetshandlare skall av allt att döma svensk lag tillämpas.[540] Om näringsidkaren/köparen bedriver internationell handel med antikviteter kan den professionella köparen enligt artikel 4.2 få finna sig i att en främmande lag blir tillämplig – eller med andra ord att olika rättsordningar kan bli tillämpliga på olika inköp som görs beroende på i vilket land säljaren har hemvist. Man skulle kunna anse att detta inte är en alldeles praktiskt väl avvägd lösning, då den medför att affärsverksamhet måste anpassas till olika rättsordningar i de skilda fallen. Fast ur konsumentsynvinkel leder presumtionen till att den avtalspart som kan antas vara svagare än motparten, inte minst kunskapsmässigt, får åtnjuta förmånen av att hemlandets lag tillämpas.[541] Lösningen får för övrigt anses vara förutsebar och överensstämmer med de överväganden som ligger bakom artikel 4; den part som presterar den avtalsförpliktelse som kännetecknar avtalet kan förlita sig på tillämpning av lagen i sitt hemland.

[537] För likartade slutsatser, se Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 308; Lando, FS Drobnig, s. 366; Pålsson, Romkonventionen, s. 56 och Vischer, Liber Amicorum Droz, s. 504. Se även Wilderspin, Europeanisation, s. 50–54, för en redogörelse för nationell rättspraxis.

[538] Se t.ex. nationell rättspraxis från Luxemburg, *J. Hames e A. Berchem ép. Hames contro s.a. Spaarkrediet*, Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, sentenza 27 marzo 1990: RDIPP 1991, s. 1097–1102 och *Winters Arnhem B.V contro s.a. Ceodeux*, Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, sentenza 7 luglio 1988: RDIPP 1991, s. 1092–1094.

[539] Se vidare Bogdan, TfR 1982, s. 19; Pålsson, Romkonventionen, s. 56 och Juenger, AJCL 1994, s. 385.

[540] I detta exempel skulle dock inte Romkonventionen vara tillämplig utan 1964 års IKL, se artikel 21 i Romkonventionen.

[541] Jämför Pålsson, Romkonventionen, s. 56, som anser att det är svårt att se någon förnuftsmässig grund för den bedömningen.

Samma överväganden gör sig gällande om antikviteterna i stället lämnats till ett internationellt auktionsverk. Också här leder presumtionen om den karakteristiska prestationen till att säljarens/ den icke-professionella partens lag blir tillämplig. En annan lösning vore enligt egen uppfattning mindre lämplig med tanke på önskan om förutsebarhet i lösningen av lagvalsfrågan.

En likartad problematik gäller licensavtal. Genom ett licensavtal kan t.ex. en konsument förvärva nyttjanderätt till datorprogramvara. I och med presumtionen om den karakteristiska prestationen bör antagligen licensgivarens lag tillämpas. Licensavtal brukar annars normalt anses ha sin närmaste anknytning till det land där licensen utnyttjas.[542]

I de fall då det inte går att fastställa den karakteristiska prestationen, t.ex. vid rena bytesavtal, växlingsavtal eller avtal där parterna på ömse sidor åtar sig att köpa varor av varandra, får man enligt artikel 4.5 falla tillbaka på den allmänna bestämmelsen i artikel 4.1 om den närmaste anknytningen och lösa lagvalsfrågan utifrån själva avtalet och dess innehåll.[543]

Romkonventionen ger också utrymme för att häva en uppkommen presumtion. Enligt artikel 4.5 skall inte presumtionerna i artiklarna 4.2–4.4 gälla om det framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har en närmare anknytning till ett annat land.[544] Artikel 4.5 avser att föra in en viss flexibilitet i lagvalet och förhindra stelbenta lösningar i lagvalsfrågan till nackdel för parterna. En presumtion för den tillämpliga lagen har visserligen uppstått men den kan motbevisas av de samlade omständigheterna. Enligt artikel 4.1 tillämpas då i stället lagen till vilka de samlade omständigheterna pekar.

En svårighet med att lagvalsreglerna i artiklarna 4.2–4.4 bara har karaktären av antaganden, är att osäkerhet ibland kan uppkomma om när de kan brytas. I doktrinen har detta också föranlett kritik.[545] Det har befarats att den flexibilitet som artikel 4.5 avser att bidra med i lagvalsfrågan kan användas för att få tillämpa det egna landets lag, s.k. lex forism eller "home ward-trend".[546] Det har också visat sig i nationell rättspraxis att frågan om när en presumtion kan hävas varierar högst avsevärt. I hol-

[542] Pålsson, Romkonventionen, s. 56. Jämför dock BGH, Urt. vom 6.4.1995 – IX ZR 61/94: IPRspr. 1995 Nr. 26, där licensgivaren förklaras prestera den för avtalet karakteristiska prestationen.

[543] Se Giuliano & Lagarde, s. 22–23 och prop. 1997/98:14, s. 43.

[544] Giuliano & Lagarde, s. 20, betonar att den närmaste anknytningen och presumtionsreglerna hänvisar rättsförhållandet till den rättsordning där avtalet har sin socio-ekonomiska funktion. Det innebär inte att den närmaste anknytningen tar utgångspunkt i en materiellrättslig socio-ekonomisk funktion, utan fastmer den geografiska funktionen av avtalet. Anknytningar från ett avtals "utsida" är inte relevanta för avtalsförpliktelsernas innehåll.

[545] Se t.ex. Jaffey, Contract Conflicts, s. 39–40.

[546] Se även nedan avsnitt 7.7.3.

ländsk och fransk rättspraxis har det ansetts att presumtionerna endast undantagsvis kan brytas.[547] I portugisisk rättspraxis verkar man inta en mer generös hållning, och det förefaller krävas mindre för att presumtionerna skall brytas.[548] I litteraturen synes det dock råda enighet om att det inte bör kunna ske alltför lättvindigt.[549] I Romkonventionens anda, i synnerhet med tanke på behovet om förutsebarhet vid lagvalet och internationellt enhetliga avgöranden, bör det vara möjligt att avvika från presumtionerna bara i undantagsfall när det finns en avsevärt starkare anknytning till ett annat land.[550] Annars föreligger en uppenbar risk att presumtionerna förlorar sin mening och att lagvalet inte blir förutsebart eller enhetligt.

För bl.a. en typ av avtal skulle dock presumtionen i artikel 4.2 kunna anses svagare än annars. När det gäller licensavtal kan det som berörts i det föregående finnas anledning att med stöd av artikel 4.5 göra undantag från presumtionen om den karakteristiska prestationen till förmån för lagen i det land där licensen utnyttjas.[551] Det kommer dock an på vilken typ av licensavtal det är fråga om.

Artikel 4 gäller dock inte för sådana konsumentavtal som omfattas av artikel 5 och dess tillämpningsområde. När parterna inte har kommit överens om någon tillämplig rättsordning, eller om en partshänvisning av någon anledning är ogiltig, skall lagen i konsumentens hemvistland tillämpas enligt artikel 5.3. Denna regel skiljer sig radikalt från artikel 4.

Lagvalsregeln i artikel 5.3 utpekar inte nödvändigtvis den rättsordning till vilken konsumentavtalet objektivt sett har sin närmaste anknytning. I stället utpekas rättsordningen i det land där konsumenten har sitt hemvist.[552] Lagvalsregeln avser att i internationella sammanhang ge genomslag åt en funktion i materiell rätt (konsumentskyddet).[553] Här skulle man kunna tala om att artikel 5.3 ger uttryck för en skyddsprincip. Det finns dock inte några garantier för att lagen i det land där konsumenten har sitt

[547] Nederlandse Jurisprudentie no 1992, 745 och Court of Appeal Versailles, Rev. crit. dip. 1991, 745, cit. efter Lando, FS Drobnig, s. 367.

[548] Se Relacào de Lisboa, 5.12.1995, Colectânea de Jurisprudência 1995 V. 131, cit. efter Jayme & Kohler, IPRax 1996, s. 388.

[549] Se närmare t.ex. Pålsson, Romkonventionen, s. 67; Kropholler, s. 419–420 och Firsching & von Hoffmann, s. 396.

[550] Pålsson, Romkonventionen, s. 67.

[551] Pålsson, a. a., s. 68, anser att det är möjligt att supplerande lagvalsregler utbildas i rättspraxis inom ramen för artikel 4.5 i Romkonventionen.

[552] de Boer, RabelsZ 1990, s. 32: "the functional allocation translates the protective function of substantive law into a connecting factor that points to the law of a jurisdiction which is presumed to be most concerned with the party in need of protection, as a rule the country of his domicile". Se även Martiny, Münchener Kommentar, s. 1668; Philip, Contract Conflicts, s. 98 och Giuliano & Lagarde, s. 23.

[553] Se de Boer, a. a., s. 33–34.

hemvist verkligen innehåller något konsumentskydd.[554] Däremot tillämpas den lag som konsumenten bäst kan antas känna till och som konsumenten har förtroende för.[555] På grund av regelns (artikel 5.3) karaktär av en schematisk bestämmelse kan den dock innebära att en konsument får en lägre materiell skyddsnivå än om t.ex. näringsidkarens lag tillämpades.

En analog tillämpning av artikel 5?

Eftersom artikel 5 bara erbjuder skydd i tre avtalssituationer har frågan ställts om bestämmelsen kan tillämpas analogt i likvärdiga situationer som hamnat utanför skyddsregleringen.[556]

Frågeställningen skall ses mot bakgrund av de tyska s.k. Gran Canariafallen. Tyska turister på Kanarieöarna har träffat avtal om exklusiva kuddar, täcken och ullvaror, m.m. med spanska representanter.[557] Leverans sker sedan i Tyskland av en där etablerad näringsidkare. Till denna näringsidkare skall också betalning ske och det är dit turisterna kan vända sig med sina anspråk. Enligt avtalen är spansk lag avtalsstatut. Spansk lag saknar vid tidpunkten skyddsregler om ångerrätt som däremot finns i tysk rätt.

Huruvida artikel 5 kan tillämpas analogt utanför sitt direkta tillämpningsområde har inte bara betydelse i det ovan beskrivna sammanhanget. Det har även principiell betydelse för vilket utrymme det finns för att vidareutveckla det internationellt privaträttsliga skyddet inom EU inom ramen för Romkonventionen.

Så anser Kropholler i tysk doktrin att en analogi är möjlig om den sker i en "europeisk anda".[558] Sker det på så sätt är också kraven i artikel 18 i Romkonventionen uppfyllda om att konventionens lagvalsregler skall tolkas och tillämpas enhetligt. Enligt Kropholler bör man inte fästa sig vid den snäva ordalydelsen av artikel 5. En analogi bör enligt honom kunna tillåtas, annars skulle utvecklingen av det internationellt privaträttsliga konsumentskyddet vara förhindrad och skyddet statiskt. Han menar vidare att skillnaderna mellan avtal som slutits i konsumentens hemvistland

[554] Se därtill Howells & Wilhelmsson, s. 278–279.

[555] Se nedan avsnitt 4.6.1.

[556] Se t.ex. Gutachten 1987 und 1988 Nr. 13, s. 119–122; OLG Stuttgart, Urt. vom 18.5. 1990 – 2 U 191/89: IPRax 1991, s. 334; OLG Hamm, Urt. vom 1.12.1988 – 4 U 120/88: IPRax 1990, s. 242–245 och Wilderspin, Europeanisation, s. 55. Se även Martiny, Münchener Kommentar, s. 1671.

[557] För en bakgrund, se t.ex. Mankowski, IPRax 1991, s. 305–307; Ebke, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, s. 97–98 och Jayme, IPRax 1990, s. 220.

[558] Det följande bygger på Kropholler, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, s. 107–108.

och avtal som slutits utomlands är försumbara om fullgörelse i bägge fallen skall ske i konsumentens hemvistland. Det som blir avgörande är om en analogi kan anses så övertygande att den följs i de andra EU-medlemsstaterna. Likartade åsikter synes Lüderitz hysa.[559]

I tysk rättspraxis har den tyska högsta domstolen (BGH) förklarat att en analog tillämpning av artikel 5 inte kan uteslutas om det i stater anslutna till Romkonventionen går att identifiera överensstämmande rättspolitiska värderingar i fråga om konsumentskyddet.[560] Domstolen poängterar dock att en analogi inte får användas för att förverkliga nationella målsättningar.

I dansk doktrin får en analog tillämpning stöd av Philip som anser att en analogi från artikel 5 "är tillåtet vis det är mugligt".[561] Han synes således inte resonera som BGH utan framstår som mer "liberal". Negativ till en sådan tillämpning är däremot Lando.[562] Hans inställning synes förenklat bygga på att artikel 5 tydligt anger när den är tillämplig. Däremot anger den inte hur den skall tillämpas. En liknande åsikt framförs av Pålsson i svensk doktrin som påpekar att artikel 5 Romkonventionen är uttömmande och därför inte lämpar sig för analogisk tillämpning.[563] Om konventionsregler tillämpas analogt i de olika EU-staterna föreligger en risk för olikartade avgöranden och att konventionens målsättningar väsentligen undergrävs.[564]

Som jag ser det har konventionens upphovsmän tagit ställning emot ett alltför omfattande gränsöverskridande konsumentskydd. Artikel 5 har förklarats vara uttömmande.[565] De avtalssituationer som faller utanför artikel 5 omfattas av Romkonventionens allmänna lagvalsregler i artiklarna 3 och 4. Romkonventionen innehåller alltså ingen "lucka" som behöver fyllas. En konsumentavtalssituation kommer därför inte att vara oreglerad inom ramen för Romkonventionens tillämpningsområde. Härvidlag finns inget behov av en analog tillämpning av artikel 5, där analogin avser relationen mellan regler och inte en tolkningsmetod. En analog tilllämpning av artikel 5 skulle för övrigt innebära en omvärdering av den

[559] Se Lüderitz, IPRax 1990, s. 219. I samband med de s.k. Gran Canaria-fallen har han framfört åsikten att ett planerat, öppet, samarbete mellan representant och näringsidkare kan rättfärdiga detta. Dessa bägge parter betraktas då som en "enhet" i avtalsförhållandet. En negativ inställning till analogi finns hos Ebke, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, s. 88 och Mankowski, IPRax 1991, s. 311.

[560] Se BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 612–615. Se även Michaels & Kamann, JZ 1997, s. 605.

[561] Philip, EU-IP, s. s. 134, jämför dock samme författare på s. 154.

[562] Se Lando, KCLJ 1996–97, s. 73.

[563] Pålsson, Romkonventionen, s. 76.

[564] Se Hay, Rec. des Cours 1991:I, s. 381.

[565] Se Giuliano & Lagarde, s. 23.

intresseavvägningen som redan har gjorts mellan parternas behov i artikel 5 respektive artiklarna 3 och 4. En individuell omvärdering av en nationell domstol kan därför anses mindre önskvärd och är inte heller lämplig där det finns en heltäckande reglering. Däremot synes frågan om en analog tillämpning av Romkonventionens regler kunna diskuteras i fråga om de avtal som enligt artikel 1 uteslutits från dess tillämpningsområde.

Emot en analog tillämpning av artikel 5 talar även förekomsten av vissa direktivbaserade konsumentskyddande lagvalsregler.[566] Dessa lagvalsregler skall som sagts ovan (i avsnitt 3.3.1) tillämpas före Romkonventionens lagvalsregler (artikel 20) och ger till viss del skydd i andra avtalssituationer än i dem som avses i artikel 5 Romkonventionen. Man kan således säga att dessa regler råder viss bot på det snäva tillämpningsområdet av artikel 5. Det verkar givet att lagvalsregler baserade på EG-direktiv inte får trädas för när genom en analog tillämpning av artikel 5 i Romkonventionen.

3.3.1.2 Direktivbaserade lagvalsregler

Vad som komplicerar ställningstagandet i lagvalsfrågan är alltså att det på konsumenträttens område finns flera EG-direktiv vartill svensk rätt anpassats eller skall anpassas och som innehåller lagvalsregler (eller regler som har internationellt privaträttsliga verkningar).[567] Syftet med de direktivbaserade lagvalsreglerna är att säkerställa att en konsument inte berövas det skydd som uppställs i direktiven och anpassade svenska lagar när lagen i en icke EES-stat är tillämplig.[568] Det handlar med andra ord om att försäkra att konsumenter inte får ett sämre materiellt skydd i gränsöverskridande avtal än vad de skulle haft i interna fall.[569] Dessa direktivbaserade lagvalsregler gäller inte bara konsumentavtal som omfattas av artikel 5 i Romkonventionen utan även de avtal som faller under artikel 3 eller artikel 4 i konventionen.

Sålunda innehåller 13 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden följande bestämmelse:

[566] Se strax nedan avsnitt 3.3.1.2.

[567] Det är fråga om direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal, direktivet (94/47/EG) om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis, direktivet (97/7/EG) om konsumentskydd vid distansavtal och direktivet (99/44/EEG) om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier. Dessa regler är t.ex. föremål för uppmärksamhet även i avsnitt 4.5.

[568] För en äldre förklaringsmodell, se von Hoffmann, RabelsZ 1974, s. 407–408.

[569] För viss kritik av direktivreglerna, se Jayme & Kohler, Rev. crit. dip. 1995, s. 37–38.

"Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet gäller inte i fråga om regler om oskäliga avtalsvillkor, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger konsumenten ett bättre skydd mot oskäliga avtalsvillkor."

Denna svenska bestämmelse tar av allt att döma sikte på fall där ett konsumentavtal innehåller en partshänvisning till lagen i en icke EES-stat, men där avtalet utan partshänvisning skulle lyda under lagen i en EES-stat enligt artikel 4 eller 5.3 i Romkonventionen. Partshänvisningen skall då inte tillerkännas verkan såvitt gäller konsumenters skydd mot oskäliga avtalsvillkor, om den eljest tillämpliga lagen ger konsumenten ett bättre skydd mot sådana avtalsvillkor. I övriga avseenden gäller dock partshänvisningen.

Antag att en konsumenttvist mellan en konsument med hemvist i Sverige och en näringsidkare etablerad i New York prövas vid svensk domstol, och att det omtvistade avtalet innehåller en partshänvisning till delstaten New Yorks lag. Om exempelvis svensk lag enligt Romkonventionens lagvalsregler skulle vara tillämplig i avsaknad av partshänvisningen och denna lag ger konsumenten ett bättre skydd mot oskäliga avtalsvillkor, gäller inte partshänvisningen med avseende på regler om oskäliga avtalsvillkor. Däremot skall den valda delstaten New Yorks lag gälla beträffande övriga tvistefrågor mellan parterna. Visar emellertid en jämförelse att delstaten New Yorks lag har ett likvärdigt eller högre skydd avseende regler om oskäliga avtalsvillkor tillämpas denna lag i sin helhet.

En liknande bestämmelse som ger upphov till samma problem finns i 23 § lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal. Bestämmelsen tar sikte på regler om distansavtal:

"Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet gäller inte i fråga om regler om distansavtal, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger konsumenten ett bättre skydd."

Det finns dessutom ett förslag på införande av en motsvarande lagvalsregel i 48 § konsumentköplagen (1990:932).[570] Enligt nu gällande reglering saknas en motsvarande internationellt privaträttslig bestämmelse. Enligt förslaget skall bestämmelsen lyda:

"Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet gäller inte i fråga om köp

[570] Se prop. 2001/02:134, s. 87.

enligt denna lag, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger köparen ett bättre skydd."

Bestämmelserna förutsätter således att ett särskilt lagval görs beträffande frågor om regler om oskäliga avtalsvillkor, regler om distansavtal och regler om köp. Denna ordning är synnerligen invecklad. De direktivbaserade reglerna är onödigt komplicerade och relationen till Romkonventionens lagvalsregler är osäker.[571] Beträffande de konsumentavtal som omfattas av artikel 5 Romkonventionen har det önskvärda skyddet uppnåtts och de direktivbaserade reglerna varom nu är fråga verkar inte tillföra något ytterligare skydd. De direktivbaserade reglerna synes huvudsakligen bara få betydelse för de konsumentavtal som inte omfattas av artikel 5 i Romkonventionen eller som inte har ingåtts under där angivna omständigheter, varför artikel 3 i konventionen gäller fullt ut.[572] De förefaller kunna spela sin största roll i de fall där en konsument själv sökt upp en näringsidkare i ett annat land varför villkoren för ett skydd enligt artikel 5 Romkonventionen inte är uppfyllda.

I 18 § lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende finns en annan variant av en direktivbaserad lagvalsregel:

"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."

Denna regel inkräktar i större utsträckning än de andra bestämmelserna på Romkonventionens lagvalsregler. I fall där bostadslägenheten är belägen inom EES-området utesluter bestämmelsen tillämpning av lagen i en icke EES-stat i varje fall där denna inte ger konsumenten ett lika gott skydd beträffande frågor som regleras i den svenska lagen. Det sagda gäller inte bara när det utomstående landets lag enligt Romkonventionen är tillämplig på grund av artikel 3 om partsautonomi, utan också om det landets lag har utpekats av bestämmelsen i artikel 4. Däremot berörs inte artikel 5 i detta fall då denna bestämmelse som regel inte omfattar avtal om s.k. timeshare.[573]

Denna gradvisa utveckling av lagvalsregler i lagar som i övrigt innehåller materiella regler har tidigare varit mindre vanlig i svensk förmö-

[571] Så resonerar exempelvis Pålsson, Romkonventionen, s. 81. Åsikten finns också hos Bogdan, SvJT 1995, s. 196–198 och Basedow, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 14–15. Se även Jayme & Kohler, IPRax 1997, s. 398–399. Se avsnitt 4.3.

[572] Se t.ex. nedan avsnitt 6.4.2.

[573] Se avsnitt 7.3 och 7.4.4.

genhetsrätt.[574] I den mån lagfästa regler har existerat har de i huvudsak återfunnits i rent internationellt privaträttsliga regelverk. Denna av EG-rätten influerade utveckling gör det svårt att identifiera vilka regler som är relevanta för en särskild typ av tvist. Problematiskt är vidare att reglerna endast anger när vissa materiella regler skall tillämpas. Hur själva avtalsstatutet skall fastställas anger de däremot inte. De är således inte tvåsidiga lagvalsregler i den bemärkelsen att de antingen utpekar forumlandets lag eller utländsk rätt som tillämpligt avtalsstatut.[575] Inte heller är de ensidiga lagvalsregler som anger när forumlandets lag i sin helhet skall tillämpas på avtalet.[576] Det förefaller lämpligt att kalla dem för "ofullständiga" lagvalsregler, då de enbart anger det geografiska tillämpningsområdet för vissa materiella regler.[577] Dessa materiella regler kan därför antas kräva ett större territoriellt tillämpningsområde än vanliga privaträttsliga regler.[578]

Ett annat tillkortakommande med de direktivbaserade lagvalsreglerna är att de har sitt ursprung i minimiskyddsdirektiv som skall genomföras i de olika EES-staternas rättsordningar. Detta har medfört att reglerna har kommit att se mycket olika ut.[579] En konsuments rättsliga ställning kan därför bli beroende av i vilket land talan väcks.

3.3.2 Allmänna reklamationsnämnden

En utgångspunkt för ARN:s verksamhet synes i vart fall för närvarande vara att svensk rätt tillämpas om behörighet finnes.[580] Behöver en utländsk rättsordning tillämpas kan ARN avvisa ärendet. Avvisning kan ske om det befaras att en rekommendation kommer att bli verknings-

574 Se dock växellagen (1932:130), checklagen (1932:131) och sjölagen (1994:1009).

575 Om tvåsidiga lagvalsregler, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk lag, s. 57–58: "Anknytningsledet i dessa är så utformat att det, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet (dvs. det avgörande anknytningsmomentet), hänvisar antingen till forumstatens lag eller till en utländsk rättsordning. Är t.ex. hemvistanknytningen enligt den tillämpliga lagvalsregeln avgörande, beror valet av tillämplig lag på var vederbörande person har hemvist. Om hemvistet finns i forumlandet Sverige, skall således svensk lag tillämpas. Är hemvistet i Frankrike, är fransk lag tillämplig. Osv."

576 Om "einseitige Kollisionsnormen" skriver Jayme & Kohler i IPRax 1994, s. 407. Likaså Roth, IPRax 1994, s. 165. Se även Kropholler, RabelsZ 1978, s. 661, som skriver att ensidiga lagvalsregler normalt inte krävs för att skydda en svagare part.

577 Kritiskt se Mäsch, EuZW 1995, s. 14.

578 Se avsnitt 8.4.1.2.

579 Se t.ex. Bogdans redogörelse, SvJT 1996, s. 37–41. Se även Boele-Woelki, Private Law, s. 69 och Jayme & Kohler, IPRax 1997, s. 398–399.

580 Se ARN 1999-09-28, Ärnr 1999-5084. Om detta även ovan i avsnitt 3.2.7.

lös.[581] De problem som är förknippade med de ovan beskrivna lagvalsreglerna aktualiseras alltså inte vid ARN.[582] Att nämndprövningen inte ansetts ge utrymme för tillämpning av annan rätt än svensk kan föranleda diskussion och kritik.

Sverige har anmält ARN som det svenska tvistelösande organ som uppfyller de principer som anges i Europeiska kommissionens rekommendation om lösning av konsumenttvister utanför domstol (257/98/EG).[583] Rekommendationen avser att stärka konsumentskyddet genom att lägga fast principer för hur medlemsstaternas alternativa konfliktlösningsorgan handlägger konsumenttvister.[584] I rekommendation anbefalls som redan nämnts i avsnitt 3.2.1 berörda organ att följa principer om opartiskhet (p. I)[585], öppenhet (p. II)[586], respekt för den kontradiktoriska principen (p. III)[587], effektivitet (p. IV)[588], lagenlighet (p. V), obundenhet (p. VI)[589]

[581] Se t.ex. ARN Änr 1997-6645, där ett ärende avvisades på grund av att ärendet saknade anknytning till Sverige. Se även Lindblom, Studier i processrätt, s. 114–115, beträffande problem med att ARN endast handlägger tvister som överstiger ett visst belopp.

[582] I ARN:s tidigare rättspraxis förefaller dock ha funnits ett visst utrymme för tillämpning av lagvalsregler och utländsk rätt om en part enligt en av parten åberopad lagvalsregel också lade fram bevisning om innehållet i den utländska lagen. Se ovan not 37.

[583] Se ovan avsnitt 3.2.1. Se även COM (1998) 198, s. 3–7.

[584] Se COM (1998) 198, s. 6.

[585] Organet skall säkra att tvistelösningen är opartisk och att båda parterna får tillfälle att yttra sig.

[586] Principen om öppenhet tar sikte på information i vad avser ett ärendes handläggning. Varje person som begär det har rätt att skriftligen eller på annat sätt få tillgång till viss information: de typer av tvister som organet är behörigt att pröva, eventuella restriktioner i fråga om territoriell begränsning eller begränsning med avseende på tvisteföremålets värde, vilka regler som tillämpas av organet, om ärendet handläggs muntligen eller skriftligen och på vilket språk handläggning sker, kostnader för förfarandet, vilka regler som läggs till grund för beslutet (rättsregler, handelsbruk, etc.), hur beslut fattas i organet och den rättsliga statusen på beslutet (om det är en rekommendation eller ett beslut som är bindande för ena eller båda parterna).

[587] Handläggningen av en konsumenttvist skall tillåta båda parterna att framföra yrkanden och grunder liksom att åberopa expertutlåtanden.

[588] Handläggningens effektivitet skall säkras genom att en konsument har tillgång till förfarandet utan något krav på rättsligt ombud, att förfarandet är kostnadsfritt eller tillhandahålls mot en låg kostnad och att beslut fattas inom en kort period från det att ärendet har anhängiggjorts.

[589] Ett beslut meddelat av ett organ kan bara vara bindande för parterna om de känner till detta i förväg *och* har accepterat det. Det får inte förekomma prorogationsavtal som träffats före tvistens uppkomst till ett tvistlösande organ som hindrar att en konsument kan vända sig till allmän domstol för att få en sak prövad.

och juridisk representation (p. VII)[590]. De alternativa tvistelösningsorgan som av deltagarstaterna meddelats uppfylla dessa principer publiceras på Europeiska kommissionens webbsida.[591]

Av rekommendationens princip om lagenlighet i p. V framgår att beslut inte får fattas i strid med artikel 5 i Romkonventionen. Beslut får alltså inte innebära att konsumenten berövas det skydd som hon skulle ha enligt tvingande regler i lagen i sitt hemvistland. Detta betyder att det finns en klar skyldighet för ARN att i sin handläggning beakta lagvalsregeln i artikel 5, även i de fall där den utpekar en utländsk rättsordning som tillämplig. I än större utsträckning bör detta gälla de direktivbaserade lagvalsreglerna, då dessa gemenskapsrättsliga regler inte bara avser att skydda konsumenter, utan även syftar till att etablera en funktionsduglig inre europeisk marknad.

Visserligen handlar det om att följa en princip som finns i en rekommendation som enligt artikel 189 i Romfördraget inte är bindande för medlemsstaterna. I och med att Sverige har anmält ARN som det tvistelösande organ som uppfyller samtliga rekommendationens principer måste vi emellertid på avtalsrättslig grund frivilligt anses ha åtagit oss att följa principerna och är därför bundna av dem. Att handläggningstiderna blir längre och att kostnaderna ökar på grund av att utländsk rätt kan behöva tillämpas är inte tillräckliga skäl för att artikel 5 avsiktligt skall kunna förbigås. Sådana överväganden borde ha beaktats innan Sverige anmälde ARN som det svenska tvistelösande organet inom EEJ-Net. Det kan inte anses vara acceptabelt att andra EU-staters konsumenter inte får sina intressen tillgodosedda genom artikel 5 om svensk lag ger konsumenten en lägre skyddsnivå än rättsordningen i konsumentens hemvistland.

3.3.3 Vem slår vakt om tillämpningen av lagvalsregler?

3.3.3.1 Exempel

En konsument med hemvist i Storbritannien har under en semesterresa i Sverige lämnat in sin bil för lackeringsarbeten vid en bilverkstad i Göteborg. Under arbetet uppstår vissa skador på bilen. Konsumenten väcker talan mot bilverkstaden vid svensk domstol med yrkande om ersättning. I domen bifalls konsumentens ersättningsyrkande. Varken parterna eller domstolen har uppmärksammat lagvalsfrågan.

Exemplet får belysa det problem som skall behandlas i detta avsnitt: skall en myndighet självmant utan yrkande av part – dvs. ex officio –

[590] Den alternativa konfliktlösningsformen skall inte förhindra konsumenten rätt att bli representerad av juridiskt ombud.

[591] Se http://europa.eu.int/comm/dg24/, uppgift relevant den 4 juni år 2002.

tillämpa lagvalsregler eller skall det lämnas åt parterna att avgöra huruvida lagvalsfrågan skall föras på tal eller inte?

I dagsläget synes frågan bara ha relevans vid allmänna domstolar. Såsom har framkommit ovan tillämpar för närvarande inte ARN annat än svensk rätt. Lagvalsreglers processuella behandling i ARN:s handläggningen saknar således betydelse.

3.3.3.2 Parterna förfogar över lagvalsreglerna

I en del länder tillämpas lagvalsregler och utländsk rätt bara som en följd av parts yrkande.[592] Detta är naturligtvis en fråga som är komplicerad och som kan dyka upp vid olika tidpunkter. Nedan förutsätts dock att en svensk domstol har funnit sig behörig.

Vid svenska domstolar förefaller en förutsättning för tillämpningen av lagvalsregler och utländsk rätt i avtalsrättsliga utlandsanknutna tvister vara en parts begäran.[593] Av avgörande betydelse i sammanhanget är att avtalsrättsliga konsumenttvister enligt svensk internrättslig klassificering tillhör *dispositiva tvistemål* där förlikning om saken är tillåten.[594] Enligt 17 kap. 3 § 2 st. RB får dom i dispositiva tvistemål inte grundas på en omständighet som inte har åberopats av en part till grund för talan (dispositionsprincipen).[595] Stadgandet har förklarats vara tillämpligt även i utlandsanknutna mål och har ansetts innebära att den part som vill förlita sig på det skydd som tillhandahålls i en lagvalsregel måste påyrka detta.[596] För domstolen fastställer bestämmelsen vilka rättsfakta som domen kan grundas på. För en konsument som part i en rättstvist innebär lagrummet en uppmaning om att hon på ett visst sätt måste vara verksam i processen. Annars kan hon förlora ett kanske väsentligt skydd som ges av en lagvalsregel. En domstol synes således inte själv efterforska om det finns utlandsanknutna omständigheter som kan aktualisera tillämp-

[592] I engelsk rätt måste utländsk rätt "be pleaded and proved as a fact to the satisfaction of the judge by expert evidence". de Boer, Rec. des Cours 1996:257, s. 258–259. Se även Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 194–199.

[593] Jänterä-Jareborg, a. a., s. 124.

[594] I ett indispositivt mål kan parterna inte träffa förlikning i saken. Se vidare Jänterä-Jareborg, FS Pålsson, s. 89–90 och Lindell, s. 25. Jämför dock NJA 1997 s. 825 där HovR i ett dispositivt tvistemål grundat sin dom till viss del på andra omständigheter än sådana som part åberopat för sin talan. Enligt HD borde HovR ha uppmärksammat parterna på frågan och berett dem tillfälle att framföra sina synpunkter, för det fall den ansåg att dessa omständigheter skulle beaktas ex officio.

[595] Om åberopande, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 164–167 och 171–173. Se även Hartley, ICLQ 1996, s. 271 och Schlesinger, CLR 1973, s. 269.

[596] Se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 171–172.

ning av lagvalsregler.[597] Något annorlunda förefaller saken förhålla sig i behörighetsfrågan enligt NJA 1999 s. 660.[598]

När det gäller lagvalsfrågan, som aktualiseras efter det att domstolen funnit sig behörig, är det osäkert vilka slutsatser som kan dras av det rättsfallet. Existensen av en utlandsanknytning som ger tvisten dess internationellt privaträttsliga karaktär, t.ex. ett utländskt hemvist, brukar framgå av de handlingar som inges till domstolen. När lagvalsfrågan inte har förts på tal av den part som kan ha något att vinna på tillämpningen av en lagvalsregel, och av den utpekade utländska rättsordningen, synes utgångspunkten vara att svensk rätt tillämpas.[599] Framgår det av de handlingar som ingivits till domstolen att villkor föreligger för att tillämpa den för vissa konsumentavtal skräddarsydda lagvalsregeln i artikel 5 Romkonventionen eller någon av de direktivbaserade lagvalsreglerna bör rättens ordförande göra bruk av sin materiella processledning och fråga parten, huruvida hon avsett att åberopa omständigheten som rättsfaktum.[600] Skulle däremot domstolen i ett dylikt fall tillämpa en lagvalsregel ex officio på grund av vad som framgår av processmaterialet utan att förbereda parterna på det kan det komma som en överraskning för dem.

> Har det fastställts att en utländsk lag skall tillämpas anses det vara en lämplighetsfråga att avgöra vem som skall inhämta utredning om den utländska rättsordningen.[601] Antingen kan domstolen själv ombesörja utredningen, t.ex. genom att inhämta ett yttrande från UD, eller så anmodar den en part att skaffa fram upplysningen.[602] Härvidlag bör betydelse tillerkännas vem som enklast och till lägsta kostnad kan skaffa fram nödvändiga upplysningar.[603] Den part som har sämst förutsättningar bör rimligtvis inte åläggas detta ansvar.

[597] Bogdan, Svensk IP, s. 41.

[598] Se ovan avsnitt 3.2.6.2. Skillnaden mellan åberopade och införda omständigheter elimineras då eftersom domstolen kan döma över en omständighet som införts i målet men som inte har åberopats av part. Om skillnaden mellan införda och åberopade omständigheter, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 165.

[599] Se Jänterä-Jareborg, a. a., s. 124–125. Se även Pålsson, Romkonventionen, s. 131.

[600] Se Jänterä-Jareborg, a. a., s. 199 och 244.

[601] Se 35 kap. 2 § 2 st. RB. Se vidare Jänterä-Jareborg, a. a., s. 236.

[602] Jänterä-Jareborg, a. a., s. 236.

[603] Här finns anledning att påminna om 1968 års europeiska konvention angående utredning om innehållet i utländsk rätt. Denna ger utrymme för en svensk domstol eller myndighet med domstolsfunktioner att i dispositiva tvister framställa en anmälan för att få redan på innehållet i en främmande rättsordning i en konventionsstat på ett snabbt, pålitligt och ofta kostnadsfritt sätt. Konventionen finns i huvuddrag återgiven i förordningen (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i utländsk rätt. Konventionen har tyvärr använts i en begränsad omfattning. Konventionen behandlas ingående av Jänterä-Jareborg, a. a., s. 278–291.

Lämpligheten av att låta parterna förfoga över lagvalsreglers tillämplighet får en särskild betydelse när det finns sådana svenska lagvalsregler som har utformats för att tillgodose en svagare parts intressen.

En praktisk fördel med en partsaktiv ordning är att den är okomplicerad. Varken domstolen eller parterna behöver bekymra sig om lagvalsregler och de problem som dessa kan ge upphov till. På så vis undviks jämförelser mellan olika rättsordningars tvingande regler, som t.ex. förutsätts enligt artikel 5.2 i Romkonventionen.[604] Man slipper med andra ord det extra led i processen som består i att ta ställning till tillämplig lag. Processen blir inte förlängd eller innebär ökade kostnader. Vill en part stödja sig på en lagvalsregel är hon fri att åberopa den och den utländska lag den utpekar.[605]

Det måste anses att parternas rätt att bestämma över lagvalsreglers tillämplighet är nära knuten till partsautonomin. Enligt artikel 3 i Romkonventionen kan parterna ändra sitt val av avtalsstatut även efter att processen inletts. Om parterna under processen kan träffa överenskommelser om tillämplig lag är steget inte långt till att tolka parternas tystnad i lagvalsfrågan så att parterna har avtalat om tillämpning av forumlandets lag.[606]

För en konsument som har hamnat i en gränsöverskridande tvist kan dock den beskrivna inställningen bli betungande. Såväl artikel 5 i Romkonventionen som de direktivbaserade lagvalsreglerna i 13 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, 18 § lagen (1997:218) konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende, 23 § lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal som den föreslagna regeln i 48 § konsumentköplagen (1990:932) förutsätter att en jämförelse behöver göras mellan den partsvalda lagen och den annars tillämpliga lagen för att utröna om en konsument har blivit berövad ett visst skydd. Känner konsumenten inte till innehållet i båda de aktuella

[604] Se AD:s dom nr 110/01 mål nr B 160/00. Målet gällde ett anställningsavtal som innehöll en partshänvisning till dansk rätt. Arbetsgivaren hade sitt etableringsställe i Danmark och arbetstagaren var bosatt i Sverige. Arbetet hade utförts i båda länderna. AD förklarade att det inte kunde komma i fråga att tillämpa dansk rätt i den mån denna skulle vara mindre förmånlig för arbetstagaren än LAS. Någon jämförelse mellan dansk och svensk rätt gjordes inte. I målet förelåg inte någon utredning om innehållet av dansk rätt av betydelse för tvistefrågan. Det var därför inte möjligt att konstatera huruvida dansk rätt sett ur arbetstagarens synvinkel var mer eller mindre förmånlig än svensk rätt. Detta saknade emellertid betydelse då det fanns vissa bestämmelser i LAS som var internationellt tvingande till förmån för arbetstagaren och som åberopats av denne. Om internationellt tvingande regler, se kap. 8.

[605] Se de Boer, Rec. des Cours 1996:257, s. 370–371.

[606] Se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 124–125 och de Boer, a. a., s. 359.

rättsordningarna vet hon inte när hon har blivit berövad skyddet. Om konsumenten av okunnighet varken känner till att det finns särskilda skyddande lagvalsregler eller att de måste åberopas kan konsumenten gå miste om skyddet. Lagvalsreglerna får då inte avsedd verkan.[607]

3.3.3.3 Materiell processledning

Den i svensk processrätt intagna ståndpunkten om att det krävs ett partsyrkande för att en lagvalsregel skall tillämpas i dispositiva tvistemål anses mildras av ett krav på aktiv materiell processledning från domstolens sida.[608] Under förberedelsen av ett tvistemål kan rätten genom frågor och påpekanden försöka avhjälpa tvetydigheter och ofullständigheter i uttalanden som parterna gör, för att klarlägga och avgränsa vad tvisten avser.[609] Om det råder minsta tvivel om lagvalsfrågan är det önskvärt att domstolen genast uppmärksammar parterna på lagvalsfrågan och anmodar dem att ta ställning till saken.

Att ett mål rör ett rättsområde där tvingande lagstiftning och lagvalsregler gäller till förmån för ena parten bör betyda att domaren har starka skäl att fråga sig om ett uteblivet åberopande verkligen är i överensstämmelse med den partens vilja.[610] Å ena sidan måste domaren göra en avvägning mellan den svagare partens intressen av att få ut så mycket som möjligt av rättegången och å andra sidan hänsynen till motpartens intressen om domstolens objektivitet och opartiskhet.[611]

Lindblom anser att i mål som aktualiserar rättsområden med tvingande lagstiftning bör den materiella processledningen överensstämma med ändamålen bakom den tvingande civilrättsliga lagstiftningen.[612]

607 Se Remien, CMLR 2001, s. 78–79.

608 Materiell processledning under förberedelsen regleras i 42 kap. 8 § 2 st. RB. Lagrummet i 43 kap. 4 § 2 st. RB reglerar materiell processledning under huvudförhandling. Om materiell processledning, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 178–180. Se även Lindell, s. 268, som skriver att materiell processledning kan omfatta yrkanden, rättsfakta, bevisfakta, frågor om bevisbörda och beviskrav samt rättstillämpning och kan begränsa eller berika processmaterialet.

609 Se 42 kap. 6 § RB. Se även prop. 1986/87:89, s. 106.

610 A. prop. Se NJA 1997 s. 825, där domstolen fastställde att "[f]örbudet i 17 kap. 3 § RB, att grunda domen på omständighet som inte åberopats av part till grund för hans talan gäller dispositiva mål. Även i sådana mål kan det emellertid finnas indispositiva moment som bl.a. innefattar en principiell skyldighet för domstol att ex officio beakta vissa omständigheter, s.k. officialfakta, även om dessa inte åberopats av någon part". Då måste domstolen uppmärksamma parterna på frågan och bereda dem tillfälle att framföra sina synpunkter. Se även Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 178 och FS Strömholm, s. 458.

611 Prop. 1986/87:89, s. 106.

612 Se Lindblom, Konsumentmål, s. 147–148.

Den materiella processledningen bör alltså anpassas till den genomslagskraft lagstiftaren önskat ge reglerna; bestämmelser om förfarande får inte motverka målsättningar med civilrättslig reglering.[613] Den materiella processledningen bör enligt honom ske i form av "kortfattad information om en lags innebörd i särskilt väsentliga hänseenden".[614] Det verkar närmast självklart att detta också måste gälla lagvalsregler som skyddar en svagare parts intressen.[615]

Särskilt i ett utlandsanknutet dispositivt tvistemål kan en aktiv materiell processledning anses vara befogad – detta har i internationellt privaträttslig doktrin redan påpekats av såväl Jänterä-Jareborg som Pålsson.[616] Dessa mål är som regel komplicerade och ger upphov till svåra rättstillämpningsfrågor som mer allmänt motiverar större aktivitet från domstolens sida.[617] För en aktiv materiell processledning talar inte minst kravet på att skyddslagstiftningen får sin avsedda verkan i praktiken. Det synes meningslöst att ha skyddsregler som den svagare parten måste åberopa för att få skyddet, om konsumenten inte har kunskap om dessa skyddsregler. I internationellt privaträttsliga sammanhang kan ofta presumeras att konsumentparten saknar kunskaper i internationell privaträtt. Inte minst gäller det om parten uppträder utan ombud vilket är en förutsättning i tvister under ett visst värde.

Det är emellertid inte givet att man kan dra alla konsumentmål "över en kam". Hur man skall se på processledning om båda parterna är företrädda av ombud är inte alls lika självklart. En alltför aktiv frågerätt från domstolens sida skulle kunna uppfattas som partisk.[618] Problematikens praktiska betydelse får sin illustration i ett danskt avgörande.[619]

En person (studenten), med hemvist i Danmark, anmälde sig skriftligen till en gymnastiklärarkurs hos en näringsidkare i Tyskland. Studenten deltog emellertid inte i kursen och betalade inte heller inskrivningsavgifter. Den tyska näringsidkaren stämde studenten vid dansk domstol. Parterna, båda representerade av juridiskt ombud, var eniga om att uppfyllelsen av avtalet i brist på överenskommelse om saken hade sin närmaste anknytning till Tyskland och att tysk rätt skulle tillämpas enligt artikel 4

613 Se Lindblom, Konsumentmål, s. 148.

614 Lindblom, a. a., s. 149. Även Jänterä-Jareborg drar liknande slutsatser i fråga om en aktiv materiell processledning där en svagare parts rättsskydd står på spel. Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 181–182.

615 Se Jänterä-Jareborg, a. a., s. 190–191.

616 Jänterä-Jareborg, a. a., s. 178 och Pålsson, Romkonventionen, s. 132.

617 Se Lindell, s. 269.

618 A. st.

619 Se O.L.D. 30. marts 1988 i anke 6-272/1987: UfR 1988 s. 626 Ø.

Romkonventionen. Däremot var parterna oeniga om avtalets giltighet.[620]

Det framgår inte av domskälen om några omständigheter förelåg som skulle aktualisera tillämpningen av artikel 5 Romkonventionen, t.ex. om näringsidkaren annonserat om kursen i en dansk tidning och studenten på grundval härav nappat på erbjudandet i Danmark. Det framgår inte heller om parterna varit uppmärksammade på omständigheter av relevans för tillämpningen av artikel 5 Romkonventionen. I alla händelser hade svaranden inte gjort gällande att tvisten i sin helhet skulle prövas enligt dansk lag enligt artikel 5.3 Romkonventionen. Den danska domstolen verkar inte heller ha fört saken på tal, utan parternas yrkanden bestämde processens ram.

Avgörandet förefaller spegla vad som har anförts i dansk internationellt privaträttslig doktrin: en domstol bör inte på eget initiativ ta upp lagvalsfrågan.[621] Det är endast undantagsvis som en dansk domstol har ansetts böra vara skyldig att ta upp lagvalsfrågan i en process där målet är dispositivt och förlikning om saken är tillåten. Det har t.ex. ansetts gälla i situationer där ena parten saknar juridiskt ombud och står risken att förlora ett mål på grund av okunskap om lagvalsregler.[622]

Jag håller det inte för osannolikt att en svensk domstol i en motsvarande situation skulle kunna förhålla sig jämförelsevis passiv om båda parterna är företrädda av juridiskt skolade ombud.

3.3.3.4 Ex officio-tillämpning av lagvalsregler

Flera tungt vägande skäl kan anses stödja uppfattningen att en domstol självmant, dvs. utan partsyrkande, bör tillämpa EG-rättsliga lagvalsregler.[623] Domstolar i EU-medlemsstaterna är förpliktade att tillämpa EG-rättsliga regler under samma förutsättningar.[624] Enhetliga domar (in-

620 Studenten gjorde gällande att hennes förutsättningar för att ingå avtalet brustit och att hon därför inte var bunden av avtalet. Parterna tvistade om huruvida frågan om studentens bristande förutsättningar för att ingå avtal kunde åtskiljas från resten av avtalsstatutet, s.k. dépeçage, och bedömas enligt dansk rätt enligt artikel 4.1 p. 2 Romkonventionen. Underrätten kom fram till att dansk rätt var tillämplig. Till motsatt slutsats kom Østre Landsret som fastställde att denna fråga inte kunde åtskiljas från resten av avtalet. Se också Philip, UfR 1988, s. 426–429, för en kommentar till fallet.

621 Se Philip, UfR 1960, s. 159 och Siesby, s. 48–49. Se även Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 183–185, för en belysning av dansk doktrin.

622 Se Lando, Juristen 1967, s. 4–5.

623 Se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 190–199 och 244.

624 Se Jänterä-Jareborg, a. a., s. 198–199. Se även artikel 10 (f.d. artikel 5) Romfördraget om medlemsstaternas lojalitetsplikt: Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs. De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

ternationell beslutsharmoni) och förutsebarhet i lagvalsfrågan kan inte garanteras om lagvalsregler tillämpas under olika förutsättningar i varje medlemsstat.[625] De EG-rättsliga lagvalsreglerna syftar dels till att säkra en konsuments rättsliga ställning i gränsöverskridande fall, dels till att på ett mer övergripande sätt underlätta den inre marknadens funktionsduglighet och samfärdsel över gränserna.[626] Tillämpar nationella domstolar EG-rättsliga lagvalsregler med ett konsumentskyddsändamål under olika förutsättningar kan konsumenters förtroende för den inre marknaden komma att vackla, eftersom de då inte i praktiken är garanterad det skydd som föreskrivs i lagvalsregler. Som en följd härav kan konsumenter avstå från att ge sig in i gränsöverskridande transaktioner. En sådan situation vore till fara för en fördjupad europeisk integration och en direkt motsättning till artikel 61 i Romfördraget som förutser ett område av "frihet, rörlighet och rättvisa".

Vidare kan EG-rättsliga lagvalsregler själva anses stödja en ex officio-tillämpning. Det framgår av artikel 5 Romkonventionen att parternas val av tillämplig lag inte *skall* medföra att en konsument berövas det skydd som tillförsäkras vederbörande enligt tvingande regler i lagen i hemvistlandet. Denna formulering kan uppfattas som en anmaning till domstol, och inte en regel som parterna själva förfogar över efter eget gottfinnande.[627]

Nackdelen med en ex officio-tillämpning av gemenskapsrättsliga lagvalsregler är att tillämpningen gör en åtskillnad mellan svenska lagvalsregler av EG-rättsligt ursprung och andra svenska lagvalsregler. Det finns inte mig veterligt svensk rättspraxis som skulle tyda på att lagvalsregler som har sin grund i EG-rätten intar en särställning. Tilläggas bör vidare att lösningen kan innebära dyra och tidskrävande utredningar om innehållet i en utländsk rättsordning som i småmål svårligen kan motiveras processekonomiskt. Godtas en ökad officialverksamhet beträffande det internationellt privaträttsliga konsumentskyddet finns en risk att lagvalsfrågan kan komma att avgöras till förmån för forumlandets lag, i vart fall där lagvalsregler förutsätter en avvägning mellan regler i olika länder innan tillämpliga regler kan identifieras. Det är enklare att tillämpa det egna landets lag än en främmande rättsordning.[628]

[625] För synpunkter i frågan, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 183–185 och 195; de Boer, Rec. des Cours 1996:257, s. 365–366; Hartley, ICLQ 1996, s. 291; Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 74 och Philip, EU-IP, s. 135. Philip anser att frågor som inte omfattas av Romkonventionen (se särskilt artikel 1.2 h) är underkastade varje konventionsstats allmänna internationellt processrättsliga regler, a.a.

[626] Se vidare Jänterä-Jareborg, FS Pålsson, s. 98–99. Se även Pålsson, Romkonventionen, s. 132.

[627] Se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 197–198.

[628] Se de Boer, Rec. des Cours 1996:257, s. 378–379.

3.4 Erkännande–verkställbarhet–verkställighet av avgöranden i konsumentärenden

3.4.1 Domar

Sedan dom givits i en gränsöverskridande tvist mellan en konsument och en näringsidkare uppstår den betydelsefulla frågan om domen meddelad i Sverige kan göras gällande i ett annat land. Eller omvänt, huruvida en dom meddelad utomlands kan göras gällande i Sverige. Vi antar att en fransk domstol fastställt att en konsument med hemvist i Sverige i förhållande till en näringsidkare etablerad i Frankrike inte är bunden av ett avtal. Konsumenten kan ha ett intresse av att denna dom erkänns i Sverige. Under vilka förutsättningar gäller en sådan dom här i landet?

Av 3 kap. 2 § UB framgår att utländska domar inte kan verkställas här i landet utan stöd i särskilda svenska föreskrifter. Samma sak gäller enligt rättspraxis erkännande av utländska domar.[629] Lagstöd för erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område finns endast beträffande domar som har meddelats i vissa stater. Ur svensk synvinkel är de redan i samband med behörighetsfrågan diskuterade Bryssel I-förordningen, Bryssel- och Luganokonventionerna av stort intresse.[630] Dessa omfattar domar av privaträttslig natur. Samtliga tre regelverk är "dubbla", dvs. de innehåller såväl regler om behörighet som regler om erkännande och verkställighet. Vidare bygger dessa regelverk på ömsesidighet, vilket innebär att varje regelverk reglerar erkännande och verkställighet i Sverige av domar meddelade i en annan konventionsstat eller EU-medlemsstat, samtidigt som de även reglerar erkännande och verkställighet av svenska domar i det andra landet. De stater som omfattas är genom regelverken förpliktigade att erkänna och verkställa de andra staternas domar, utom när en särskild vägransgrund föreligger.[631]

En dom meddelad i en EU-medlemsstat eller i en konventionsstat skall erkännas i Sverige utan att något särskilt förfarande behöver anlitas enligt artikel 33 i Bryssel I-förordningen och artikel 26 i Bryssel- och Lugano-

[629] Se NJA 1986 s. 119. Jämför NJA 1973 s. 628.

[630] Det finns ett förslag till lag med kompletterande bestämmelser om verkställighet av vissa utländska avgöranden m.m. Avsikten med lagen är att samla kompletterande bestämmelser till bl.a. Bryssel I-förordningen, Bryssel- och Luganokonventionerna om framför allt handläggning vid svenska exekvaturdomstolar om hur verkställighet av utländska avgöranden skall ske under en lag.

[631] Se artikel 34 i Bryssel I-förordningen och artikel 27 i Bryssel- och Luganokonventionerna. Som regel är det utan betydelse om domsrätten grundats på Bryssel I-förordningens, Bryssel- eller Luganokonventionernas domsrättsregler eller på någon nationell domsrättsregel. Detta gäller också i de fall där den nationella domsrättsregeln använts i strid med något av regelverken i fråga.

konventionerna.[632] Samma behandling skall svenska domar få i de andra staterna. I exempelfallet ovan innebär det alltså att den franska domen gäller i Sverige och i princip kan jämställas med, och får samma rättsverkningar som, en svensk dom.[633] Praktisk betydelse får frågan om erkännande av den franska domen t.ex. om den franska näringsidkaren stämmer konsumenten inför svensk domstol med yrkande om betalning. Konsumenten kan då direkt åberopa den franska domen som ogiltigförklarar det avtal som betalningskravet bygger på. Den franska domen utgör då hinder för en ny rättegång i Sverige mellan samma parter i samma sak.[634] Viktigt är dock att domar som har meddelats i strid med Bryssel I-förordningens, Bryssel- och Luganokonventionernas behörighetsregler i artiklarna 15–17 respektive artiklarna 13–15 inte skall erkännas såsom annars är huvudregeln.[635] Den domstol eller myndighet som prövar erkännandefrågan är dock bunden av de faktiska omständigheter som domstolen i ursprungslandet grundat sin behörighet på och kan inte på grund härav vägra erkännande.

Antag i stället att näringsidkaren och konsumenten tvistar om fullgörelse av avtalet och skadestånd för bristande fullgörelse av avtalsförpliktelser vid fransk domstol. I den franska domen förklaras att näringsidkaren skall fullgöra avtalet och utge en avtalsenlig vara samt ett visst skadestånd till konsumenten. Om näringsidkaren inte frivilligt verkställer domen kan konsumenten vilja erhålla verkställighet av domen i Sverige om näringsidkaren har utmätningsbara tillgångar här i landet. Fråga uppstår när verkställighet i sådana fall kan ske?

När det gäller verkställighet av domar är utgångspunkten att en dom som har meddelats i en EU-medlemsstat eller i en konventionsstat skall verkställas i en annan sådan stat om domen är verkställbar i ursprungslandet.[636] För att en dom skall bli verkställbar krävs ett exekvaturbeslut,

[632] Se Brysselförordningens artikel 33 och Brysselkonventionens artikel 26. Se även Salerno, European PIL, s. 145–146 och Philip, EU-IP, s. 108–109.

[633] Se C-145/86, *H.L.M. Hoffmann* mot *A. Krieg*, där EG-domstolen förklarade att en utländsk dom som erkänns enligt Brysselkonventionen skall ges samma rättsverkningar som domen har i ursprungslandet. Detta skiljer sig från vad som varit utgångspunkten för svensk rätt. Enligt svensk rättsuppfattning har förutsatts att en utländsk dom som skall erkännas här skall jämställas med en svensk dom. Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 196. Se även Philip, EU-IP, s. 116–118.

[634] Närmare om erkännande av utländska domar enligt Bryssel- och Luganokonventionerna Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 195–212 och SvJT 2001, s. 392–394.

[635] Se artikel 35 i Bryssel I-förordningen och artikel 28 i Bryssel- och Luganokonventionerna. För andra vägransgrunder, se artikel 34 i Bryssel I-förordningen och artikel 27 i Bryssel- och Luganokonventionerna. Närmare om dessa bestämmelser, Pålsson, SvJT 2001, s. 392–396 och Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 196–197.

[636] Se C-99/96, *Mietz* mot *Intership Yachting*.

dvs. ett beslut om att domen är verkställbar i det land där verkställighet söks.[637] Ett sådant beslut erhålles efter ansökan hos behörig domstol eller myndighet i det land där verkställighet önskas.[638]

En ansökan om verkställbarhet skall som huvudregel bifallas om domen är verkställbar i ursprungslandet och inte någon av de i artiklarna 27 och 28 (se artikel 34) Bryssel- och Luganokonventionerna eller artiklarna 34 och 35 (se artikel 41) i Bryssel I-förordningen angivna vägransgrunderna föreligger.

Antag att den franska domstolen i exempelfallet ovan felaktigt grundat sin behörighet på artikel 5.1 om uppfyllelseforum i Bryssel I-förordningen. Domstolen borde, förutsatt att konsumenten gjort en foruminvändning, ha avvisat talan till förmån för svensk domstol som skulle varit behörig enligt artikel 15 i förordningen. I domen får emellertid konsumenten bifall för sina bestridanden samt ett visst skadestånd. Kan konsumenten få domen verkställd i Sverige?

Hindret för verkställighet av domar som meddelats i strid med behörighetsreglerna för konsumenttvister är obligatoriskt och anses enligt rådande uppfattning skola beaktas ex officio.[639] Man har anledning att förmoda att Svea HovR självmant skall undersöka om det finns omständigheter som utgör grund för avslag på konsumentens ansökan. Domstolen skulle i så fall ha en långtgående undersökningsplikt för att de processuella konsumentskyddsreglerna får sin avsedda verkan. Vid bedömningen är dock den svenska domstolen bunden av de faktiska omständigheter som den franska domstolen grundat sin behörighet på.[640] I exempelfallet kan inte, som ovan nämnts i anslutning till erkännandefrågan, verkställighet vägras på grund av att den franska domstolen lagt fel faktiska omständigheter till grund för domen. En vägransgrund bör dock kunna föreligga om en domstol trots konsumentens invändningar ignorerat artikel 15 i Bryssel I-förordningen eller artikel 13 i Bryssel- och Luganokonventionerna och förklarat sig behörig.

637 Se COM (1997) 609 final, s. 11–12 och 18–19.

638 Vilken domstol eller myndighet som kan pröva ansökan om verkställbarhet anges i Bryssel I-förordningens bilaga och i artikel 32 i konventionerna. I Sverige skall ansökan lämnas in till Svea Hovrätt. I nästa alla länder görs det dock hos första instans. Hur själva verkställigheten går till bestäms av varje EU-stats eller konventionsstats nationella rätt. Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 214-215.

639 Verkställighetsfrågor bör således avgöras med tillämpning av officialprincipen, dvs. rätten har att ta in de uppgifter den behöver för sitt avgörande oavsett om dessa uppgifter uppges, åberopas eller ges in av parterna. Jämför Pålsson, a. a., s. 197.

640 Pålsson, a. a., s. 218 not 24.

3.4.2 Rekommendationer

ARN:s beslut är inte exigibla, de utgör endast rådgivande rekommendationer.[641] Besluten kan alltså inte läggas till grund för verkställighetsåtgärder – varken i Sverige eller utomlands. Detta kan anses vara en svaghet med ett nämndförfarande.[642] Det innebär dock inte att ARN:s avgöranden blott utgör rättsligt verkningslösa rekommendationer om hur olika tvister bör lösas. Klart är att båda parterna kan utgå från att såväl bifallande som ogillande nämndbeslut ofta har bevisverkan i en rättegång, i vart fall vid svensk domstol.[643]

Visserligen efterföljs ARN:s beslut i en hög utsträckning. I de fall det står klart att en näringsidkare i ett annat land inte frivilligt kommer att rätta sig efter ett nämndbeslut, skulle det kunna vara mer gynnsamt med en dom från domstol som kan erkännas och verkställas i de andra EU-medlemsstaterna. Denna ståndpunkt gör sig gällande framför allt i tvister om stora värden.

3.5 Avslutning

EG:s internationella privaträtt kommer till uttryck i många olika skepnader och, såsom saken träffande beskrivits, "it resembles a world of innumerable islands scattered about in the ocean of national law".[644] Detta gör det svårt att få en överblick över konsumentens rättsliga ställning i utlandsanknutna avtalsförhållanden. Ovisshet kvarstår också huruvida konsumenten i praktiken kan erhålla det skydd som erbjuds av de olika instrumenten. Regelverken är svåröverskådliga, och det kan vara problematiskt att bedöma i vilken relation och hierarki de olika reglerna står i förhållande till varandra. Det är därför osäkert i vilken utsträckning EU:s målsättningar i fråga om ett gränsöverskridande konsumentskydd kan uppnås.

641 Det har i ett annat sammanhang framhållits att ARN:s roll på den internationella arenan är oklar, och att nämndens betydelse inte kommer att vara avgörande så länge de rekommendationer som nämnden meddelar inte är verkställbara. Se ARN:s årsbok 1993/94, s. 22–23.

642 Det har framhållits att det smidiga nämndförfarandet måste formaliseras i större utsträckning om nämndbesluten skall kunna göras verkställbara. Se Heuman, s. 6.

643 Heuman, s. 636.

644 Se Basedow, Private Law, s. 29, som citerar Rittner.

DEL II –

SÄRSKILD DEL

4 Konsumentskyddet vid köp av varor

4.1 Illustrationer

Konsumentskyddsreglering aktualiseras i princip bara om köparen är en konsument och säljaren en näringsidkare. I det följande utgår jag från att de förutsättningar som ställs på konsumenten och näringsidkaren i de olika lagarna som undersökts i kapitel 2 är uppfyllda. Även uttrycken köpare, turist, student och andra används för den språkliga variationens skull och betecknar likaledes en enskild person som rättshandlar för privat bruk.

- Under en semesterresa i Spanien får en turist från Sverige en inbjudan av en spansk försäljare att delta i en frukostbuffé och en presentation av ullvaror av hög kvalitet.[645] Turisten deltar i presentationen och beställer i egenskap av privatperson vissa varor. Efter hemkomsten till Sverige levereras varorna tillsammans med en faktura. Fakturabeloppet att betala är högre än vad turisten räknat ut. Varorna håller inte heller den höga kvalitet som säljaren utlovat.[646] Turisten vill häva avtalet, men säljaren kräver fullgörelse med hänvisning till parternas avtal. I avtalet finns ett villkor som utpekar lagen i en avlägsen rättsordning som inte känner några konsumentskyddshänsyn. Enligt turistens uppfattning är detta avtalsvillkor oskäligt och skall inte gälla. Skall den avtalade lagen nu vara avgörande för turistens rättsliga ställning? Ser turistens rättsskydd annorlunda ut om avtalet inte innehåller någon partshänvisning?

[645] För liknande omständigheter, se Konsument Europa Ärnr 2001-000118. Se även Gutachten 1987 und 1988 Nr. 13; OLG Hamm, Urt. vom 1.12.1988 – 4 U 120/88; LG Konstanz, Urt. vom 17.6.1992 – 6 S 47/92: IPRspr. 1992 nr. 38; LG Hildesheim, Urt. vom 11.12.1991 – 7 S 236/91: IPRspr. 1992 Nr. 28; LG Aachen, Urt. vom 21.2.1991 – 6 S 267/90: IPRspr. 1991 Nr. 35.

[646] Av en rapport till Europeiska kommissionen framgår att 70 procent av klagomål från konsumenter i utlandsanknutna avtalsförhållanden gäller varors kvalitet. Andra problem gäller byte och reparationer över gränserna, språksvårigheter och tillgång till konfliktlösning. Se COM (1995) 520 final, s. 3–4.

- Antag i stället att en privatperson blir uppsökt i Sverige av en säljare från Storbritannien som erbjuder engelska uppslagsverk och lexikon på avbetalning. Efter det att avtalet träffats underlåter konsumenten att erlägga förfallna belopp med hänvisning till att hon inte har fått någon information om ångerrätten.[647] Säljaren väcker talan mot henne vid svensk domstol med yrkande om fullgörelse. Vilken rättsordning skall domstolen lägga till grund för den rättsliga bedömningen? Skall samma regler tillämpas om avtalet innehåller en partshänvisning?
- Antag att en i Sverige bosatt person erbjuds att följa med på en arrangerad bussresa till en bilvisning i Tyskland. I egenskap av konsument beställer hon där en bil och erlägger en handpenning. Då någon bil inte anländer på överenskommet leveransdatum kontaktar hon den tyska säljaren som utlovar ett nytt leveransdatum. Någon bil levereras emellertid inte heller vid den senare överenskomna tidpunkten. Konsumenten vill därför häva avtalet och få tillbaka handpenningen. Säljaren motsätter sig emellertid detta. Enligt vilken rättsordning bestäms de påföljder som konsumenten kan göra gällande i anledning av säljarens dröjsmål? Blir det någon skillnad om avtalet innehåller en partshänvisning?

Vi ställer dessa exempel i kontrast med distansköp där konsument och säljare ingår avtal utan att före eller vid avtalsslutet träffas personligen.

- Antag att en i Sverige bosatt person under en tillfällig vistelse i Frankrike ser en annons i en fransk tidskrift från en postorderfirma som säljer kläder.[648] Personen skriver till postorderfirman och ber om dess katalog. Beställning görs sedan på grund av den till Sverige skickade katalogen. Beställningen blir emellertid felhanterad. Trots försök kan inte bristerna avhjälpas. Enligt vilket lands lag skall konsumentens rättsliga ställning bedömas? Finns det begränsningar i säljarens möjligheter att i sitt standardavtal förordna om avtalsstatut?
- En variation på distansköp är att en enskild person ser ett shoppingprogram på en kabelkanal. På impuls beställer hon ett fitnessredskap genom att ringa ett i TV-inslaget utländskt telefonnummer. Efter leverans visar det sig att redskapet är defekt och inte alls ser ut som i TV-reklamen eller stämmer överens med den information som lämnats.

[647] Enligt lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal skall näringsidkaren enligt 11 § i samband med att hemförsäljningsavtalet ingås lämna konsumenten en handling där hon informeras om sin ångerrätt enligt lagen samt om namn och adress till någon som ångerrätten kan utövas mot.

[648] Problem som särskilt förekommer vid postorderförsäljning är bl.a att inte beställda varor skickas till konsumenten och att beställningarna blir felhanterade. Se vidare KOM (2000) 127 slutlig, s. 31–32.

Vidare har kortfaktureringen blivit felaktig. Då säljaren har sitt etableringsställe i Holland visar det sig vara svårt att få tillbaka den del av köpeskillingen som felaktigt belastat köparens bankkonto. Avsevärda svårigheter uppstår dessutom när köparen vill utnyttja sin rätt till en felfri vara. Säljaren motsätter sig omleverans, men erbjuder sig att laga redskapet på köparens bekostnad. Hur skall köparens rättsliga ställning bedömas i vad lagvalsfrågan anbelangar?

Dessa exempel får illustrera några av de problem som gränsöverskridande handel kan ge upphov till och där ställningstagande kan behöva göras om tillämplig rättsordning. Lagvalsfrågan har grundläggande betydelse. Det är den tillämpliga lagen som bestämmer vilka påföljder dröjsmål eller fel i varan medför, vilka invändningar en köpare kan göra mot säljarens krav på betalning, under vilka förutsättningar det föreligger en skyldighet att betala ränta, huruvida en fordring har upphört, t.ex. genom preskription, etc. Exemplen används i det följande för att belysa problem och lösningar. Utgångspunkten är att saken prövas eller annars kommer upp till bedömning i Sverige.

Att lagvalsfrågan ges en särställning i den andra delen av denna studie förklaras av att det är på detta område som en intensiv utveckling har skett de senaste åren till följd av EG-rätten. Av statistik från Europeiska kommissionen framgår också att köpare i egenskap av konsumenter tvekar att handla över de europeiska nationsgränserna på grund av osäkerhet om avtalsinnehållet.[649] Detta tyder på att konsumenter inte bara är intresserade av tillgängliga konfliktlösningsformer; kännedom om avtalsinnehållet har således också betydelse för konsumenters benägenhet att handla över gränserna på den inre marknaden.

Lagvalsfrågan ger upphov till flera principiellt och praktiskt viktiga spörsmål. Vilket skydd har konsumenter mot partshänvisningar? Om ett skydd finns – var går gränsen för detta? Hur skall tillämplig lag fastställas när parterna inte har avtalat om detta eller om en lagvalsöverenskommelse av någon anledning är ogiltig? Dessa övergripande frågor och härmed sammanhängande problemställningar diskuteras i detta kapitel och i de tre följande.

[649] Av en Eurobarometer, en statistisk undersökning företagen på initiativ av kommissionen, framgår att 31 procent av de tillfrågade konsumenterna anser att osäkerhet om avtalsinnehållet gör att de avstår från att handla över gränserna på den inre marknaden. Se COM (1995) 520 final, s. 3–4.

4.2 Internationell privaträtt släpar efter materiell rätt

Kännetecknande för konsumentskyddet i svensk rätt är att det är relativt nytillkommet. Utvecklingen på området tog fart under 1970-talet och har fram till våra dagar fortsatt att växa fram, steg för steg.[650] Denna utveckling har lett till att förmögenhetsrätten har differentierats.

Det finns å ena sidan en reglering som är dispositiv, avsedd för avtalsförhållanden mellan i princip lika starka parter, s.k. kommersiella avtal. Jämvikten mellan parternas ekonomiska förhandlingsposition har ansetts vara en garanti för att den ena parten inte skall kunna utnyttja den andra partens förhandlingsposition.[651] Parterna har med andra ord själva förutsatts kunna bevaka sina intressen.[652] Därför har behov saknats att vidta lagstiftningsåtgärder i form av tvingande regler till skydd för endera parten.

Ett sådant behov har å andra sidan ansetts föreligga beträffande konsumentavtal.[653] Konsumentavtalet skiljer sig i flera hänseenden från det kommersiella avtalet. Redan i förhandlingsfasen av ett avtal befinner sig konsumenten i underläge i förhållande till näringsidkaren. Konsumenten måste acceptera näringsidkarens pris och avtalsvillkor, eller avstå från att träffa avtal.[654] Till följd av den typiskt sett svagare partens behov av rättsskydd har lagstiftaren ingripit och utformat tvingande skyddsregler som inte kan avtalas bort till nackdel för henne.[655]

Trots det ökande antalet tvingande konsumentskyddsregler har den svenska lagstiftaren inte ägnat någon större uppmärksamhet åt de frågor som aktualiseras till följd av att ett konsumentavtal inte håller sig inom ett lands gränser.[656] Förklaringen är förstås att gränsöverskridande konsumentavtal länge inte varit särskilt vanliga och att de spelat en underordnad roll i förhållande till internrättsliga konsumentproblem.[657]

650 Se Pålsson, NordTIR 1980, s. 159.

651 Se t.ex. Botschaft, s. 150.

652 Man kan dock tänka sig fall där den ena kommersiella avtalsparten är i behov av rättsligt skydd trots att avtalet ingåtts för kommersiella syften. Det gäller t.ex. småföretagare.

653 När det gäller reglering av s.k. svagpartsavtal, t.ex. reglering till förmån för konsumenter, arbetstagare eller hyrestagare, talas ibland om en social civilrätt där socialpolitiska rättvisesträvanden spelar en central roll. Se Wilhelmsson, Social civilrätt, s. 46–47. Se även Flessner & Kötz, s. 16–17, som skriver om "Vertragsrechtigkeit".

654 Se t.ex. Lando, IECL 1976, s. 134 och Botschaft, s. 150.

655 Om överväganden bakom skyddslagstiftning, se ovan avsnitt 2.2.1.

656 År 1994 introducerades dock i svensk rätt, till följd av EG-direktiv, en särskild lagvalsbestämmelse i 13 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden som ger ett visst skydd mot partshänvisningar. Mer om bl.a. denna bestämmelse nedan avsnitt 4.5.

657 Pålsson, NordTIR 1980, s. 159.

Följande utveckling kan noteras på det internationellt privaträttsliga planet.[658]

Den grundläggande idén inom den internationella privaträtten är att varje privaträttsligt rättsförhållande bör vara underkastat lagen i det land till vilken den starkaste och mest relevanta anknytningen finns.[659] Denna anknytning anges i lagvalsregler i forumlandets lag. Vissa av dessa regler erkänner uttryckligen parternas rätt att välja den lag till vilken den närmaste anknytningen skall anses existera. Saknas ett sådant val utpekar lagvalsregler på objektiva grunder den rättsordning till vilken förhållandet har sin närmaste anknytning. Lagvalet sker utifrån de rättspolitiska målsättningar som råder i forumlandet.

Att tillämpa den rättsordning vartill ett utlandsanknutet avtal har sin starkaste och mest relevanta anknytning har ansetts leda till *förutsebarhet* och *rättssäkerhet*. Resultatet skulle vara *internationellt enhetliga avgöranden* (internationell beslutsharmoni).[660]

Man vidhöll, eller i vart fall antogs länge, att icke-kommersiella köp skulle lyda under samma lagvalsregler som kommersiella avtal.[661] Också de fram till sommaren år 1998 gällande lagvalsreglerna i lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL, 1964) omfattade såväl handelsköp som icke-kommersiella köp.[662]

Genom IKL, med ursprung i en Haagkonvention från år 1955 om tillämplig lag på internationella köp av lösa saker, fick den obligationsrättsliga partsautonomin sitt genombrott.[663] Parterna kunde fritt träffa avtal om vilken rättsordning som skulle tillämpas på deras avtalsförhållande (3 §). Av förklarliga skäl hade inte konsumenters behov av skydd mot partshänvisningar beaktats i IKL. Konsumentskyddsaspekter var vid tidpunkten för IKL:s tillkomst fortfarande okända.

Som ovan antecknats i detta avsnitt och avsnitt 2.2 har tvingande regler till skydd för konsumenter utvecklats i den svenska materiella rätten allt eftersom. Sådana regler kan inte ändras eller kringgås genom avtal till nackdel för konsumenten.

[658] För en komparativ framställning, se Lando, IECL 1976, s. 134-135.

[659] Se Bogdan, Svensk IP, s. 28.

[660] Se t.ex. Lando, IECL 1976, s. 33–34 och Siesby, European PIL of Obligations, s. 211.

[661] Så var fallet inte bara i Sverige, utan i många andra länder. Se Lando, IECL 1976, s. 134.

[662] Se prop. 1964:149, s. 13, där det konstateras att IKL:s lagvalsregler inte är begränsade till handelsköp i köplagens mening. När Romkonventionen trädde i kraft den 1 juli år 1998 undantogs konsumentköpen från IKL:s tillämpningsområde, se prop. 1997/98:14, s. 23–24. Se även Philip, EU-IP, s. 151 och ovan avsnitt 2.3.3.5.

[663] Se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 56. Se även prop. 1964:149, s. 15–18.

I den internationella privaträtten, som den kommer till uttryck i IKL, existerade inte några begränsningar till förmån för konsumenten som avtalets svagare part. Det var i princip fritt fram för en säljare att utnyttja konsumentens svagare förhandlingsposition och binda henne vid en lagvalsklausul som utpekade ett främmande lands lag som tillämplig, trots att det landets rättsordning kanske helt saknade ett konsumentskydd. Tvingande konsumentskyddsregler i svensk materiell rätt kunde alltså inte utgöra ett hinder, även om dessa tvingande regler skulle ha tillämpats i avsaknad av en partshänvisning.

Följden av att internationella konsumentköp jämställdes med handelsköp blev en brist på samklang mellan internationell privaträtt och materiell rätt. På det internationellt privaträttsliga planet fanns en större dispositionsfrihet över innehållet i ett avtal än vad som fanns på det materiella planet, och därmed kunde man befara att tvingande svenska konsumentskyddsregler inte självklart fick sin avsedda skyddande verkan.

Visserligen fanns det en möjlighet för en svensk domstol att inom ramen för IKL:s tillämpningsområde vägra att tillämpa valda regler om dessa stod i strid med grunderna för den svenska rättsordningen, det s.k. negativa ordre public-förbehållet (6 §). Utrymmet för att tillämpa förbehållet synes dock ha varit mycket begränsat.[664] Ordre public-förbehållet är inte en lämplig "korrigeringsmekanism" för att förhindra missbruk av en starkare förhandlingsposition till konsumentens nackdel.[665]

I avsaknad av parternas överenskommelse om tillämplig lag skulle enligt IKL lagen i det land där säljaren hade sitt hemvist eller fasta driftställe tillämpas på avtalet om säljaren tog emot beställningen där (4 § 1 st.). Tog säljaren emot köparens beställning i köparens hemvistland eller vid ett denne tillhörigt driftställe utpekades dock lagen i köparens land (4 § 2 st.).

Den sistnämnda bestämmelsen har sin motsvarighet i artikel 3.II i 1955 års Haagkonvention. Tanken bakom regeln är att när en säljare åker till en köpare underkastar säljare sig också köparens lag. Att företräde i en sådan situation skall ges köparens lag har också motiverats med att köparen knappast kan inse att en utländsk lag kan komma i fråga för tillämpning.[666] Det handlar då om att skydda den ena partens välgrundade förväntningar.

Artikel 3.II i 1955 års Haagkonvention har dock kritiserats för att kunna leda till slumpmässiga resultat i lagvalsfrågan.[667] Det finns anledning att

[664] Om ordre public-förbehållet i dess negativa betydelse, se avsnitt 8.7.

[665] Se vidare avsnitt 8.7.3.

[666] Se prop. 1964:149, s. 20–23.

[667] Se Vischer, Rec. des Cours 1974:II, s. 64–65.

instämma i kritiken såtillvida att lösningen i lagvalsfrågan rent allmänt tar alltför stor hänsyn till köparen. Kommersiella avtal kan t.ex. ha träffats efter att en representant för ett bolag sökt upp en köpare i dennas land eller genom att köparen efter ett besök i säljarens land gör en efterföljande orderbeställning per post eller liknande. Avgörande för lagvalsfrågan blir då om orderbeställningen till säljaren sker direkt på plats (med följden att köparens lag blir tillämplig) eller om beställningen till bolaget sker efteråt (då blir i stället säljarens lag tillämplig). Denna "lagvalsrättsliga slumpmässighet" i kommersiella sammanhang är naturligtvis olycklig och sker på bekostnad av förutsebarheten om tillämplig lag.

Frågan är om sådan kritik också är befogad när det gäller konsumentavtal. Konsumenten har sämre förutsättningar än en näringsidkare att inse att en främmande lag kan bli tillämplig. Sannolikt reflekterar inte ens konsumenten över att en annan stats lag skulle kunna bli tillämplig. Har säljaren agerat på konsumentens hemmamarknad och på plats mottagit hennes anbud, kan en sådan bestämmelse väl motiveras av att en konsument med fog kan förutsätta tillämpning av hemvistlandets lag.

Utanför IKL:s tillämpningsområde var man i huvudsak hänvisad till rättspraxis och doktrin för att få vetskap om hur den tillämpliga lagen skulle identifieras. Enligt den mening som hade kommit att härska i svensk rättspraxis och doktrin var principen om partsautonomi godtagen.[668] I doktrinen var det dock oklart och omstritt var gränserna för denna partsautonomi skulle dras.[669] Visserligen kunde parternas möjligheter att avtala om tillämplig lag anses omfattande därför att köprättsliga regler, som i allmänhet var dispositiva, kunde åsidosättas genom avtal mellan parterna. Härvidlag fanns inte något hinder att ge ett avtalsvillkor, som skulle ersätta en dispositiv regel, innebörden av att ett lands lag skulle gälla i ett visst avseende.[670]

Den beskrivna synen på lagvalsfrågan reste dock vissa praktiska problem när tvingande bestämmelser berördes, t.ex. bestämmelser i svensk rätt om köparens skydd mot oskäliga avtalsvillkor vid avbetalningsköp. Med en alltför vittgående partsautonomi skulle parterna tillåtas att sätta sådana tvingande regler ur spel genom att i avtalet infoga en partshänvisning till lagen i ett land som saknade sådana bestämmelser.[671] Därför häv-

[668] Se Karlgren, s. 93. Rättspraxis var inte särskilt omfattande. Enligt Pålsson är de avgöranden som finns spridda såväl tidsmässigt som vad angår de problem som varit uppe till bedömning. Pålsson, NordTIR 1980, s. 157.

[669] Se prop. 1964:149, s. 15–16; Pålsson, NordTIR 1980, s. 157; Karlgren, s. 95 och Bogdan, Svensk IP 3:e upplagan, s. 205–206. Se även Lando, IECL 1976, s. 35–38.

[670] Prop. 1964:149, s. 16.

[671] A. st.

dades att partsautonomin skulle begränsas genom att uppställa mer eller mindre stränga krav på en objektiv anknytning till den valda lagen.[672] Så skriver Karlgren allmänt om kommersiella avtal att "det skulle icke vara tillåtet att undandraga sig tvingande regler i berörda, i och för sig tillämpliga rättsordningar genom att avtalsvis underkasta sig en annan rättsordning, med mindre rättsförhållandet hade en viss naturlig anknytning till denna senare".[673]

Andra menade att partsautonomin helt borde uteslutas i den svagare partens intresse av rättsskydd.[674] Dessa argument var av materiellrättslig karaktär; lagvalsregler i en viss rättsordning ansågs böra stå i överensstämmelse med materiella regler i samma rättsordning. Fram till dess att sådana resultatorienterade materiellrättsliga överväganden på allvar började få genomslagskraft vid utarbetandet av lagvalsregler kom dock internationella icke-kommersiella köp att behandlas som kommersiella avtal i allmänhet.

Det är därför inte förvånande att problem som gränsöverskridande handel kunde ge upphov till gjorde sig gällande även på det marknadsrättsliga planet. I ett välkänt avgörande från MD (1973:11) angående hemförsäljning av korrespondenskurser mellan svenska konsumenter och en dansk näringsidkare berördes konflikten mellan partsautonomi och konsumentskyddsaspekter:

> "Enligt i Sverige gällande internationellt privaträttsliga bestämmelser har parterna rätt att vid köp med internationell anknytning fritt bestämma vilket lands lag som skall reglera tvistefrågor i anledning av köpet. Detta gäller *i princip* (min kurs.) även vid s.k. konsumentköp. Eftersom avtalsvillkorslagen är tillämplig, kan å andra sidan användandet av en sådan lagvalsklausul komma att förbjudas av marknadsdomstolen, om nämligen klausulens tillämpning i ett konkret fall skulle vara att anse som otillbörlig mot konsumenten.
>
> De i ärendet aktuella korrespondenskurserna har erbjudits konsumenterna vid hemförsäljning. Hemförsäljningslagen innehåller tvingande regler till konsumentens skydd. Motsvarande skyddsregler saknas i Danmark. Av grunderna för avtalsvillkorslagen får anses följa att ett avtalsvillkor som, om det tillämpas, skulle innebära att konsumenten undandras det skydd en tvingande konsumentskyddslagstiftning annars ger är att anse som otillbörligt mot konsumenten. I den mån avtalsvillkor sätter hemförsäljningslagens

672 Se Karlgren, s. 94–95.

673 Karlgren, s. 95.

674 Den kanske förste och främste företrädaren för denna uppfattning är Lando. Se t.ex. Lando, IECL 1976, s. 135.

regler ur spel – något som Vrist velat göra gällande beträffande här ifrågavarande villkor – skall dess användande således förbjudas".[675]

Visserligen förbjöds den danska näringsidkaren i framtiden att använda sig av lagvalsklausuler som berövade konsumenter med hemvist i Sverige den dåvarande hemförsäljningslagens skydd. Men de enskilda konsumenter som redan slutit avtal med den danska näringsidkaren fick finna sig i att danska regler som var mindre förmånliga än svensk rätt tillämpades.

När det gällde avtalsförhållanden där parterna inte hade träffat en giltig överenskommelse om lagvalet, och där IKL:s lagvalsregler inte var tillämpliga, brukade den tillämpliga lagen fastställas genom den s.k. individualiserande metoden.[676] Denna innebär att ett internationellt avtals objektiva anknytningar till olika länder viktas för att utröna till vilken rättsordning den starkaste anknytningen finns.[677] Denna rättsordning skall då tillämpas. Hänsyn kan tas till parternas medborgarskap, hemvist och etableringsställe, platsen för avtalets ingående eller orten där varan levereras eller betalning erläggs, avtalsspråk, etc. Inom ramen för denna metod synes dock inte ha funnits något utrymme för att ta hänsyn till materiella reglers skyddssyften.

I vissa fall hade svenska domstolar också fastställt den tillämpliga lagen genom vad som brukar kallas den hypotetiska partsviljan, dvs. vad parterna skulle ha valt om de tänkt på att ett avgörande i saken måste träffas.[678] I doktrinen utbildades även presumtionsregler för särskilda typer av avtal eller på annat sätt avgränsade grupper av fall, för att kunna identifiera avtalsstatutet.[679]

Det var först på 1990-talet som den svenska internationella privaträtten till följd av EG-rättens inflytande började svara på den utveckling som skett till förmån för konsumenter i den materiella rätten. Antalet lagfästa lagvalsregler till konsumentens nytta har därefter ökat avsevärt.

[675] För kommentarer till MD 1973:11, se Bogdan, SvJT 1995, s. 201–206 och Pålsson, NordTIR 1980, s. 161–164.

[676] Se Karlgren, s. 97–98.

[677] Kritiskt Karlgren, s. 100. Så även Göranson, FS Pålsson, s. 47–78.

[678] Se härom t.ex. Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 50–53. För kritik mot den s.k. hypotetiska partsviljan, se Karlgren, s. 97.

[679] Pålsson, NordTIR 1980, s. 157–158. Se även Karlgren, s. 101–103.

4.3 Skyddet mot lagvalsavtal enligt Romkonventionen

4.3.1 Skyddssystemets achilleshäl: bara vissa situationer omfattas

Romkonvention från år 1980 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser innehåller skräddarsydda lagvalsregler för vissa konsumentavtal i artikel 5.[680] Denna särskilda regel har berörts ovan i avsnitt 2.3.4.4 och 3.3.1.1. I all enkelhet innebär den att konsumenter i vissa avtalssituationer skyddas mot överenskommelser om tillämplig lag.[681] Artikel 5.3 anger lagvalet när partsautonomi inte utnyttjats.

En överenskommelse om tillämplig lag får inte betyda att konsumenten får ett sämre materiellt skydd än hon skulle ha haft om lagen i hemvistlandet hade tillämpats med avseende på tvingande regler. Så länge den valda lagen innehåller ett likvärdigt eller högre konsumentskydd gäller partshänvisningen i sin helhet. Innebär partshänvisningen däremot att konsumenten blir berövad det skydd hon skulle ha om hemvistlandets lag tillämpades kan mindre förmånliga tvingande regler i den avtalade lagen åsidosättas till förmån för motsvarande regler i konsumentens lag.[682] Detta skydd gäller dock bara om avtalet har ingåtts av en konsument för ändamål som faller utanför affärs- eller yrkesverksamhet och avser köp av varor eller tjänster, eller avtal om kredit för sådana prestationer enligt artikel 5.1 (se avsnitt 2.3.3). Därtill förutsätter artikel 5.2 att:

> 1. avtalet föregicks av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i det landet eller av annonsering där och konsumenten där vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna, eller
>
> 2. den andra parten eller dennes representant mottog konsumentens beställning i det landet, eller
>
> 3. avtalet avser försäljning av varor och konsumenten reste från det landet till ett annat land och gjorde sin beställning där, förutsatt att konsumentens resa arrangerades av säljaren i syfte att förmå konsumenten att köpa.

[680] Från början innehöll inte förslaget till Romkonventionen någon särskild regel för internationella konsumentavtal. Det stod dock tidigt klart att en sådan behövdes på grund av den skillnad som föreligger mellan kommersiella avtal och konsumentavtal. Den intresserade läsaren hänvisas till Fletcher, s. 149–150, för en redogörelse om bakgrunden till Romkonventionen. Se även Lando, IECL 1976, s. 136.

[681] Artikel 9.5 reglerar konsumentavtals giltighet till formen. Enligt regeln bestäms detta uteslutande av lagen i det land där konsumenten har hemvist under förutsättning att avtalet ingåtts under sådana förutsättningar som sägs i artikel 5.2 Romkonventionen.

[682] Se även avsnitt 3.3.1.1 avseende vilka tvingande regler som avses.

Achilleshälen i skyddssystemet är bestämmelsens snäva avgränsning. Den snäva avgränsningen verkar inte förmå erbjuda ett skydd över gränserna som svarar mot konsumenternas behov och konkret erfarna problem.[683] De särbehandlade avtalssituationerna förutsätter vissa anknytningar till konsumentens hemvistland som kan ge upphov till en del gränsdragningsproblem. I de fall där anknytningarna som preciserats i skyddssituationerna brister tillämpas huvudregeln om partsautonomi i artikel 3 fullt ut, och tvingande konsumentskyddsregler i svensk rätt eller i en annan EU-stats rättsordning kan berövas sin verkan.[684]

Rättspraxis beträffande artikel 5 är förhållandevis mager.[685] En förklaring till detta kan förstås vara att konsumenttvister inte har prövats vid allmän domstol utan vid alternativa tvistelösningsorgan. I de rättsfall – huvudsakligen från tyska domstolar – där en tillämpning av artikel 5 har aktualiserats, har förutsättningarna i artikel 5.2 *som regel* inte varit uppfyllda.[686] Det har gällt även om det omtvistade avtalet fallit inom ramen för artikel 5.1 och således är att betrakta som ett konsumentavtal enligt Romkonventionen.

Den följande presentationen avser de gränsdragningsproblem som de tre situationerna i artikel 5.2 kan ge upphov till på grund av sin komplicerade struktur.

4.3.2 Den första skyddssituationen

4.3.2.1 Marknadsföring i konsumentens hemland

För det första gäller skyddet om avtalet har föregåtts av ett särskilt anbud eller av annonsering i konsumentens hemvistland och konsumenten där vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna.[687]

[683] Se Landos kritik i CMLR 1987, s. 184. Se även Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 317; Bogdan, TfR 1982, s. 34–38; Jayme & Kohler, Rev. crit. dip. 1995, s. 23, 28 och 30–31; Pålsson, Romkonventionen, s. 81 och Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, s. 59–72.

[684] En lagvalsöverenskommelses giltighet skall enligt artikel 8 i samband med artikel 3.4 bedömas enligt den lag som skulle tillämpas om avtalsbestämmelsen vore giltig. Är avtalet ogiltigt skall effekten av ogiltigheten bedömas enligt avtalsstatutet. En part kan enligt artikel 8.2 åberopa lagen i hemvistlandet för att visa att det inte existerar något avtal där det av omständigheterna inte är rimligt att bestämma hennes beteende enligt avtalsstatutet. Vid bedömningen av om det är orimligt att använda den tillämpliga lagen kan hänsyn tas till parternas erfarenhet av internationella förhandlingar m.m. Se prop. 1997/98:14, s. 47; Jaquet, Europeanisation, s. 25 och 31–32 och Mäsch, IPRax 1995, s. 372–373. Se även nedan avsnitt 7.7.3.1.

[685] Se Kessedijan, Private Law, s. 336–337.

[686] Se ovan not 556.

[687] Om den första skyddssituationen, se t.ex. Bogdan, TfR 1982, s. 34–35 och Svensk IP, s. 243–244 och Pålsson, Romkonventionen, s. 74–75.

Ett särskilt anbud riktat till konsumenten synes innebära att det är fråga om en inbjudan direkt till konsumenten. Jämförelsevis förefaller inte detta rekvisit innebära några avsevärda problem, utan omfattar såväl skriftliga som muntliga erbjudanden.[688] Den konsument som i exempelfallet ovan under avsnitt 4.1 i Sverige köpt uppslagsverk på avbetalning genom hemförsäljning måste anses ha fått ett särskilt anbud av den engelska säljaren, och konsumenten får det skydd mot lagvalsklausuler som artikel 5.2 erbjuder.[689]

Det finns emellertid fall från det praktiska livet där personer i egenskap av konsumenter fått särskilda anbud riktade till sig, men trots detta gått miste om Romkonventionens skydd. Det beror på att anbudet erhållits i ett annat land än konsumentens hemland. Vissa säljare verkar exempelvis ha satt i system att "följa efter" potentiella köpare på semesterresor utomlands för att där få sälja sina varor.[690] Det lär ha förekommit att näringsidkare i Sverige i samarbete med utländska representanter organiserat fritidsaktiviteter, utflykter och liknande på utländska semesterorter för att erbjuda svenska turister varor.[691] Dessa varor skall sedan levereras och betalas i Sverige. Eftersom turisten, i egenskap av konsument, har fått det särskilda anbudet om att köpa varor utomlands, och inte i sitt hemvistland Sverige, gäller inte Romkonventionens skydd. Resultat blir att säljaren utan att vara bunden av artikel 5 i sitt standardavtal kan infoga en partshänvisning som utpekar lagen i Angola om så skulle önskas. Lösningen av lagvalsfrågan i dessa fall kan framstå som överraskande för en konsument som inte läst avtalsvillkoren noga.

Det ovan beskrivna rättsförhållandet har ju flera relevanta anknytningar till Sverige. Parterna har sitt hemvist och säte här, leverans och betalning skall dessutom ske här. Avtalspråket är förmodligen också svenska. Den enda utlandsanknytning som förhållandet uppvisar är att avtalet

688 Se Morse, ICLQ 1992, s. 6.

689 Se Dnr 98/K3090 (Konsumentverkets beslut 1999-02-03). Ett schweiziskt bolag som samarbetade med ett svensk företag marknadsförde sig på den svenska marknaden. Ärendet gällde oadresserade erbjudanden, som innehöll reklamslogans av typen "du har blivit personligen utvald" att köpa samlarmynt. Av beställningsformulären, som bifogats erbjudandena, framgick att konsumenten ingick ett prenumerationsavtal. Det saknades emellertid uppgifter i reklamen om bl.a. antalet framtida utgåvor av präglingar, priset på dessa och med vilka intervaller de kom att ges ut, samt uppgifter om vilka möjligheter konsumenten hade att frånträda avtalet. Det svenska företaget lovade att vidta rättelse varför Konsumentverket inte ansåg det finnas anledning att företa ytterligare åtgärder.

690 Se t.ex. OLG Hamm, Urt. vom 1.12.1988 – 4 U 120/88: IPRax 1990, s. 242–245 och OLG Stuttgart, Urt. vom 18.5.1990 – 2 U 191/89: IPRax 1991, s. 334, för vilket Mankowski redogör i IPRax 1991, s. 305–307. Se även Lando, FS Drobnig, s. 369; Klingsporn, ZWB 1994, s. 1095–1096 och Martiny, Münchener Kommentar, s. 1673.

691 Se Konsument Europa Ärnr 2001-000118.

träffats utomlands med säljarens utländska representanter. Är det överhuvudtaget ett sådant rättsförhållande som är föremål för internationellt privaträttslig reglering? Eller med andra ord, är det fråga om ett gränsöverskridande konsumentavtal?[692]

Det kan förefalla tveksamt. Det förhållandet att avtalet ingicks utomlands synes inte vara tillräckligt för att anse att det är ett utlandsanknutet avtalsförhållande om fullgörelse av avtalet skall ske i Sverige. Enligt artikel 3.3 i Romkonventionen skall den omständigheten att parterna har valt en utländsk lag när alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för avtalet har anknytning till ett enda land, inte förhindra tillämpning av tvingande regler i det landets lag.[693] Däremot pekar inte alla omständigheter av betydelse vid tidpunkten för lagvalsöverenskommelsen på Sverige i exemplet. Man har därför anledning att förmoda att avtalet bör betraktas som gränsöverskridande på grund av de internationella inslagen som består i att avtalet har slutits utomlands med en utländsk representant.[694]

4.3.2.2 Särskilt skydd mot kringgående av lag?

En följdfråga blir då om turisten med framgång kan hävda att partshänvisningen till den avlägsna rättsordningen i Angola är ogiltig eller i vart fall skall ges begränsad verkan eftersom lagvalet gjorts i syfte att kringgå tvingande regler i den annars tillämpliga svenska rättsordningen.[695] Det skulle då bli fråga om att använda den internationellt privaträttsliga s.k. kringgåendeläran (fraude à la loi eller "rättsbedrägeri") som ett rättsligt argument för att underkänna en partshänvisning eller begränsa dess verkan.[696] Kringgåendeläran tar sikte på situationer där åberopade omstän-

[692] Om interna och internationella avtal, se Lando, Harmonization of PIL, s. 15–22. Se även Dicey & Morris, s. 1215; Jacquet, Europeanisation, s. 23–24 och Firsching & von Hoffmann, s. 383–384.

[693] Begränsningarna av en partshänvisnings verkan enligt artikel 3.3 i Romkonventionen behandlas av Pålsson, Romkonventionen, s. 51–53.

[694] Lando, Harmonization of PIL, s. 19–20: "the notion of an international contract cannot be defined exactly. Each case, it is submitted, should be decided upon its merits". Lando framhåller vidare "[e]ven a contract which in itself has no local contact with a foreign country and which does not directly lead to any flow of assets across the frontier may be treated as an international contract, when the interests of international commerce are involved. Such may be the case where a contract was made solely for the purpose of carrying out a specific transaction involving export. However, in cases where the interests of international commerce are not at stake, the requirement of international contacts should be stricter".

[695] I avsaknad av en partshänvisning är det troligt att svensk lag skulle tillämpas enligt artikel 4 i Romkonventionen. Det är i Sverige som näringsidkarens etableringsställe är beläget varifrån fullgörelsen skall ske. Om artikel 4, se nedan avsnitt 4.6.2.

[696] Om fraude à la loi, se Lando, CMLR 1987, s. 182–183.

digheter visserligen existerar, men där de har *skapats* med hänsyn till svenska lagvalsregler för att uppnå vissa internationellt privaträttsliga fördelar.[697]

Juridisk-tekniskt innebär missbruket att de omständigheter som tillskapats medför att en annan lagvalsregels anknytningsvillkor, dvs. det rekvisit som anger hur den tillämpliga lagen skall bestämmas, blir uppfyllt i stället för den eljest tillämpliga lagvalsregelns anknytningsvillkor.[698] Följden skulle då naturligtvis bli att en annan lag utpekas än den som normalt skulle vara tillämplig.

I exemplet ovan är det dock mindre sannolikt att turisten med framgång kan åberopa kringgåendeläran. Säljaren har inte manipulerat eller tillskapat några omständigheter som inte redan förelåg. Säljaren har ju inte tvingat turisterna att åka på semester! Däremot har säljaren genom att "förfölja" turisterna utnyttjat den inneboende bristen i artikel 5, nämligen att turister inte kan förvänta sig något särskilt skydd mot lagvalsklausuler i de fall de befunnit sig på en utländsk marknad och där ingått avtal.[699] Själva avsikten att undvika tillämpningen av tvingande svenska regler torde med andra ord inte vara tillräcklig för att kringgåendeläran skall kunna användas.[700]

Problematiskt är också att Romkonventionen inte säger något om kringgåendeläran. Rent allmänt kan konstateras att denna lära inte intagit någon särdeles stark ställning i den svenska internationella privaträtten.[701] Även i Danmark har en sträng hållning förespråkats.[702] I England är kringgåendeläran okänd.[703] I Europa har läran haft sin starkaste ställning i Frankrike och Belgien där det anses allmänt accepterat att läran om fraude à la loi går före andra regler.[704]

Å ena sidan finns det de som verkar mena att Romkonventionen bör ge ett visst utrymme för kringgåendeläran, bl.a. Lando och Gaudemet-Tallon.[705] Som har visats ovan kan artikel 5 enkelt kringgås genom att omständigheter relevanta för lagvalet förläggs till ett annat land än det där konsumenten har sitt hemvist. Kringgåendeläran skulle kunna vara

[697] Se Bogdan, Svensk IP, s. 88–92. "Fraudulösa" partshänvisningar har sagts vara i det närmast okända i kommersiella sammanhang av Lipstein, Harmonization of PIL, s. 4 och Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 265.

[698] Se Bogdan, Svensk IP, s. 89. Se även ovan avsnitt 1.6.2.

[699] Se Firsching & von Hoffmann, s. 403–404.

[700] Se Lando, CMLR 1987, s. 183 och Pålsson, Romkonventionen, s. 53. Se även Vischer, IECL 1999, s. 26.

[701] Jämför dock Bogdan, Svensk IP, s. 92.

[702] Se Arnt Nielsen, Dansk IP, s. 75–80.

[703] Se Hartley, European PIL of Obligations, s. 108.

[704] Se Audit, s. 197–199; Mayer, s. 442–443 och Lando, CMLR 1987, s. 182.

[705] Se Lando, a. a., s. 183 och Gaudemet-Tallon, RTDE 1981, s. 258–259.

användbar i fall där Romkonventionen inte erbjuder något särskilt skydd, t.ex. för turister i egenskap av konsumenter eller andra grupper av svagare parter, såsom småföretagare.[706]

Å andra sidan kan man argumentera för att Romkonventionen inte ger något utrymme för en kringgåendelära. Konventionens regler kan i sig anses bekämpa "rättsbedrägeri". Utgångspunkten i Romkonventionen är en för parterna omfattande frihet att välja vilken rättsordning som skall tillämpas på deras avtalsförhållande. I bl.a. artiklarna 3.3, 5 och 7.2 finns dock vissa begränsningar i denna frihet.

Artikel 3.3 hindrar att parterna i ett nationellt avtal som saknar utlandsanknytning avtalar bort tvingande regler i den rättsordning vartill avtalsförhållandet har sin enda anknytning. Även artikel 5 hindrar i vissa fall att parterna genom avtal kringgår tvingande regler i lagen i konsumentens hemvistland. I andra fall än de som uttryckligen specificerats i artikel 5.2 kan inte konsumenten förvänta sig något särskilt skydd mot partshänvisningar. Artikel 7.2 i konventionen gör det dessutom möjligt att tillämpa vissa särskilt viktiga skyddsregler, s.k. internationellt tvingande regler, i forumlandets lag även om dessa inte tillhör avtalsstatutet.[707] De nu nämnda reglernas utformning gör att bedrägliga beteenden motverkas, och de kan anses uttömma möjligheterna för ytterligare inskränkningar i partsautonomin genom kringgåendeläran.

Konsumenten som köpt ullvaror på en semesterresa i Spanien får alltså inom ramen för Romkonventionen finna sig i att hennes rättsliga ställning bedöms enligt den valda avlägsna rättsordningens regler. Detta gäller oavsett om näringsidkaren är etablerad i Spanien eller Sverige.

4.3.2.3 Gränsdragningsproblem vid marknadsföring över gränserna

Som ett annat exempel på situationer där en konsument kan åberopa Romkonventionens särskilda konsumentskydd kan nämnas gränsöverskridande postorderförsäljning, förutsatt att konsumenten inviterats till köpet i hemvistlandet genom ett direkt anbud eller reklam här. Skyddet aktualiseras också i de fall där utländska säljare verkar över gränserna genom att ringa upp konsumenter i Sverige för att erbjuda dem att köpa varor.[708]

Den konsument som sett en annons från en fransk postorderfirma i en fransk tidskrift och därefter skrivit till firman för att be om dess katalog,

[706] Se Lando, CMLR 1987, s. 183.
[707] Om internationellt tvingande regler, se kap. 8.
[708] Se Giuliano & Lagarde, s. 24.

varefter beställning har gjorts på grund av den till Sverige tillsända katalogen, har däremot inte något skydd mot partshänvisningar inom ramen för Romkonventionen. Den franska postorderfirman har inte marknadsfört sig i Sverige utan avtal har kommit till på konsumentens initiativ – detta gäller trots att konsumenten har fått ett direkt anbud i form av den till Sverige skickade katalogen och att firman levererar hit.[709]

Kravet på att säljaren skall ha annonserat i konsumentens hemvistland kan medföra vissa andra gränsdragningsproblem när det gäller tillämpningen av den första skyddssituationen i artikel 5.2. Det framgår inte av Romkonventionen om säljaren måste ha haft en avsikt att annonsera i konsumentens hemvistland. I Giulianos och Lagardes rapport föreslås att en sådan avsikt är nödvändig.[710] Av rapporten framgår att den första skyddssituationen är avsedd att omfatta postorderförsäljning och hemförsäljning.[711] Därefter står att läsa:

> "Thus the trader must have done certain acts such as advertising in the press, or on radio or television, or in the cinema or by catalogues aimed specifically at that country, or he must have made business proposals individually through a middleman or by canvassing. If, for example, a German makes a contract in response to an advertisement published by a French company in a German publication, the contract is covered by the special rule. If, on the other hand, the German replies to an advertisement in American publications, even if they are sold in Germany, the rule does not apply unless the advertisement appeared in special editions of the publication intended for European countries. In the latter case the seller will have made a special advertisement intended for the country of the purchaser."[712]

Denna förklaring har kritiserats för att vara alltför inskränkt och att den bortser från att vissa tidskrifter har en global eller en viss gränsöverskridande regional räckvidd där man på tidskrifternas omslag kan finna prisangivelser i olika valutor.[713] För det fall annonsering i dylika tidskrifter (bl.a.) riktar sig till svenska konsumenter bör kravet på annonsering i konsumentens hemland antagligen vara uppfyllt.[714] Vilka kriterier som skall vara uppfyllda för att en annons skall anses riktad till den svenska marknaden är svåra att precisera.[715] Omständigheter som kan ha betydel-

[709] Se Bogdan, Nord 1992:31, s. 34.
[710] Se Giuliano & Lagarde, s. 24.
[711] A. st.
[712] A. st.
[713] Kritiskt Lasok & Stone, s. 383. Se även Morse, ICLQ 1992, s. 7.
[714] Bogdan, Nord 1992:31, s. 34.
[715] Denna fråga behandlas mer ingående i avsnitt 6.3.1.2 och 6.3.1.3.

se för bedömningen är om annonsen är utformad på det svenska språket och om priset anges i svenska kronor.[716]

När det gäller språket kan emellertid denna omständighet ibland vara helt missvisande. Det går att föreställa sig att en näringsidkare i Tyskland inför en annons på arabiska i en svensk tidskrift avsedd att spridas till arabisktalande konsumenter i Sverige. Då finns en avsikt att nå en särskild grupp konsumenter här i landet och av naturliga skäl sker annonseringen då inte på det svenska språket.

Därutöver kan en säljare ha avsett att annonsera till europeiska konsumenter i tidskrifter som inte är särskilt avsedda för de europeiska länderna, men som når dem.[717] En säljare kan ha sådan kunskap om den tidskrift i vilken annonsering sker att säljaren rimligtvis kan förutse att annonsen kommer att nå konsumenter i ett visst land och att hon skulle acceptera att leverera dit fastän det inte finns någon avsikt i förhållande till det landet.[718]

Gränsdragningsproblem av likartad natur finner man också beträffande s.k. TV-shopping. På internationella TV-kanaler visas ofta TV-inslag eller hela program där konsumenter erbjuds att köpa olika varor. TV-inslagen riktar sig ofta till flera länder samtidigt och följs av prisangivelser i olika valutor. I inslagen finns också en uppräkning av de telefonnummer i de olika länderna dit konsumenten kan ringa in sin beställning. I dylika fall måste annonseringen ansetts ha skett i konsumentens hemland om det angivna telefonnumret är svenskt.[719] Detsamma bör antagligen vara fallet om telefonnumret är utländskt, om näringsidkaren varit medveten om att TV-reklam skulle sändas i vissa länder.[720] Konsumenten skall då skyddas mot för henne oförmånliga partshänvisningar.

Man kan dock föreställa sig andra svårbedömda situationer där en säljare saknar avsikt att annonsera i ett visst land, men reklamen ändå nått konsumenten på hennes hemmamarknad. Antag att en konsument bosatt i Skåne på sin TV får in ett reklaminslag från en dansk näringsidkare riktad till danska konsumenter. Konsumenten ringer det i TV-inslaget angivna danska telefonnumret och beställer en vara som levereras till Sverige. Denna situation omfattas till synes inte av Romkonventionens konsumentskydd eftersom näringsidkaren inte har en avsikt att annonsera i Sverige, trots att konsumenten här på sin TV fått in det reklaminslaget som föranlett beställningen.

[716] Se Arnt Nielsen, Julebog 1999, s. 19–21, som diskuterar denna fråga i anslutning till Bryssel I-förordningen.
[717] Så Morse, ICLQ 1992, s. 7.
[718] A. st.
[719] Bogdan, Nord 1992:31, s. 35.
[720] A. st.

4.3.2.4 Konsumenten skall vidta åtgärder i hemlandet

Den första förutsättningen i artikel 5.2 har också relevans för konsumentens handlande. Konsumenten måste ha företagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i sitt hemland för att skyddet mot partshänvisningar skall aktualiseras.

Rekvisitet valdes för att slippa det klassiska internationellt privaträttsliga problemet med att ta ställning till var ett avtal har ingåtts.[721] Gränsdragningsproblem har dock inte kunnat undvikas helt. Vilka åtgärder som är nödvändiga och var dessa åtgärder har vidtagits verkar inbegripa rättsfrågor snarare än sakfrågor, dvs. det verkar inte vara fråga om en bedömning av faktiska omständigheter i en tvist utan om den rättsliga bedömningen av de faktiska omständigheterna. Av Giuliano och Lagarde-rapporten framgår emellertid att åtgärderna bl.a. avser skriftliga beställningar eller varje annan åtgärd som vidtagits till följd av ett erbjudande eller annonsering.[722] Härmed torde alltså främst åsyftas en beställning av en vara (eller tjänst) oberoende av om den har karaktären av anbud eller accept på säljarens anbud förutsatt att det skett i konsumentens hemvistland.[723] Skyddet i artikel 5 gäller således inte om konsumenten har gjort sin beställning i säljarens land, även om säljaren först har annonserat eller riktat ett anbud till konsumenten i hennes land.[724]

Skyddet mot partshänvisningar förutsätter däremot inte att avtalet har slutits i konsumentens hemland.[725] Det förefaller räcka att konsumenten i sitt hemland givit ett anbud till säljaren även om denna först senare accepterar anbudet i ett annat land. En förutsättning är naturligtvis att säljaren inledningsvis marknadsfört sig eller på annat sätt inviterat konsumenten till köpet i hennes hemvistland.

721 Se Giuliano & Lagarde, s. 24 och Kaye, s. 216–217.

722 Giuliano & Lagarde, a. s. Däremot verkar det inte föreligga något krav på samband mellan annonsering och konsumentens åtgärder. Konsumenten behöver alltså inte känna till annonseringen.

723 Pålsson, Romkonventionen, s. 74–75. Se även prop. 1997/98:14, s. 43–44.

724 Det kan tilläggas att denna brist i skyddet har undvikits i domsrättshänseende i Bryssel I-förordningen, se ovan avsnitt 3.2.3.1. Marknadsföringsåtgärder i konsumentens hemvistland som exempelvis föranleder en konsument under en tillfällig vistelse utomlands att göra en beställning omfattas av förordningens konsumentskydd.

725 Se Dutoit, European PIL, s. 53.

4.3.3 Den andra skyddssituationen

4.3.3.1 Beställningen skall mottas i konsumentens hemland

För det andra skyddar Romkonventionen konsumenter mot lagvalsklausuler om den andra parten eller dennas representant mottagit konsumentens beställning i hennes hemland.[726]

Fastän det föreligger en avsevärd överlappning mellan den första och den andra situationen är denna överlappning inte fullständig – säljaren behöver inte ha marknadsfört sig i konsumentens land, det räcker att säljaren "fysiskt" befinner sig där.[727] Den andra situationen omfattar fall där parterna före avtalets ingående träffats personligen, t.ex. på en mässa eller utställning som äger rum i konsumentens hemvistland. Som ett annat exempel kan nämnas fall där konsumenten i sitt hemland söker upp säljarens permanenta etableringsställe i konsumentens hemland. Bolag blir ju mer och mer internationella och förekommer samtidigt på olika nationella marknader.

En till viss del omdebatterad fråga är vad som skall förstås med mottagit anbud. I ivern att skydda det egna landets konsumenter har vissa nationella domstolar likställt en säljares accept av konsumentens anbud med mottagande av hennes anbud. Har alltså säljaren accepterat konsumentens anbud i hennes hemvistland vore det att likställa med säljarens mottagande av konsumentens anbud i det landet.[728] En åtskillnad mellan dessa två situationer måste dock göras. Den andra skyddssituationen borde inte vara tillämplig om säljaren eller representanten tar emot eller erhåller konsumentens anbud utomlands, även om säljaren först senare accepterar detta anbud i konsumentens hemvistland. Annars skulle behövas ta ställning till var ett avtal har ingåtts. Detta ville man som ovan förklarats undvika vid Romkonventionens utformning.

4.3.3.2 Skyddseffekten är slumpartad

Den nu aktuella situationen har sin motsvarighet i den redan (i avsnitt 4.2) diskuterade artikeln 3.II i 1955 års Haagkonvention om tillämplig lag på internationella köp av lösa saker. Ovan diskuterades i viss utsträckning den kritik som artikeln föranlett, bl.a. att den kan leda till slumpmässiga resultat i lösningen av lagvalsfrågan. Enligt min egen uppfattning kan denna kritik till viss del överföras på Romkonventionen. Om en

[726] Med representant skall förstås varje person som agerar å säljarens vägnar. Se Giuliano & Lagarde, s. 24.

[727] Se Martiny, Münchener Kommentar, s. 1672.

[728] Se nedan avsnitt 7.4.3. Se BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 612–615.

utländsk näringsidkare deltar i en mässa i Stockholm och näringsidkaren under denna mässa får en beställning från en konsument i Sverige har konsumenten ett skydd mot partshänvisningar. Sker emellertid beställningen vid en senare tidpunkt gäller inte skyddet mot partshänvisningar eftersom näringsidkaren inte mottagit beställningen i konsumentens hemvistland utan i sitt eget land. I en sådan situation skulle kunna tyckas att skyddet mot partshänvisningar till viss del är slumpartat.

4.3.4 Den tredje skyddssituationen

4.3.4.1 Skyddseffekten haltar

För det tredje kan skyddet mot partshänvisningar aktualiseras vid s.k. gränsöverskridande utflyktsförsäljning.[729] Saken rör försäljning av varor när konsumenten reser från hemlandet till ett annat land och gör sin beställning där, förutsatt att konsumentens resa arrangeras av säljaren i syfte att förmå konsumenten att köpa.[730]

Det är främst fråga om olika typer av sällskapsresor med buss, båt eller dylikt som säljaren har ombesörjt eller anordnat genom avtal med en transportör, eventuellt men inte nödvändigtvis kostnadsfritt för konsumenten.[731] Det är tillräckligt att resan utförs av någon annan efter avtal mellan säljaren och transportören.[732] Skyddet gäller däremot inte inköpsturer som inte har arrangerats av säljaren. Ett problem är att den tredje skyddssituationen inte omfattar fall där en resa påbörjas från ett annat land än konsumentens hemvistland.[733]

Antag att en konsument med hemvist i södra Sverige reser till Danmark för att ansluta sig till en inköpsresa från Danmark till Tyskland. I ett dylikt fall kommer det internationellt privaträttsliga skyddet att halta på ett sätt som kan drabba konsumenten.[734] I den nu beskrivna situationen kommer konsumenten inte ha något skydd mot partshänvisningar eftersom resan inte påbörjats i konsumentens hemvistland. Detta medför att partsautonomi gäller fullt ut. Den svenska konsumenten kan varken

729 Kaye, s. 216, beskriver denna skyddssituation: "The third case is where the wicked supplier entices the innocent consumer to travel from the safety of his habitual residence to a foreign country and there to place his order; the Little Red Riding Hood clause".

730 Bestämmelsen påstås ha tillkommit för att reglera problem som uppkommit i samband med att danskar åkte till Tyskland för att shoppa. Anton, s. 345. Se även Kaye, s. 218.

731 Se Philip, EU-IP, s. 153.

732 Se Pålsson, Romkonventionen, s. 76.

733 Se t.ex. OLG Düsseldorf, Urt. vom 9.6.1994 – 13 U 173/92: IPRspr. 1994 Nr. 35A, där en tysk konsument efter att ha påbörjat en kryssning från ett annat land än hemvistlandet inte kunde påräkna tillämpning av tysk rätt.

734 Se Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 316–317. Jämför Kassis, s. 340.

förlita sig på tvingande svenska regler eller på tvingande danska regler. En dansk konsument som deltar i samma resa har däremot skydd mot partshänvisningar till främmande lands rättsordning och kan stödja sig på tvingande danska regler.

Konsumenter med hemvist i olika europeiska länder kan få ett olikartat internationellt privaträttsligt skydd i identiska avtalssituationer till följd av bestämmelsens utformning. Även om man skulle mena att den situation som beskrivits är teoretisk i den betydelsen att den ytterst sällan blir aktuell i det praktiska livet, bör problematiken anses vara av principiellt intresse. Att lagvalsreglerna kan leda till att konsumenter med hemvist inom EU i fullt likvärdiga avtalssituationer kan få olika skydd kan verka hämmande på den inre marknadens funktionsduglighet. Om lika fall inte behandlas lika finns en fara att konsumenter i Europa inte handlar över gränserna i unionen. Det går stick i stäv med de intentioner som ligger bakom upprättandet av den inre marknaden.

Det kan med fog tyckas att den resande konsumenten åtminstone borde få den skyddsnivå som finns enligt lagen i det land där avtalsgrundande omständigheter har företagits, i exempelfallet dansk rätt. Denna fråga är föga diskuterad i doktrinen.[735] Enligt min uppfattning saknas det inom ramen för Romkonventionen utrymme för att beakta tvingande regler i det land från vilket resan påbörjades. Det sagda följer av Romkonventionens systematik. De avtalssituationer som faller utanför tillämpningsområdet av artikel 5 regleras av den allmänna bestämmelsen i artikel 3 enligt vilken partsautonomin i princip är oinskränkt. Utrymme för att beakta tvingande konsumentskyddsregler i det land varifrån resan påbörjades synes bara kunna ske inom ramen för artikel 7 och enligt de däri omtalade s.k. internationellt tvingande reglerna.[736] Resultatet är mindre tillfredsställande emedan det i ett fall som detta finns ett skyddsbehov mot partshänvisningar som är lika angeläget som om resan startat från konsumentens hemvistland.

4.3.4.2 Gränsen för skyddet är oklar

För den konsument som i avsnitt 4.1 åkt med på en arrangerad bussresa till en bilvisning i Tyskland och som sedan beställt en bil aktualiseras däremot skyddet mot partshänvisningar. Resan har startat från konsumentens hemvistland Sverige och konsumenten har gjort sin beställning hos den näringsidkare i Tyskland som arrangerat resan.

Problemet med den tredje skyddssituationen är att den är enkel att kringgå. Om bilförsäljaren instruerar busschaufförен att ta en ”scenic

[735] Se dock t.ex. Kassis, s. 341 och Martiny, Münchener Kommentar, s. 1672–1673.

[736] Om internationellt tvingande regler, se kap. 8.

route" genom Danmark där den tyska säljarens representanter tar emot beställningar på nytillverkade bilar är inte de förutsättningar som krävs för att skyddet skall aktualiseras uppfyllda. För att konsumenten skall erhålla skydd mot partshänvisningar förutsätts nämligen att beställningen gjordes i det land dit konsumenten reste (Tyskland) eller att säljaren mottog konsumentens anbud i hennes hemvistland. Möjligen skulle man kunna argumentera att lagen i det land där beställningen mottagits, Danmark, bör betraktas som det land dit konsumenten reste, hellre än Tyskland där bilarna sågs. Artikel 5 skulle då bli tillämplig trots den oklarhet som följer av lagtextens ordalydelse härvidlag.[737] En sådan lösning synes dock inte stå i överensstämmelse med syftet bakom artikel 5 eller dess ordalag.[738] Artikeln förutsätter att anknytningar finns till konsumentens land (resan har påbörjats därifrån) och till säljarens land (beställningen har gjorts i det landet).

I detta sammanhang kan nämnas de vanliga inköpsresorna till Danmark. Det lär ha förekommit att vissa näringsidkare bjudit på en resa, genom att de konsumenter som handlat för ett visst minimibelopp erhållit en tur- och returbiljetter på danmarksfärjorna.[739] Utdelandet av biljetter grundade sig till synes på avtal mellan näringsidkare och rederier. Frågan som då uppkommer är om en näringsidkare kan anses ha arrangerat en resa för att förmå konsumenten att köpa varor på sätt som avses i Romkonventionen.

För lösningen på problemet föreslår Bogdan ett nekande svar.[740] Som skäl anför han att en annan lösning skulle innebära att kunder som handlar för ett visst minimibelopp behandlas bättre i internationellt privaträttsligt hänseende än andra kunder. Men blir inte detta i själva verket konsekvensen av skyddet enligt artikel 5.2 p. 3? Utnyttjar en svensk konsument en tur- och returbiljett som hon har fått av en dansk säljare och återvänder till samma säljare för att handla varor måste väl säljaren anses ha arrangerat en andra resa. Jag lutar nog åt att detta blir den mindre lyckosamma lösningen.

4.3.5 Den schweiziska lösningen

Ett intressant jämförelsematerial erbjuder 1987 års schweiziska "Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht" (IPRG). Lagen, som trädde i kraft den 1 januari år 1989, innehåller en omfattande kodifiering av

737 Denna ståndpunkt får stöd av Kaye, s. 218.
738 Om tillkomsthistorien, se Giuliano & Lagarde, s. 23–24.
739 Bogdan, TfR 1982, s. 25.
740 A. st.

schweiziska internationellt privat- och processrättsliga regler.[741] Denna lagstiftningsprodukt, som är resultatet av 14 års arbete, får anses ge uttryck för en modern och genomtänkt reglering.[742]

Grundidén i IPRG är att parterna kan välja vilken lag som skall tillämpas på deras avtalsförhållande (artikel 116).[743] Dock har partsautonomin uteslutits för vissa konsumentavtal enligt artikel 120:

> 1. "Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind und nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen, unterstehen dem Recht des Staates, im dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat:
>   a. wenn der Anbieter die Bestellung in diesem Staat entgegengenommen hat;
>   b. wenn in diesem Staat dem Vertragsabschluss ein Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und der Konsument in diesem Staat die zum Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat, oder
>   c. wenn der Anbieter den Konsumenten veranlasst hat, sich ins Ausland zu begeben und seine Bestellung dort abzugeben.
> 2. Eine Rechtswahl ist ausgeschlossen."[744]

Den officiella engelska översättningen lyder:[745]

> 1. "Contracts for a performance relating to normal consumption which is intended for a consumer's or for his family's personal use and not connected with his professional or commercial activities shall be subject to the law of the state in which the consumer has his ordinary residence:
>   a. if the offeror has received the order in that state;
>   b. if in that state the conclusion of the contract was preceeded by an offer or advertisement and the consumer has carried out there the legal acts necessary for the conclusion of the contract, or
>   c. if the offeror has caused the consumer to go to a foreign state and deliver his order there.
> 2. A choice of law is excluded."

[741] IPRG innehåller regler om behörighet, lagval samt erkännande och verkställighet. I det första kapitlet återfinns de allmänna bestämmelserna. I de följande kapitlen behandlas fysiska personer, äktenskapsrätt, föräldrarätt, förmynderskapsrätt, arvsrätt, sakrätt, obligationsrätt, bolagsrätt, internationella konkurser och internationella skiljeförfaranden.

[742] För en bakgrund till IPRG, se von Overbeck, s. 3–5. Se även Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 208.

[743] Se von Overbeck, s. 14–15.

[744] BBl. II 1988, s. 5.

[745] Se Swiss-American Chamber of Commerce: Swiss Federal Act on International Private Law. English Translation of Official Text. Zurich 1989.

Fritt översatt innebär bestämmelsen sålunda att avtal om fullgörelser för sedvanlig användning avsedda för konsumentens eller hennes familjs personliga bruk och som inte faller inom ramen för konsumentens yrkes- eller affärsmässiga verksamhet skall underkastas lagen i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort ("gewöhnlicher Aufenthalt").[746] Därtill förutsätts att anbudsgivaren har mottagit beställningen i det landet, eller att avtalsslutet föregåtts av ett erbjudande eller annonsering i det landet och konsumenten där har vidtagit nödvändiga rättshandlingar för avtalets ingående eller att säljaren har förmått konsumenten att åka till ett främmande land och där avge sin beställning. Under dessa omständigheter är ett val av tillämplig lag inte tillåtet.[747]

Det är inte ägnat att förvåna att denna undantagsbestämmelse har tillkommit för att skydda konsumenten som den svagare avtalsparten.[748] I 1982 års betänkande ("Botschaft") motiveras lösningen att utesluta partsautonomin av materiellrättsliga skäl. Talrika schweiziska lagar har tillkommit i syfte att skydda avtalets svagare part. För att en sådan skyddsreglering skall förbli verksam har det framhållits som nödvändigt att utesluta partsautonomin för att inte en starkare avtalsposition eller en obalans i partsintressena skall kunna utnyttjas i högre utsträckning inom gränsöverskridande handel än vad som är möjligt inom nationell handel.[749]

Av motiveringen i Botschaft framgår också att frågan uppkommit om inte den för den skyddsvärda parten mest förmånliga lagen skulle tillämpas i avsaknad av en partshänvisning.[750] En sådan regel ansågs dock komma till korta redan på den grunden att det är för svårt att fastställa vilken rättsordning som är mer förmånlig för konsumentparten.[751] Därtill skulle det betyda en avsevärd osäkerhet för konsumentens motpart som skulle få sin rättsställning avsevärt försvagad på grund av förutsebarhet om tillämpliga regler.[752]

[746] Om skillnaden mellan "Wohnsitz" och "gewöhnlicher Aufenthalt" i schweizisk rätt, se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 144–145.

[747] Även den österrikiska IPR-Gesetz från år 1978 som gällde fram till att Romkonventionen trädde i kraft där, innehöll också en särskild lagvalsregel för konsumentavtal där partsautonomin i vissa fall inskränkts. I § 41 i den österrikiska IPR-Gesetz kan man läsa: "(1) Verträge, bei denen das Recht des Staates, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt, sind nach diesem Recht zu beurteilen, wenn sie im Zusammenhang mit einer in diesem Staat entfalteten, auf die Schliessung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hierfür verwendeten Personen zustande gekommen sind. (2) Soweit es sich um die zwingenden Bestimmungen dieses Recht handelt, ist eine Rechtswahl zum Nachteil des Verbrauchers unbeachtlich."

[748] Se Botschaft, s. 150.

[749] Se a. a., s. 151.

[750] A. st.

[751] A. st.

[752] A. st.

Betydelsen av rättslikhet vid bedömningen betonas också. Därför föreslogs att lagen i det land där konsumenten har sitt hemvist tillämpas. Detta är den lag som konsumenten förväntas känna till och förlitar sig på skall tillämpas när en anbudsgivares anbud riktat sig till olika avtalsparter.[753] Om man i varje fall skulle behöva ta ställning till vilken av de inblandade lagarna som ger konsumenten det mest förmånliga skyddet skulle motparten ställas inför en alltför osäker situation när det gäller att bedöma resultatet.

Skyddet tillkommer dock bara konsumenten om någon av de i artikel 120 IPRG angivna situationerna föreligger. Dessa liknar dem som återfinns i artikel 5 i Romkonventionen. Punkterna a)–b) i artikel 120 IPRG överensstämmer i princip med den andra och den första skyddssituationen i artikel 5.2 i Romkonventionen. Den väsentligaste skillnaden verkar ligga i att punkten c) i artikel 120 IPRG är vidare än den tredje skyddssituationen i artikel 5.2 Romkonventionen. Den schweiziska lösningen förutsätter inte att en resa har arrangerats från konsumentens hemvistland eller att köpet avser varor. Det räcker att säljaren förmått konsumenten att åka till ett annat land och göra sin beställning där. Dock omfattar inte punkten c) de fall där en konsument på egen hand har åkt till en säljares etableringsställe i ett annat land.[754]

En annan viktig skillnad mellan den schweiziska IPRG och Romkonventionen gäller beredvilligheten att acceptera partsautonomi i gränsöverskridande konsumentavtal. Romkonventionens utgångspunkt är att partsviljan skall respekteras, också i gränsöverskridande konsumentavtal. Innehåller ett konsumentavtal ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett visst land skall tillämpas på avtalsförhållandet skall denna rättsordning tillämpas om den ger konsumenten ett mer förmånligt skydd än det som lagstiftningen i konsumentens hemvistland erbjuder. Enligt de slutsatser som drogs i avsnitt 3.3.2.2 förutsätter artikel 5 med andra ord att en jämförelse görs för att få klarhet i vilken av lagarna (nämligen den avtalade lagen och den annars tillämpliga lagen i konsumentens hemvistland) som ger konsumenten det mest förmånliga materiella skyddet. Det valda statutet begränsas om det ger konsumenten ett sämre skydd med avseende på tvingande reglerade frågor än motsvarande regler i lagen i hennes hemland. En konsument kan således enligt Romkonventionen få ett skydd som hon inte skulle kunna få enligt hemvistlandets lag om den valda lagen innehåller ett längre gående skydd.

Som redan nämnts ovan ansågs i det schweiziska betänkandet till IPRG att en dylik jämförelse i syfte att utreda vilken rättsordnings regler som

[753] Se Botschaft, s. 151.
[754] A. a., s. 152.

gav den skyddsvärda parten det materiellt sett mest förmånliga skyddet vara alltför komplicerad. I stället uteslöt man helt möjligheten att avtala om tillämplig lag. Den schweiziska modellen kan dock medföra att en konsument får ett sämre materiellt skydd än vad hon skulle ha haft om parterna tillåtits att välja lag.

Enligt min uppfattning är dock den schweiziska lösningen – låt vara att man kan diskutera gränsdragningsfrågor – ett uttryck för en realistisk och pragmatisk syn på lagvalsfrågan i gränsöverskridande konsumentavtal. Internationella konsumentavtal jämställs med interna konsumentavtal. En konsument som handlar varor över gränserna kan inte få ett annat skydd än det hon skulle ha om hon köpt varor av en näringsidkare i sitt hemvistland. På ett jämförelsevis enkelt sätt, motiverat av de mindre värden som konsumenttvister ofta rör, identifieras tillämplig lag.

4.3.6 Kritik

Fall där konsumentavtal har anknytning till fler än en stat är i dag vanliga. Vid Romkonventionens tillkomst år 1980 var de gränsöverskridande konsumentavtalen inte lika vanligt förekommande som nu. Ändå hade argument för att begränsa partsautonomin till konsumentens fördel vunnit gehör. I vissa fall där säljaren inledningsvis på något sätt marknadsfört sig i konsumentens land har konsumentens behov av rättsskydd ansetts väga tyngre än den internationella handelns intresse av den frihet och säkerhet som partsautonomin kan ge. I andra fall, när det handlar om en resande konsument eller en konsument som på något annat sätt varit aktiv och själv sökt upp en utländsk näringsidkare, kan konsumenten inte förvänta sig något skydd mot för henne oförmånliga lagvalsöverenskommelser.

Efter att ovan ha granskat de lösningar som har valts beträffande konsumentskyddet kan konstateras att Romkonventionens avgränsningar till följd av den ökande handeln över gränserna synes vara alltför snäva och invecklade. Det är tveksamt om skyddet i tillräcklig utsträckning förmår svara mot de problem och behov som kan uppkomma i den gränsöverskridande handeln.

Samtidigt som Romkonventionen privilegierar vissa konsumenter genom att tillåta dem att stödja sig på tvingande regler i hemvistlandets lag förhindrar konventionen ett utsträckande av skyddet till andra grupper av konsumenter vars skyddsbehov kan vara lika angeläget. Romkonventionens lösningar kan därför ibland leda till att lagvalsfrågan löses på ett sätt som kan uppfattas som slumpmässigt och svårt att förutse. Varför skall en oinskränkt partsautonomi gälla i ett avtal som träffats mellan en svensk konsument och en tysk näringsidkare efter det att konsumenten

åkt med på en av näringsidkaren arrangerad inköpsresa som påbörjats från Danmark? Det är svårt att se varför det nu nämnda avtalsförhållandet kan underställas lagen i ett land utanför EES-området som ingen av parterna eller avtalsföremålet har anknytning till, medan en dansk konsument som deltar i samma resa kan förlita sig på danska tvingande skyddsregler.

Den kanske allvarligaste invändningen som kan riktas mot konventionens selektiva skydd är att ett gränsöverskridande konsumentavtal som har samtliga sina anknytningar till gemenskapen ändå kan underkastas en rättordning i ett land utanför detta område till följd av en lagvalsklausul. Därmed kan man, trots de gemenskapsrättsliga anknytningarna, kringgå EG-rättslig konsumentskyddsreglering och därpå grundade nationella regler. Anläggs ett EG-rättsligt betraktelsesätt kan inte detta tyckas tillfredsställande. Ur konsumentsynvinkel kan en obegränsad autonomi ses som ett "handelshinder" som gör konsumenter mindre benägna att handla varor hos näringsidkare i andra EU-länder. Romkonventionens inskränkningar av partsautonomin till vissa särskilt kvalificerade konsumentavtal räcker med andra ord inte till för att vinna konsumenternas förtroende och förmå dem att bli aktiva deltagare på den inre marknaden.

Ett gränsöverskridande konsumentskydd måste vara enkelt och leda till större förutsebarhet om tillämpliga regler än vad som nu är fallet. Något annat är inte försvarligt i tvister om mindre värden. Den schweiziska lösningen att i vissa fall inte tillåta lagvalsfrihet i bestämda konsumentavtal framstår därför som betydligt mer tilltalande.

4.4 EU-området – ett land vid Romkonventionens tillämpning?

Ovan åskådliggjordes problemet med att EG-rättslig skyddslagstiftning och därpå grundade nationella regler till följd av Romkonventionens snäva skydd kan kringgås genom en partshänvisning som utpekar en rättsordning utanför EU-området som kanske inte känner samma skyddshänsyn. Det sagda gäller även om ett avtals samtliga anknytningar är lokaliserade till EU-området.

Redan år 1987 väckte Lando frågan om dåvarande EG skulle anses som ett land i internationellt privaträttsligt hänseende, en "espace juridique européen".[755] Frågan besvarade han jakande.[756] Hela EU-området skulle då behandlas som ett enda land vid tillämpningen av Romkonventionens artikel 3.3 när alla anknytningar är lokaliserade till detta område.

[755] Se Lando, CMLR 1987, s. 181–182.

[756] Se även Lando i Europeanisation, s. 127.

Enligt artikel 3.3 skall den omständigheten att parterna har valt en utländsk lag, oavsett om de också har avtalat om behörighet för en utländsk domstol eller inte, när alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för valet har anknytning till ett enda land, inte hindra tillämpning av tvingande regler i det landets lag.

Godtas denna ståndpunkt skulle exempelvis en fransk näringsidkare och en svensk konsument som ingått ett avbetalningsköp av varor inte kunna undvika tillämpning av tvingande bestämmelser i konsumentkreditdirektiven (90/88/EEG och 87/102/EEG), och därpå grundade nationella regler, genom att avtala att en rättsordning i en stat utanför EU är tillämplig. Vilken EU-stats regler som är tillämpliga skulle då få avgöras som en interlokal lagkonflikt.[757]

Denna rekommendation bör ges tyngd i samband med svagpartsavtal. Den kan dock anses mer kontroversiell i samband med kommersiella avtal där parterna kan ha ett genuint och beaktansvärt intresse av att fritt kunna avtala om sina inbördes förpliktelser.

Frågeställningen om EU-området utgör ett land har sedan fortsatt att återkomma i den europeiska internationellt privaträttsliga doktrinen.

Sålunda framförde Jayme år 1990 åsikten att en konsument har rätt till det skydd som EG-rätten ger om rättsförhållandet har en nära anknytning till den inre marknaden.[758]

År 1994 presenterade även Basedow beaktansvärda synpunkter i frågan.[759] Han menar att grundtanken i artikel 3.3 Romkonventionen också kan överföras på den inre marknaden. En tilltagande harmonisering av medlemsstaternas nationella rättsordningar stärker i förhållande till tredje land intrycket av att den europeiska gemenskapen är en enhet, ett land. Behovet ökar då av en internationellt privaträttslig avgränsning i förhållandet till tredje land. Det gäller således att motverka att ett tredje lands rättsordning blir tillämplig på rättsförhållanden som enbart har anknytning till den inre marknaden.[760]

År 1997 behandlade Michaels och Kamann ingående skälen till varför den inre marknaden i internationellt privaträttsliga sammanhang bör anses utgöra ett enhetligt "Rechtsraum" eller en "espace juridique européen".[761] Författarna anger bl.a. att det skulle medföra att konsumenter inom EU garanteras en viss minimiskyddsskyddsnivå. Resultatet skulle således bli likabehandling av europeiska konsumenter.

[757] Se artikel 19.1 i Romkonventionen. Se även Pålsson, Romkonventionen, s. 129–130.

[758] Se Jayme, IPRax 1990, s. 222.

[759] Se Basedow, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 31–32 och 34.

[760] Se Basedow, a. a., s. 34.

[761] Se Michaels & Kamann, JZ 1997, s. 601–609. Författarna uppställer dock vissa begränsningar under vilka EU skall ses som en enhet, se särskilt s. 603–604.

I senare svensk doktrin synes Pålsson inte vara främmande för att behandla hela EU-området som en enda stat "i och för tillämpningen av artikel 3.3".[762] Även Bogdan förefaller inta denna åsikt.[763]

Flera andra framstående rättsvetenskapsmän har dock en motsatt åsikt. Reich menar att idén om att EU-området skall betraktas som ett land vid Romkonventionens tillämpning inte kan godtas.[764] Han hävdar att den är alltför långtgående eftersom Romkonventionen inte utgår från att den inre europeiska marknaden är en stat, utan den förutsätter att det existerar skilda nationella rättsordningar (se artikel 1 i Romkonventionen). Detta synes böra gälla även om nationella regler harmoniserats till följd av EG-direktiv. Till denna ståndpunkt synes även Lagarde ansluta sig.[765]

Den nu diskuterade idén är intressant och skulle innebära att gemenskapsrättslig skyddslagstiftning inte kan kringgås genom en lagvalsöverenskommelse när ett konsumentavtal har samtliga relevanta anknytningar till EU-området. En partshänvisning till tredje land skulle dock inte bli ogiltig i en nämnd situation. Dess verkan skulle bara inskränkas så att den avtalade lagen inte får inkräkta på tvingande konsumentskyddsregler av EG-rättsligt ursprung enligt den EU-stats lag som enligt Romkonventionens lagvalsregler skulle vara tillämplig i avsaknad av en partshänvisning. Tvingande regler i den annars tillämpliga lagen används tillsammans med den avtalade lagens regler, i den mån de inte strider mot de förra.

Romkonventionens struktur verkar emellertid utgå från att varje konventionsstat är ett land. Av artikel 1 framgår att konventionen är tillämplig i de fall då ett val skall göras mellan lagarna i olika länder. Enligt Romkonventionens slutbestämmelser får t.ex. en konventionsstat reservera sig mot vissa bestämmelser i Romkonventionen, vilket också en del stater har gjort.[766] Därtill får en konventionsstat i vissa fall anta nya lagvalsregler som omfattas av Romkonventionen och tillträda multilaterala konventioner med internationellt privaträttsliga regler.[767] Detta tyder på att konventionen inte ger utrymme för att behandla EU som ett land. Enligt min egen – kanske alltför konservativa – uppfattning är det således, efter viss tvekan, inte möjligt att i dagsläget betrakta EU som ett land i och för tillämpningen av Romkonventionen.

[762] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 51–52, särskilt s. 52.
[763] Se Bogdan, SvJT 2001, s. 342.
[764] Reich i Europeanisation, s. 127–128.
[765] Se Lagarde, Europeanisation, s. 127.
[766] Se artikel 22 i Romkonventionen.
[767] Se artikel 23–24 i Romkonventionen. Det är dock osäkert vilken reell betydelse denna bestämmelse har. Goda skäl talar för att EU-staterna inte bör anta andra lagvalsregler. Existensen av olika lagvalsregler kan leda till forum shopping och oenhetliga internationella avgöranden i strid med syften bakom Romkonventionen.

4.5 Direktivbaserade lagvalsregler

4.5.1 Kompletterande skydd genom EG-direktiv

Vad som komplicerar fastställandet av tillämplig lag och bedömningen av en konsuments rättsställning i avtal om köp är förekomsten av en rad lagvalsregler med ursprung i EG-direktiv på konsumentskyddsområdet.[768] Fråga är om artikel 6 p. 2 i direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal, artikel 12.2 i direktivet (97/7/EG) om konsumentskydd vid distansavtal och artikel 7.2 i direktivet (99/44/EG) om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier. Dessa regler avser att i vissa fall försäkra att en konsument inte förlorar det materiella skydd som ett direktiv ger. I direktiven anbefalls medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att försäkra att konsumenten inte förlorar direktivens skydd på grund av att ett tredje lands lagstiftning väljs som tillämplig lag för avtalet, om avtalet har en nära anknytning till medlemsstaternas territorium.[769]

I litteraturen har dessa regler inte vunnit gehör.[770] De har kritiserats såväl för sin rättstekniska utformning som för sitt innehåll. Som framgår nedan anser jag inte att denna kritik är helt rättfärdig. Genom bestämmelserna, såsom dessa genomförts i svensk rätt, erhåller konsumenter i vissa fall ett skydd mot lagvalsöverenskommelser som de annars inte skulle få.

I svensk rätt har direktivreglerna genomförts i 13 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorslagen) och i 23 § lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen). Dessutom föreligger ett förslag på att EG-direktivet (99/44/EG) om konsumtionsvaror och härmed sammanhängande garantier skall genomföras i svensk rätt.[771] Enligt förslaget skall en lagvalsregel införas i 48 § konsumentköplagen (1990:932).

Avtalsvillkorslagens 13 § stadgar:

> "Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet gäller inte i fråga om regler om oskäliga avtalsvillkor, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger konsumenten ett bättre skydd mot oskäliga avtalsvillkor."

[768] Se ovan avsnitt 3.3.1.2. En liknande bestämmelse finns i artikel 9 i direktivet (94/47/EG) om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätten till fast egendom på tidsdelningsbasis. Timesharedirektivet behandlas i avsnitt 7.8.

[769] Se Basedow, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 27–32.

[770] Kritik har bl.a. riktats av Bogdan, SvJT 1995, s. 196–201 och SvJT 1996, s. 37–41; Pålsson, Romkonventionen, s. 79; Roth, IPRax 1994, s. 168–169 och Jayme & Kohler, Rev. crit. dip. 1995, s. 19–31.

[771] Se prop. 2001/02:134.

Distansavtalslagens 23 § stadgar:

> "Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet gäller inte i fråga om regler om distansavtal, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger konsumenten ett bättre skydd."

Den föreslagna bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen lyder:

> "Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet gäller inte i fråga om köp enligt denna lag, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger köparen ett bättre skydd."[772]

Dessa regler kan sägas tjäna två syften. Det kanske viktigaste syftet är att förhindra manipulationer med partshänvisningar som innebär att konsumenten berövas det skydd som direktiven och därpå grundade nationella regler ger genom val av en icke EES-stats rättsordning. Reglerna är däremot inte tillämpliga om en partshänvisning saknas. Dessutom syftar lagvalsreglerna till att skydda, inte bara passiva konsumenter som har blivit inviterade till köp i sitt hemvistland genom säljarens marknadsföringsåtgärder, utan även aktiva konsumenter som själva sökt upp näringsidkare i andra länder på den inre marknaden.[773]

[772] I artikel 6 p. 2 i avtalsvillkorsdirektivet (93/13/EEG) föreskrivs att: "Medlemsstaterna skall, för de fall då avtalet har en nära anknytning till medlemsstaternas territorium, vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att konsumenterna inte förlorar det skydd som ges i detta direktiv på grund av att ett tredje lands lagstiftning väljs som tillämplig lag för avtalet". Artikel 12.2 i distansavtalsdirektivet (97/7/EG) föreskriver: "Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att konsumenten inte berövas det skydd som ges i detta direktiv genom att ett tredje lands lag väljs som tillämplig rätt med avseende på avtalet om avtalet har nära anknytning till en eller flera medlemsstaters territorium". Artikel 7.2 i konsumentköpsdirektivet (99/44/EG) föreskriver: "Medlemsstaterna skall, för fall då avtalet har nära anknytning till medlemsstaternas territorium, vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att konsumenterna inte berövas det skydd som ges i detta direktiv till följd av att lagen i en icke-medlemsstat väljs som tillämplig rätt med avseende på avtalet". Den svenska tolkningen av direktivbestämmelserna är ingalunda självklar. En nära anknytning till medlemsstaternas territorium (eller en medlemsstats territorium) behöver inte nödvändigtvis innebära att en medlemsstats lag är avtalsstatut. Ett avtal synes kunna ha en nära anknytning till medlemsstaternas territorium även när en konsument har hemvist utanför detta område, t.ex. på grund av att näringsidkaren är etablerad inom EU. Möjligtvis skulle man kunna anse att de svenska reglerna är för snäva. För en diskussion i denna riktning, se Bogdan, SvJT 1995, s. 198–199. Se även Pålsson, Romkonventionen, s. 78–81; KOM (2000) 248 slutlig och Rusche, IPRax 2001, s. 420–425.

[773] Se t.ex. Staudenmayer, ERPL 2000, s. 561–562.

I jämförelse med Romkonventionen erbjuder alltså de direktivbaserade lagvalsreglerna ibland ett mer långtgående skydd mot partshänvisningar.[774] De förutsätter t.ex. inte att ett avtal ingåtts under vissa särskilda situationer, utan omfattar avtal som har en viss relevant anknytning till EES-området. De synes dock huvudsakligen endast få praktisk betydelse för de konsumentavtal som inte omfattas av artikel 5 Romkonventionen eller som inte har ingåtts under de i artikel 5.2 angivna omständigheterna och för vilka partsautonomi råder fullt ut.[775] Skulle artikel 5 vara tillämplig är konsumenten ändå garanterad det skydd som hemlandets lag, och de genomförda direktivbaserade bestämmelserna, ger.

De direktivbaserade lagvalsreglerna är emellertid snårigt utformade – såväl språkligt som juridiskt. Det är därför inte förvånande att de reser en rad frågor. I vilket förhållande står de direktivbaserade lagvalsreglerna till Romkonventionens lagvalsregler, och i vilket förhållande står de direktivbaserade lagvalsreglerna till varandra? När aktualiseras skyddet mot partshänvisningar och vad har det för innehåll?

4.5.2 Systemrationalitet

Avtalsstatutet som det utpekas av Romkonventionens lagvalsregler avgör t.ex. frågor om vilka avtalsvillkor som kan anses vara oskäliga, när fel eller dröjsmål föreligger, vilka påföljder som kan göras gällande vid kontraktsbrott, osv. De direktivbaserade lagvalsreglerna i 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den föreslagna lagvalsregeln i 48 § konsumentköplagen täcker alltså frågor som redan regleras av Romkonventionen. Man kan därför hävda att de direktivbaserade lagvalsreglerna rubbar konventionssystemet och inte tillför något i lagvalsfrågan som inte redan regleras av Romkonventionen.[776]

Romkonventionen stadgar som redan antecknats ovan i avsnitt 3.3.1 i artikel 20 att de direktivbaserade lagvalsreglerna skall ges företräde framför konventionens regler. Någon positiv lagkonflikt mellan konventionsreglerna och de direktivbaserade lagvalsreglerna uppstår därmed inte.[777] I första hand skall de direktivbaserade reglerna användas.

[774] För exempel, se Knöfel, ICLQ 1998, s. 441; Roth, IPRax 1994, s. 169 och Howells & Wilhelmsson, s. 113–114.

[775] Pålsson, Romkonventionen, s. 79 och Philip, EU-IP, s. 155–156.

[776] Sådan kritik har bl.a. riktats av Bogdan, SvJT 1995, s. 196; Pålsson, Romkonventionen, s. 78; Knöfel, ICLQ 1998, s. 441 och Jayme & Kohler, IPRax 1994, s. 407–408.

[777] Artikel 1 p. 2 i avtalsvillkorsdirektivet (93/13/EEG) lämnar dock företräde för andra lagvalsregler. Denna olyckliga bestämmelse har dock inte ansetts behöva genomföras i svensk rätt. Se vidare KOM (2000) 248 slutlig, s. 14–15 och 95.

Emellertid är frågan om det hierarkiska förhållandet mellan Romkonventionen och de direktivbaserade lagvalsreglerna inte så enkelt. De direktivbaserade lagvalsreglerna kan sägas vara "ofullständiga" så som redan antytts i avsnitt 3.3.1.2.[778] De hänvisar inte till en hel rättsordning. De anger endast när en partshänvisning avseende *vissa* materiella konsumentskyddsregler (om oskäliga avtalsvillkor, om konsumentköp av varor och om distansavtal) inte skall gälla.[779] Hur avtalsstatutet i övrigt skall fastställas avgör alltså inte dessa regler, utan det krävs hjälp av sedvanliga lagvalsregler, dvs. regler som antingen utpekar forumlandets lag eller en utländsk rättsordning som tillämplig. När det gäller konsumentavtal blir det fråga om att tillämpa Romkonventionens regler för att fastställa själva avtalsstatutet.[780] Romkonventionen och de direktivbaserade lagvalsreglerna bör alltså inte ses isolerade, utan de har en inbördes växelverkan och kompletterar vararandra.

Från svensk utgångspunkt är de fläckvis förekommande direktivbaserade lagvalsreglerna något av en främmande fågel, åtminstone på förmögenhetsrättens område. Blickar man söderut, mot Tyskland och Schweiz, synes dock inte denna sorts "pluralism" av olika slags lagvalsregler vara lika främmande, i vart fall inte i doktrinen. Där har stundom diskuterats om tvåsidiga lagvalsregler bör kompletteras med andra lagvalsregler för att slå vakt om vissa intressen (policies) i forumlandets rättsordning.[781] Diskussionen har rört lagvalsregler som värnar om intressen i forumlandets lag och som inte i tillräcklig utsträckning kan beaktas genom tillämpning av sedvanliga tvåsidiga lagvalsregler.[782] Det stämmer i viss utsträckning överens med hur de direktivbaserade lagvalsreglerna har utformats. De är lagvalsregler som anger det extraterritoriella tillämpningsområdet för vissa materiellrättsliga skyddsregler.

En översyn av Romkonventionen planeras.[783] Denna översyn skall vid behov leda till ett förslag till förordning. Skulle det visa sig att Romkonventionen med eventuella ändringar sedermera omvandlas till en förordning, såsom skedde med 1968 års Brysselkonvention, innebär det att

[778] I tysk doktrin har reglerna kallats för "Narrative Normen" som endast förtydligar innehållet i artikel 5 Romkonventionen. Mer härom Jayme & Kohler, IPRax 1993, s. 358–359. Se även Roth, IPRax 1994, s. 169, som kallar reglerna ensidiga lagvalsregler och Kronke, RIW 1996, s. 987, som kallar dem allsidiga.

[779] Dicey & Morris, s. 18: "But quite often the statute can be dissected into a) a rule of domestic law and b) a conflict rule indicating when the rule of domestic law is to apply."

[780] Se ovan avsnitt 3.3.1.1.

[781] Se t.ex. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 255–259 och 288–296; Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 104–106 och Liber Amicorum Droz, s. 511.

[782] A. st.

[783] Se skr. 2001/02:148, s. 35.

lagvalsreglerna blir direkt tillämpliga i varje medlemsstat och att förordningens regler skall tillämpas före de direktivbaserade lagvalsreglerna samt att EG-domstolen ges tolkningsrätt.[784] Det hierarkiska förhållandet mellan de olika lagvalsreglerna skulle då bli det omvända, och förordningens regler skulle tillämpas i första hand. För att de direktivbaserade lagvalsreglerna i sådana fall inte skall förlora sin betydelse är det nödvändigt att de olika lagvalsreglerna samordnas.

När det gäller förhållandet mellan de direktivbaserade lagvalsreglerna inbördes synes de såvitt kan bedömas inte komma att kollidera med varandra vad gäller tillämplighet. Bestämmelsen i 13 § avtalsvillkorslagen hänvisar till regler om oskäliga avtalsvillkor. Härmed skall enligt motivuttalanden förstås lagens 10–12 §§ inklusive 36 § avtalslagen och liknande allmänna oskälighets- och tolkningsregler i andra rättssystem.[785] Av 23 § distansavtalslagen framgår att skyddet avser regler om distansavtal med vilket "främst" bör förstås bestämmelserna om näringsidkarens informationsskyldighet i lagens 10 § och om konsumentens ångerrätt i 13–20 §§, inbegripet motsvarande regler i andra rättsordningar.[786] Den föreslagna regeln i 48 § konsumentköplagen hänvisar som det nu förefaller till regler om konsumentköp enligt konsumentköplagen och borde då också ta sikte på utländska regler i en EES-stat av motsvarande karaktär.[787]

Skulle likväl en kollision uppkomma bör principen om *lex specialis legi generali derogat* tillämpas för att avgöra vilken av de berörda direktivbaserade lagvalsreglerna som bör ges företräde. I detta sammanhang innebär det med andra ord att den regel som reglerar ett mer speciellt förhållande äger företräde framför en i högre grad allmän regel.

Mot denna bakgrund finns nu anledning att närmare undersöka de direktivbaserade lagvalsreglerna och deras betydelse för konsumenters skydd mot partshänvisningar.

4.5.3 Det komplicerade skyddet mot lagvalsklausuler

Enligt min mening kan de ovan återgivna direktivbaserade lagvalsreglerna ses som en internationellt privaträttslig återspegling av den inskränkning av avtalfriheten som har skett på det materiella planet i avtalsvill-

[784] I och med en förordning delas inte längre ansvaret mellan medlemsstaterna och gemenskapen, utan det ligger helt hos gemenskapen. Konflikter i fråga om en förordnings innehåll måste lösas innan en förordning antas, sedan är det för sent. Vad gäller direktiv däremot har medlemsstaterna vid genomförandet i nationell rätt en möjlighet att sätta en viss "nationell prägel" på ett direktiv. Se närmare Basedow, Private Law s. 18.

[785] Se prop. 1994/95:17, s. 105–106 och Bogdan, SvJT 1995, s. 200.

[786] Se prop. 1999/2000:89, s. 100.

[787] Se prop. 2001/02:134, s. 70.

korslagen, distansavtalslagen och, som fallet verkar bli i en nära framtid, konsumentköplagen. De direktivbaserade lagvalsreglerna är ett tydligt tecken på att särlevnaden mellan den internationella privaträtten och den materiella rätten har upphört. Lösningen av lagvalsfrågan är beroende av hur de aktuella rättsordningarnas materiella regler löser en tvistig fråga i konsumentskyddshänseende.

I och med de ifrågavarande reglerna stöter man emellertid på en rad spörsmål som snarare försvårar fastställandet av tillämplig lag än underlättar det.[788] Frågorna är grundläggande: när och hur är dessa regler tillämpliga? En farhåga är att bestämmelserna är så komplicerade att de inte får avsedd skyddande verkan.

Paragraferna i 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den hemställda bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen ger konsumenter skydd mot vissa lagvalsklausuler.[789] Allmänt sett är dessa bestämmelser mer förmånliga för konsumenten än bestämmelserna i Romkonventionen. Till skillnad från konventionen, där skyddet bara omfattar vissa snävt avgränsade avtalssituationer, gäller de direktivbaserade bestämmelserna oavsett hur avtalet har ingåtts. Vidare är Romkonventionens särreglering begränsad på så sätt att artikel 5 endast anger att konsumenten inte får berövas det skydd som tillförsäkras henne enligt tvingande regler i lagen i det land där hon har sitt hemvist. De direktivbaserade lagvalsreglerna innehåller ingen sådan begränsning, utan de utgår från att skyddet kan aktualiseras när anknytningen till EES-området är så stark att en EES-stats lag skulle vara tillämplig i avsaknad av en lagvalsöverenskommelse.[790]

Samtliga bestämmelser innebär alltså ytterligare inskränkning i den internationellt privaträttsliga huvudprincipen om partsautonomi som kommer till uttryck i Romkonventionen. Saknas en lagvalsklausul skyddar inte bestämmelserna mot att Romkonventionens lagvalsregler utpekar en rättsordning med ett dåligt konsumentskydd. Romkonventionen synes nämligen utpeka tillämplig lag inom dessa direktivs tillämpningsområde när partshänvisningar saknas. Saknades en partshänvisning vore med

[788] För problematiken, se t.ex. Pålsson, Romkonventionen, s. 78–81.

[789] Se prop. 1994/95:17, s. 57–60 och 105–106; prop. 1999/2000:89, s. 69–70 och 100 och prop. 2001/02:134, s. 87.

[790] I de bakomliggande direktiven förutsätts i stället att det finns en nära anknytning till medlemsstaternas territorium. Det behöver inte nödvändigtvis innebära att den mest relevanta anknytningen finns till EES-området. Här har den svenska lagstiftaren gjort en något annorlunda avvägning än avvägningen i direktiven. För en diskussion i denna fråga, se Bogdan, SvJT 1995, s. 196–199. Se även Jayme & Kohler, IPRax 1993, s. 358; Roth, IPRax 1994, s. 169 och Knöfel, ICLQ 1995, s. 439.

andra ord Romkonventionens lagvalsregler ensamt avgörande för att fastställa tillämplig lag.

Lagrummens ordalydelse anger att skyddet bara kommer i fråga om lagvalsklausulen hänvisar till en lag utanför EES-området. Är den valda lagen en rättsordning i ett EES-land gäller lagvalsklausulen däremot. Så är fallet även om det innebär att konsumenten får ett sämre skydd än hon skulle få enligt den annars tillämpliga lagen.[791] I de fallen är konsumenten garanterad i vart fall den skyddsnivå som de bakomliggande direktiven och de därpå grundade nationella reglerna uppställer.[792]

Skyddet går ut på att lagvalsklausulen skall åsidosättas om den lag som skulle tillämpas i avsaknad av en partshänvisning är lagen i ett EES-land och den lagen ger konsumenten ett bättre skydd i vissa avseenden än den valda lagen. Inom ramen för klausulens giltighet måste man alltså avgöra vilken lag som annars skulle vara tillämplig.[793] Här måste en jämförelse ske mellan regler om oskäliga avtalsvillkor, regler om distansavtal och/eller regler om konsumentköp i den avtalade lagen och motsvarande bestämmelser i den rättsordning som skulle tillämpas i avsaknad av en partshänvisning. Leder jämförelsen till att den valda lagen ger konsumenten ett sämre skydd mot sådana regler skall partshänvisningen inte tillämpas i fråga om dessa regler. I stället gäller motsvarande regler i den EES-stats lag som anvisats av Romkonventionens lagvalsregler. Det behöver inte nödvändigtvis innebära att svenska regler tillämpas, utan det kan vara någon annan rättsordning, dock inte en rättsordning utanför EES-området. En lagvalsklausul till en lag utanför EES-området som väl uppfyller eller t.o.m. överskrider direktivens skyddsnivå underkänns om den EES-stats lag som annars skulle tillämpas med bortseende från partshänvisningen ger konsumenten ett bättre skydd. Möjligen kan tyckas att detta är att gå för långt.[794]

Ovan antyddes att det bara är regler om oskäliga avtalsvillkor, regler om distansavtal och regler om konsumentköp som kan åsidosättas med hjälp av de direktivbaserade lagvalsreglerna. Den i lagvalsklausulen utpekade lagen skall således tillämpas på avtalet i alla hänseenden utom i fråga om oskäliga avtalsvillkor, regler om distansavtal och, hädanefter

[791] Se prop. 1994/95:17, s. 105; prop. 1999/2000:89, s. 100 och prop. 2001/02:134, s. 87.

[792] Att detta kan vara en sanning med modifikation till nackdel för en konsument visar t.ex. EG-domstolens avgörande C-91/92, *Paola Faccini Dori* mot *Recreb Srl*. Av denna rättspraxis framgår att en konsument gick miste om det skydd som hemförsäljningsdirektivet uppställer till följd av att en medlemsstat inte i tid införlivat direktivets bestämmelser i nationell rätt. För kommentarer om nationella tolkningsmetoder vid införlivandet av EG-direktiv och EG-domstolens avgörande, se Schmidt, RabelsZ 1995, s. 584–585. Jämför avsnitt 7.8.2.

[793] Se Bogdan, SvJT 1995, s. 200.

[794] Av denna åsikt synes Bogdan vara, a. st.

som det verkar, även regler om konsumentköp.[795] I övrigt gäller alltså lagvalsklausulen, såvida den inte skall åsidosättas av andra skäl.[796]

Detta innebär att tvingande regler i två rättsordningar samtidigt kan komma att tillämpas, s.k. dépeçage (delning eller klyvning). Dépeçage har inte ansetts särskilt anmärkningsvärt i de fall man har att göra med ett sammansatt kommersiellt avtal som i verkligheten består av två eller flera typer av avtal.[797] I andra fall bör en restriktiv hållning intas till dépeçage, särskilt när den kommer i formen av att en viss rättsfråga, eller ett komplex av rättsfrågor, underställs en annan lag än avtalsförhållandet i övrigt. Att tillämpa tvingande regler ur två rättsordningar leder nämligen lätt till motsägelser.[798]

En användning av de direktivbaserade lagvalsreglerna medför dock att vissa rättsfrågor underställs en annan lag än rättsförhållandet i övrigt. Det är svårt att förstå varför en exotisk internationell blomma som främst odlats i akademiska växthus nu skall planteras i den konsumenträttsliga jorden där jordmånen av nödvändighet måste vara enkel.

Det sagda kan illustreras med ett tankeexperiment. Avsnitt 4.1 inleddes med ett exempel där en turist på semesterresa i Spanien i egenskap av konsument köpt ullvaror av en spansk näringsidkare. Avtalet innehöll en partshänvisning till en främmande rättsordning. Vi antar att denna rättsordning är lagen i Turkiet. Vi antar vidare att näringsidkarens standardavtal innehåller villkor som begränsar konsumentens rätt vid näringsidkarens kontraktsbrott och villkor som oriktigt lägger bevisbördan på konsumenten, dvs. avtalsvillkor som kan anses vara oskäliga.[799]

Enligt Romkonventionen är förutsättningarna för att tillämpa artikel 5 inte uppfyllda i detta exempel, utan partsautonomi gäller oinskränkt enligt artikel 3. Huruvida villkoren faktiskt är oskäliga bestäms således av den valda turkiska lagen.

[795] Se prop. 1994/95:17, s. 60; prop. 1999/2000:89, s. 100 och prop. 2001/02:134, s. 87. Se även Sisula-Tulokas, JFT 1999, s. 374. Hon beskriver träffande det EG-rättsliga harmoniseringsarbetet som "pointilistiskt", där fält av civilrätten är gemensamma i olika EU-stater.

[796] Se 36 § avtalslagen (1915:218) som ger en domstol möjlighet att jämka eller lämna utan avseende ett avtalsvillkor som är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Enligt bestämmelsens 2 st. skall särskilt hänsyn tas till skyddsbehovet hos den som i egenskap av konsument eller annars har en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Se prop. 1994/95:17, s. 107 och Bernitz, SvJT 1995, s. 636–637 och 641.

[797] Pålsson, Romkonventionen, s. 45.

[798] Se Pålsson, a. a., s. 45–46 och Kropholler, s. 116–117.

[799] I en undersökning som företagits av EU-kommissionen med avseende på standardavtal har det visat sig att oskäliga avtalsvillkor existerar i samtliga typer av avtal som undersökts. Se vidare KOM (2000) 248 slutlig, s. 9.

För att veta om konsumenten kan göra gällande något skydd mot partshänvisningen enligt 13 § avtalsvillkorslagen måste bestämmelserna om oskäliga avtalsvillkor i den valda turiska lagen jämföras med motsvarande regler i den spanska lagen. Spansk lag förutsätts vara den EES-stats lag som skulle vara tillämplig om man bortsåg från lagvalsklausulen – i alla händelser utgår vi från det. Utfaller jämförelsen så att den valda turkiska lagen ger konsumenten ett sämre skydd än den eljest tillämpliga spanska lagen så skall inte hänvisningen gälla såvitt avser regler om oskäliga avtalsvillkor.[800] I stället gäller de spanska reglerna i frågan.

Detta innebär alltså att i en tvist mellan en konsument med hemvist i Sverige och en näringsidkare med etableringsställe i Spanien kan en svensk domstol behöva tillämpa både spanska och turkiska regler på samma konsumentavtal för att lösa tvistefrågor parterna emellan.

Det återstår att ta ställning till frågan hur man bestämmer vilket av de två rättssystemen som ger det bästa skyddet. Såsom framkommit i avsnitt 3.3.3.2 är det konsumenten som får åberopa de regler som hon vill stödja sig på.[801] Det förutsätter inte bara att konsumenten känner till den spanska rättsordningens skydd mot oskäliga avtalsvillkor (här får dock förutsättas att direktivet (93/13/EEG) om oskäliga villkor i konsumentavtal har genomförts i spansk rätt), utan även den turkiska för att kunna avgöra hur hon skall utforma sin talan.[802] Från konsumentens sida förutsätts ingående komparativa undersökningar som svårligen kan anses motiverade i tvister om mindre belopp.[803]

Beaktar man därtill den föreslagna lagvalsregeln i 48 § konsumentköplagen blir bedömningen än mer komplicerad. Vid sidan av skyddet mot oskäliga avtalsvillkor skulle konsumenten enligt den föreslagna bestämmelsen också kunna stödja sig på spanska regler om konsumentköp för att få det skydd som ges av spansk lag om dessa skulle befinnas ge konsumenten ett bättre skydd än turkiska regler. Tvingande spanska regler om oskäliga avtalsvillkor och konsumentköp, motsvarande dem som finns i den svenska konsumentköplagen, skulle tillämpas medan turkiska regler skulle tillämpas på avtalet i övrigt.

Likartade problem kan förutses när det gäller distansköp och tillämpningen av 23 § distansavtalslagen.[804] Visserligen erhåller den konsument som i exempelfallet i avsnitt 4.1 på eget initiativ kontaktat ett franskt

[800] Se ovan avsnitt 3.3.3.2. Det är konsumenten som måste ta ställning i denna fråga.
[801] Se även prop. 1997/98:14, s. 44.
[802] Se KOM (2000) 248 slutlig, s. 8 not 19.
[803] Se a. a., s. 19, för en diskussion om en ex officio-bedömning av oskäliga villkor.
[804] Se vidare avsnitt 6.4.2.

postorderföretag, och som gjort en beställning på grund av den katalog som skickats till Sverige, ett sådant skydd mot partshänvisningar som hon inte har enligt Romkonventionen. Det sker dock först efter att det har kunnat fastställas att den avtalade lagen i en icke EES-stat innehåller ett sämre skydd eller inget skydd alls mot regler om distansavtal än den annars tillämpliga EES-lagen. Därtill synes 23 § distansavtalslagen få betydelse för de gränsöverskridande köp som inte avser varor i Romkonventionens mening, t.ex. digitala produkter.[805] Avtal om digitala produkter faller såvitt jag kan bedöma normalt under den allmänna regeln om partsautonomi i artikel 3, och inte artikel 5, även om avtalet ingåtts för ändamål som faller utanför näringsverksamhet.[806]

Jämväl om syftet med de direktivbaserade lagvalsreglerna är berömvärt är den "lapptäckesteknik" som används för att skydda konsumenter mot partshänvisningar alltför invecklad. Det är svårt att veta var man skall finna regler avseende en viss rättsfråga, och det leder till osäkerhet för alla inblandade.

4.5.4 Kritik

Tillkomsten av de direktivbaserade lagvalsreglerna kan tas till intäkt för att den internationella privaträtten inte längre släpar efter utvecklingen i den materiella konsumenträtten. Den materiella rätten och den internationella privaträtten interagerar. I sina teoretiska grundvalar svarar såvitt kan bedömas de direktivbaserade lagvalsreglerna mot de samhälleliga behov de är avsedda att skydda. Konsumenter skyddas mot oförmånliga resultat som kan följa av en partshänvisning till en rättsordning utanför EES-området. Konsumenter som varit aktiva på den inre marknaden skall inte få ett sämre skydd än passiva konsumenter. Man kan således säga att reglerna botar vissa av Romkonventionens brister.

Reglerna är emellertid för komplicerade i sin utformning. De riskerar därför att leda till stora komplikationer i rättstillämpningen, då de kan medföra att tvingande regler från flera rättsordningar blir tillämpliga. För konsumenten innebär det att komparativa undersökningar måste företas. Reglerna medför dessutom att det blir mycket svårt för en näringsidkare att förutse vilka regler verksamheten blir underkastad. I slutändan beror det på hur konsumenten väljer att utforma sin talan. Resultatet är rättsosäkerhet. Då det regelmässigt är näringsidkaren som i konsumentavtal utformar lagvalsöverenskommelser gör hon klokt i att avstå från sådana.

[805] Se avsnitt 2.2.3.4.
[806] Se ovan avsnitt 2.3.4.4.

Jag har i övrigt svårt att se hur reglerna skulle kunna leda till internationellt enhetliga avgöranden som brukar sägas vara en viktig målsättning inom den internationella privaträtten. Beaktar man dessutom att reglerna har genomförts på olika sätt i EU-medlemsstaterna ökar risken för att tvister kommer att bedömas på olika sätt beroende på i vilket EU-land de tas upp till prövning.[807] Det är av vikt på det internationellt privaträttsliga området att lagvalsregler såvitt möjligt är överskådliga. Önskvärt är med andra ord att lagvalsregler som avser att skydda konsumenter är klara, entydiga och begripliga.

4.6 Fastställelse av tillämplig lag enligt Romkonventionen när lagvalsavtal saknas

4.6.1 Konsumentens lag gäller i vissa skyddsvärda situationer

Den måhända vanligaste situationen när det gäller handel av varor över gränserna är att parterna inte har kommit överens om den tillämpliga lagen.[808] Ofta har frågan inte ägnats en tanke.

Den för vissa konsumentavtal skräddarsydda lagvalsregeln i artikel 5.3 i Romkonventionen anger att lagen i det land där konsumenten har sitt hemvist skall tillämpas i avsaknad av en giltig lagvalsklausul. Det gäller dock bara om förutsättningarna i artikel 5.2 är uppfyllda. Om ett objektivt lagval måste företas kommer konsumentens lag med andra ord bara att tillämpas i samma snävt avgränsade situationer som när skyddet mot partshänvisningar aktualiseras.[809]

Artikel 5.3 är en av Romkonventionens få fasta lagvalsregler. Den tar inte hänsyn till hur den utpekade lagen löser en rättsfråga i den konkreta situationen.[810] I exempelfallet, som beskrevs ovan i avsnitt 4.1 där en konsument vid hemförsäljning i Sverige köpt uppslagsverk på avbetalning av en engelsk säljare, skulle således svensk rätt bli tillämplig. Säljaren har sökt upp konsumenten i Sverige och riktat ett särskilt anbud till

[807] Det har visat sig att direktivbestämmelserna har genomförts på högst olikartade sätt i medlemsstaterna, vilket kan leda till stora problem. Se t.ex. Bogdan, SvJT 1996, s. 37–41 och Jayme & Kohler, IPRax 1995, s. 343–346. Det kan i detta sammanhang nämnas att Europeiska kommissionen har initierat en debatt om ett förenhetligande av avtalsrätten. Se KOM (2001) 398 slutlig. Nu diskuteras också behovet av enhetliga konsumentskyddsregler, se KOM (2001) 531 slutlig. Se även Joustra, Towards a European Civil Code, s. 138.

[808] Se närmare t.ex. Lipstein, Harmonization of PIL, s. 7, som menar att lagvalsavtal ofta utelämnas.

[809] Se ovan avsnitt 4.3.

[810] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 78.

konsumenten som hon accepterat här. Svensk rätt skall tillämpas även om säljarens lag, engelsk rätt, skulle ge konsumenten ett mer förmånligt skydd vid avbetalningsköp än den svenska rättsordningen.

Det nu aktuella stadgandet har föranlett kritik. Lipstein, med vilken Howells och Wilhelmsson instämmer, menar att bestämmelsen felaktigt förutsätter att lagen i konsumentens hemvistland innehåller en viss konsumentskyddsnivå.[811] Bärande skäl för en sådan bestämmelse finns bara i den mån lagen i konsumentens hemland faktiskt innehåller ett visst skydd. Saknas ett materiellrättsligt konsumentskydd misslyckas bestämmelsen i syftet att bistå den skyddsbehövande parten.

Själv delar jag inte denna åsikt. Att låta konsumentens hemvist vara det avgörande anknytningsvillkoret för att fastställa den objektivt tillämpliga lagen behöver inte nödvändigtvis vara till nackdel för konsumenten – även om det skulle vara så att säljarens lag ger konsumenten ett mer förmånligt materiellt skydd. Att konsumentens lag skall tillämpas innebär att konsumenten som avtalets svagare part slipper svårigheter och kostnader förknippade med att ta reda på innehållet i en eventuellt "bättre" utländsk lag. Medan det kan vara enkelt för konsumenten att ta reda på innehållet i hemvistlandets lag av konsumentvägledare eller praktiskt verksamma jurister, kanske det inte är möjligt att finna en expert på utländsk rätt. Om konsumenten inte känner till eller kan ta reda på innehållet i den utländska lagen spelar det knappast någon roll om den är "bättre" än konsumentens egen lag, dvs. hemvistlandets lag.[812]

Det är således inte fråga om att ge konsumenten det "bästa" materiella skyddet. I stället handlar det om att tillämpa den lag som konsumenten antas känna till, och som hon känner förtroende för, och förväntar sig skall tillämpas.[813] Som jag uppfattar skyddsprincipen i artikel 5.3 avser den att underlätta för den skyddsbehövande konsumenten. Genom att konsumentens lag utpekas, även om avtalsförhållandet objektivt sett har sin starkaste anknytning till ett annat lands lag, utjämnas obalansen mellan parterna. Konsumentens svagare ställning i ekonomiskt och kunskapsmässigt hänseende korrigeras i förhållande till motparten genom att konsumenten ges förmånen att utforma sin talan utifrån en känd rättsordning.

Särskilt när det gäller distansköp blir ett avtals utlandsanknytning – och därmed de internationellt privaträttsliga konsekvenserna – inte lika

[811] Se Lipstein, Harmonization of PIL, s. 5 och Howells & Wilhemsson, s. 278–279. Se även Klingsporn, ZWB 1994, s. 1099–1100 och de Boer, RabelsZ 1990, s. 32–33.

[812] Se Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 300–301. Kritiskt Lipstein, Harmonization of PIL, s. 5.

[813] Se de Boer, RabelsZ 1990, s. 32 och 42, för en principiell diskussion. Se också Lando, IECL 1976, s. 83–84 och Martiny, Münchener Kommentar, s. 1668 och 1676.

uppenbara som i andra fall. Konsumenten har inte nödvändigtvis lämnat sitt hemland för att sluta avtal med en utländsk säljare.[814] En konsument har därför mindre anledning än eljest att kunna förutse att avtalet är föremål för internationellt privaträttslig reglering. Här kan återknytas till exempelfallet i avsnitt 4.1 där en konsument efter att ha sett reklam på TV köpt en felaktig vara. Tillämpning av en annan rättsordning än svensk lag skulle i ett dylikt fall kunna komma som en fullständig överraskning för konsumenten, när säljaren har riktat in sig på och sökt upp konsumenten på hennes hemmamarknad.[815]

Att tillämpa konsumentens lag i avsaknad av en lagvalsöverenskommelse mellan parterna kan också underbyggas med processekonomiska skäl, som särskilt gör sig gällande i konsumenttvister om mindre värden. Har en utlandsanknuten konsumenttvist tagits upp till prövning i Sverige, och konsumenten har hemvist här, har jag svårt att se varför man skall komplicera lagvalsfrågan och tillämpa en annan rättsordnings regler, t.ex. säljarens lag, bara för att den är "bättre".

För egen del anser jag att den kritik som bör riktas emot artikel 5.3 inte gäller skyddsprincipen som sådan, utan regelns tillämpningsområde som det har avgränsats enligt artikel 5.2.

4.6.2 Tillämplig lag i andra situationer

I de fall där konsumenten själv tagit kontakt med en utländsk näringsidkare – t.ex. genom att konsumenten på eget initiativ reser till näringsidkarens etableringsställe, ringer, faxar, skriver eller skickar ett textmeddelande på mobiltelefonen i form av en beställning utan att det föregåtts av marknadsföringsåtgärder – gäller inte skyddsregeln i artikel 5.3. I stället utpekas tillämplig lag av den allmänna bestämmelsen i artikel 4 i Romkonventionen.

En övergripande målsättning för den arbetsgrupp som utarbetade Romkonventionen var att åstadkomma en praktisk reglering för gränsöverskridande avtal i allmänhet.[816] Lagvalsregler bör således ge förutsebara och enhetliga resultat, oavsett i vilken konventionsstat en tvist tas upp till bedömning. Visst utrymme för flexibilitet skall också finnas.[817] Lösningen i det enskilda fallet bör till viss del kunna styra utgången i lagvalet (s.k. materiell rättvisa).[818] Sålunda skall den utpekade rättsordningen i vissa

[814] Se Close, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 35.

[815] Om berättigade förväntningar inom den materiella EG-rätten, se Howells & Wilhelmsson, s. 320–323.

[816] Se Giuliano & Lagarde, s. 8.

[817] Se a. a., s. 5.

[818] Se a. a., s. 5 och 22.

fall kunna frångås till förmån för en annan tillämplig lag om vägande skäl talar härför. Samtliga dessa målsättningar försöker artikel 4 i Romkonventionen tillgodose.

Artikel 4 Romkonventionen utgår, som redan diskuterats i avsnitt 3.3.1.1, från principen om den närmaste anknytningen.[819] Den närmaste anknytningen får sitt innehåll preciserat i tre presumtionsregler i artiklarna 4.2–4.4.[820]

Den för köp av lös egendom relevanta presumtionen återfinns i artikel 4.2.[821] Lagregeln bestämmer att ett avtalsförhållande antas ha sin närmaste anknytning till det land där den part som presterar den karakteristiska prestationen har sitt hemvist eller säte, eller i fråga om bolag sin centrala förvaltning. Om avtalet ingås som ett led i den partens affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, skall detta land emellertid 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.

Den karakteristiska prestationen utgörs som regel *inte* av penningprestationen utan i denna kontext av naturaprestationen.[822] Det bör noteras att presumtionsregeln nästan undantagslöst kommer att utpeka säljarens lag i konsumentavtal som inte omfattas av annan reglering. En säljare som i sitt etableringsland sluter avtal med utländska konsumenter har befogad anledning att anta att lagen i etableringslandet skall tillämpas. En konsument som under en weekendresa i Rom köper ett par skor som sedermera visar sig vara defekta kan inte förutsätta att svensk lag följt med konsumenten i resväskan till Italien.

I konsumentavtalet är säljaren den professionella parten. I sin näringsverksamhet har säljaren att inrätta sig efter en rad regler av bl.a. marknadsrättslig och skatterättslig art i det land där säljaren är verksam. För att säljaren skall kunna uppfylla leveransförpliktelsen måste hon ha vidtagit vissa åtgärder, t.ex. att framställa eller köpa in varan, att lagerhålla den för att kunna klara leveranstider, osv. Denna förpliktelse kännetecknar avtalet socialt och ekonomiskt då den i större utsträckning omgärdas

[819] Se närmare Pålsson, Romkonventionen, s. 53–54. Grundidén om tillämpning av den starkaste anknytningens lag har sina rötter i von Savignys idéer som presenterades år 1849 i "System des heutigen Römischen Rechts". Om von Savigny, se de Boer, RabelsZ 1990, s. 28 och Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 51–56. Se även nedan not 1288.

[820] Om presumtionsregeln i artikel 4.3, se avsnitt 7.7.2.

[821] Om denna bestämmelse, se närmare t.ex. Pålsson, Romkonventionen, s. 55–56; Vischer, Harmonization of PIL, s. 25–30; Lando, IECL 1976, s. 66–67 och Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 308–309.

[822] Om presumtionen för den karakteristiska prestationen, se Pålsson, a. a., s. 54–62.

av "flera och mera komplicerade handlingar" än betalningsförpliktelsen.[823] Säljarens planering och administration underlättas av om samma lag tillämpas gentemot i stort sett alla köpare. Om inte skulle det kunna leda till att ökade rättsliga kostnader för säljaren i slutändan övervältras på konsumenter i form av höjda priser. Naturaförpliktelsen leder också i högre grad till tvister än den om betalning.[824] Ses tillämplig lag i samband med domsrätten är det av praktiska skäl lämpligare att säljarens lag ges företräde framför köparens. Talan emot en säljare, t.ex. i anledning av en felaktig vara, skall som huvudregel väckas vid domstol i svarandens land.[825]

Kritikerna menar dock att det inte är möjligt att lösa lagvalsfrågan genom att isolera den ena partens avtalsförpliktelse och negligera den andras, eftersom avtal är ett ömsesidigt åtagande.[826] Köparen måste göra mer än betala för en vara. Hon måste även ta varan från säljaren.[827] Vissa författare menar dessutom att fastställandet av den tillämpliga lagen med hänsyn till den prestation som inte är i pengar blir i stort sett meningslös när avtalsparten som skall prestera penningprestationen är den svagare skyddsbehövande parten.[828] Då bör i stället betydelsen av parternas förpliktelser ha svängt till förmån för den svagare parten, varför vederbörande bör tillåtas att förlita sig på skyddslagen. Presumtionen om den karakteristiska prestationen skulle då bara användas i rent kommersiella avtal.

Presumtionen om den karakteristiska prestationen anser jag, som redan framgått tidigare i avsnitt 3.3.1.1, på det hela taget vara en väl utformad och till den internationella handeln i hög grad anpassad regel, i vart fall när det gäller köp av varor.[829] Den ger lösningar som i de flesta fall är förutsebara. Därmed främjas internationellt enhetliga avgöranden.

Det går dock att föreställa sig situationer där den leder till mindre tillfredsställande resultat. Om t.ex. en konsument begär in anbud från näringsidkare i olika länder avseende en viss vara kommer dessa anbud att bli svåra att bedöma, eftersom de lyder under olika lagar.[830] Varje anbud får bedömas efter respektive anbudsgivares lag.

För att uppnå flexibilitet i lagvalsfrågan innehåller artikel 4.5 en bestämmelse som dels anger hur den tillämpliga lagen skall fastställas när den karakteristiska prestationen inte går att identifiera, dels att presum-

[823] Pålsson, Romkonventionen, s. 55.

[824] A. st.

[825] Se Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 308 och Vischer, Harmonization of PIL, s. 25–30.

[826] Se t.ex. Lipstein, Harmonization of PIL, s. 8–9.

[827] Detta påpekande gör Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 274.

[828] Sådana övervägande har bl.a. diskuterats av Vischer, Harmonization of PIL, s. 28 och Kleinschmidt, s. 240.

[829] Se Kessedijan, Private Law, s. 336, för viss statistik beträffande Romkonventionen.

[830] Se Bogdan, TfR 1982, s. 19.

tionerna i artikel 4 kan brytas om det framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har en närmare anknytning till ett annat land.[831]

Som regel torde det i konsumentköp av varor nästan alltid kunna fastställas en karakteristisk prestation. Möjligtvis kan det bli problematiskt vid bytesaffärer, t.ex. om en begagnad bil lämnas som delbetalning vid köp av en ny bil. De bästa skälen synes i dylika fall tala för att det är den professionella parten som fullgör den karakteristiska prestationen.[832]

Problematiskt är att veta när den karakteristiska prestationen kan hävas enligt artikel 4.5 på grund av att det framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har närmare anknytning till ett annat land än det som utpekats av presumtionsreglerna.

Frågan kan ställas om det är möjligt att gå så långt att man bryter presumtionen när konsumenten har ett behov av det rättsliga skydd som hemvistlandets lag ger. En sådan åtgärd synes dock inte bidra till någon förutsebarhet eller till att målsättningen om internationellt enhetliga avgöranden uppnås. För säljaren skulle det innebära oacceptabla svårigheter att inte veta vilken lag verksamheten underkastas. Risken finns då också att artikel 4.5 används när det befinnes lämpligt för att uppnå ett önskvärt resultat.[833]

En situation där man kan diskutera om det framgår av de samlade omständigheterna att avtalet har en närmare anknytning till ett annat land än det som har utpekats av artikel 4.2 är följande. Antag att en svensk konsument träffat avtal utomlands med en där etablerad säljare som samarbetar med en leverantör med verksamhetsställe i Sverige. Om leverantören framställer och levererar varan till konsumenten i Sverige och konsumenten skall betala varan här tyder dessa omständigheter kanske på att avtalet i själva verket har sin närmare anknytning till Sverige i stället för till säljarens land där avtalet ingåtts.[834] Det blir en känslig avvägningsfråga som får lösas från fall till fall.

4.6.3 Slutsats

Konsumentens rättsskydd i internationellt privaträttsliga situationer i avtal som saknar en lagvalsklausul är helt beroende av vilken lag som Romkonventionens lagvalsregler utpekar. På området för konsumentköp

[831] Se ovan avsnitt 3.3.1.1.

[832] Om viss kritik härvidlag, se Bogdan, TfR 1982, s. 19.

[833] Se ovan avsnitt 3.3.1.1, där en restriktiv inställning förespråkas angående användningen av artikel 4.5. Se även IPR und Rechtsvergleichung, s. 102.

[834] I ett avgörande från tysk domstol, LG Köln, Urt. vom 28.10.1992 – 9 S 78/92: IPRspr. 1992 Nr. 48, ansågs presumtionen om den karakteristiska prestationen kunna brytas av denna anledning.

av varor finns inte direktivbaserade lagvalsregler som intervenerar med Romkonventionens regler. Konsumentskyddet är med andra ord helt överlämnat till den avgränsning av skyddsvärda avtalssituationer som har gjorts i artikel 5.

I andra fall används den allmänna regeln i artikel 4. Även om man kan vidhålla att artikel 5 är för snäv, synes inte resultaten i fråga om tillämplig lag kunna bli lika anmärkningsvärda som när ett avtal innehåller en lagvalsklausul till en icke EES-stats rättsordning. Antingen tillämpas konsumentens lag till följd av att näringsidkaren på något sätt marknadsfört sig i konsumentens hemvistland eller så tillämpas säljarens lag. Har säljaren etableringsställe inom EES-området får konsumenten minst den skyddsnivå som EG-direktiven och därpå grundande nationella regler ger på området.[835] Detta är förutsebart och leder inte till några överraskningar i lagvalsfrågan.

4.7 Sammanfattande kommentarer och slutsatser

Behovet av att skydda konsumenter i handeln över landgränserna identifierades vid samma tidpunkt som konsumenträtten började utvecklas på 1970-talet. Det skulle dock dröja innan denna utveckling också kom att få genomslag i den internationella privaträtten genom lagstiftning. Det var först på 1990-talet som utvecklingen härvidlag började ta fart tack vare EG-rättens inverkan på svensk rätt.

I och med att den EG-rättsliga Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser genomfördes i svensk rätt år 1998 fick konsumenter ett visst skydd mot lagvalsöverenskommelser. I avsaknad av en sådan överenskommelse tillämpas lagen i konsumentens hemvistland. Romkonventionens skydd gäller dock bara i tre snävt avgränsade situationer som kännetecknas av att näringsidkaren genom någon marknadsföringsåtgärd sökt upp konsumenten i hennes hemvistland. Detta skydd har ovan visat sig vara alltför snävt och svarar inte på ett adekvat sätt mot konkret erfarna problem. Ur konsumentsynpunkt kan lösningen av lagvalsfrågan därför i vissa fall leda till oönskade resultat.

Den allvarligaste anmärkningen är att det är enkelt att kringgå konsumentskyddslagstiftning av EG-rättsligt ursprung genom en lagvalsklausul, även i de fall där avtalsförhållandet har sin närmaste anknytning till den inre marknaden. En möjlighet att undvika ett sådant problem vore att behandla EU-området som ett land vid tillämpningen av Romkonventionens artikel 3.3. Artikeln hindrar som bekant att parterna i ett rent internt

[835] Jämför dock avsnitt 7.8.2 nedan.

avtal kringgår tvingande regler i lagen i det land till vilket avtalsförhållandet har samtliga anknytningar. Efter viss tvekan har jag dock kommit fram till att Romkonventionen inte verkar kunna anses ge utrymme för att behandla EU-området som ett land.

Bilden av konsumentens rättsliga ställning i gränsöverskridande situationer kompliceras av förekomsten av direktivbaserade lagvalsregler som i vissa fall inskränker partsautonomin. De direktivbaserade lagvalsreglerna "står emellertid inte på egna ben" utan förutsätter en komplettering av andra lagvalsregler för att fastställa avtalsstatutet. När det gäller konsumentavtal finns dessa lagvalsregler i Romkonventionen. Härvidlag råder en viss växelverkan mellan Romkonventionen och de direktivbaserade lagvalsreglerna. Visserligen synes de direktivbaserade reglerna kunna ge konsumenter ett sådant skydd mot lagvalsöverenskommelser som inte kan uppnås av Romkonventionen. De förhindrar i vissa fall att EG-rättslig konsumentskyddslagstiftning kringgås genom val av en lag i en icke EES-stat när det finns en viss nära anknytning till EES-området. Skyddet aktualiseras dock till priset av förutsebarhet och enkelhet.

Det är min övertygelse att ett effektivare och mer tillgängligt konsumentskydd förutsätter en i högre grad sammanhållen reglering. Dessutom krävs att regleringen är enkel för att den skall få sin avsedda verkan. I dagsläget synes situationen komplicerad och oöverskådlig.

Man kan fundera över om det skulle gå att kodifiera de direktivbaserade bestämmelserna i en regel för att råda bot på de nuvarande svagheterna vad beträffar lösningen av lagvalsfrågan. Vid revideringen av Romkonventionen skulle en kompletterande bestämmelse kunna utformas som får beteckningen artikel 3.3 a).[836] En sådan skulle kunna ha följande lydelse:

> "Den omständigheten att parterna i ett konsumentavtal som omfattas av artikel 5.1 har valt lagen i en icke-medlemsstat skall, oavsett om de också har avtalat om behörighet för en utländsk domstol eller inte, när alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för valet har en anknytning till den Europeiska unionen inte hindra tillämpningen av EG:s rättsakter eller nationella lagar som genomför sådana rättsakter som är av en sådan tvingande karaktär att de inte kan avtalas bort."

[836] Det är Basedow som väckt denna idé i Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 34. Han har utformat ett förslag till lagvalsregel som lyder: "Sind alle andere Teile des Sachverhalts im Zeitpunkt der Rechtswahl in der Europäischen Union belegen, so kann die Wahl des Rechts eines Nichtmitgliedstaates durch die Parteien die Bestimmungen nicht berühren, die auf Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft zurückgehen und von denen nach dem Gemeinschaftsrecht durch Vertrag nicht abgewichen werden kann." Se även Kessedijan, Private Law, s. 335, som föreslår att existerande internationellt privaträttsliga regler av EG-rättsligt ursprung integreras i ett regelverk. Härmed skulle man enligt henne slippa de nackdelar som direktivbaserade lagvalsregler föranleder på grund av att de måste genomföras i varje EU-medlemsstats rättsordning.

Tillägget skulle innebära att artikel 3.3 reglerar såväl de situationer där det bara finns anknytning till ett enda land som de fall där alla omständigheter har anknytning till EU.

Genom tillägget kan på ett enklare och mer förutsebart sätt konsumenter garanteras att det skydd som EG-rättslig konsumentskyddslagstiftning ger får sin avsedda genomslagskraft. En lagvalsklausul som utpekar en rättsordning i en icke-medlemsstat skulle inte tillåtas om avtalet har samtliga sina anknytningar till EU-området.[837] De direktivbaserade lagvalsreglerna skulle med andra ord bli överflödiga. I valet mellan den ena eller den andra EU-medlemsstatens lag får ett lagval göras enligt Romkonventionens andra regler.

Emot förslaget kan invändas att det är svårt att avgöra när alla omständigheter av betydelse har anknytning till EU-området. När de avtalsgrundande omständigheterna har ägt rum inom EU och avtalet skall fullgöras inom detta område samt parterna har hemvist eller etableringsställe (alternativt säte) här, borde man dock kunna påstå att samtliga omständigheter av betydelse har anknytning till EU.

En nu föreslagen lösning hindrar inte att den materiella EG-rättsliga konsumenträtten fortsätter att utvecklas. Skillnaden blir dock att medlemsstaterna inte behöver genomföra ytterligare invecklade lagvalsregler av EG-rättsligt ursprung i sina rättsordningar.

[837] Detta lösningsförslag synes vara ligga i linje med EG-domstolens avgörande i C-381/98, *Ingmar GB Ltd* mot *Eaton Leonard Technologies Inc*. Se härom nedan avsnitt 8.4.1.3.

5 Konsumentskydd vid köp av tjänster och paketresor

Frågor om konsumentens rättsliga ställning vid köp av tjänster och paketresor har blivit mycket sparsamt behandlade i den svenska internationellt privaträttsliga litteraturen.[838] En förklaring kan vara att dessa avtal inte befunnits ge upphov till internationellt privaträttsliga tvister i lika hög utsträckning som andra konsumentavtal. Jag har dock svårt att se att dessa avtal skulle vara mindre problematiska än andra konsumentavtal. Det finns därför behov av ytterligare klarläggning på området.

5.1 Illustrationer av köp av tjänster

När det gäller konsumentens rättsskydd över gränserna vid köp av tjänster inser man att tjänster kan vara av allehanda slag, allt från ställande av horoskop till kemtvätt.[839] Det är således inte möjligt, eller ens lämpligt, att försöka ge någon närmare definition av vad som skulle kunna vara en tjänst.[840] Här kan bara ges några exempel.[841] Tjänsteavtal kan avse ett

[838] Se Howells & Wilhelmsson, s. 29–32, som behandlar tjänster utifrån ett materiellt EG-perspektiv.

[839] Se KOV Dnr 98/K2492. Ärendet gällde klagomål mot en fransk parapsykolog som marknadsförde horoskop i Sverige med förtäckta hot. I beslut från år 1999 kunde enligt Konsumentverkets bedömning ett ingripande inte anses motiverat bl.a. med hänsyn till att marknadsföringen bedrevs från utlandet. Konsumentverket beslutade därför att inte vidta några andra åtgärder än att påpeka att marknadsföringen var otillbörlig.

[840] Se prop. 1999/2000:89, s. 24, där det konstateras att det i svensk rätt saknas en generell definition av vad som avses med tjänst. I a. prop. står vidare att läsa: "Många gånger torde en tjänst utgöra en prestation som varken består av pengar, varor eller arbete i anställningsförhållande. Ett avtal om en tjänsteprestation står således i motsatsförhållande till bl.a. ett avtal om köp". Se även prop. 1984/85:110, s. 34–36, beträffande de avtalstyper som omfattas av konsumenttjänstlagen. Som tjänster skall enligt artikel 50 (f.d. 60) i Romfördraget anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och tjänster. Med tjänster skall särskilt avses verksamhet a) av industriell natur, b) av kommersiell natur, c) inom hantverk, d) inom fria yrken.

[841] Se Hatzopoulos, CMLR 2000, s. 43–82, för en redogörelse av EG-domstolens rättspraxis på tjänsteområdet ur ett EG-rättsligt perspektiv.

avtal vars föremål är att ett visst resultat skall överbringas på en sak tillhörig konsumenten, t.ex. reparation eller nytillverkning av en vara. Det kan också vara fråga om olika slags förvaring eller hotellvistelser. Avtalet om tjänst kan även ha ingåtts för att berika konsumenten själv, t.ex. i form av en språk-, målar- eller skidkurs, en skönhetsoperation, etc.[842] Olika typer av uppdragsavtal (advokatens, arkitektens, ingenjörens, läkarens, revisorns, osv.) kan avse tjänster som konsumenten skall tillgodogöra sig på något sätt.[843] Tjänsteavtalet kan också gälla tjänster i allmänhetens intresse, s.k. nödvändighetstjänster.[844] Det är fråga om tjänster som till övervägande del har tillhandahållits i offentlig regi, men som under senare år i allt större utsträckning erbjuds på kommersiell grund såväl i Sverige som i övriga Europa.[845]

Konsumenter som köper tjänster har ett mer begränsat internationellt privaträttsligt skydd än konsumenter som köper varor. Lösningarna av lagvalsfrågan i tjänsteavtal kan med andra ord skilja sig från hur lösningarna av frågan skulle se ut vid köp av varor. Nedan ges några exempel på köp av tjänster:

- Ett schweiziskt språkinstitut annonserar i svenska dagstidningar om språkkurser i Schweiz. En i Sverige bosatt student ser en annons och anmäler sig till en termins språkstudier. Efter det att kursen startat ägnas enligt studentens uppfattning större delen av studietiden åt annat än språkstudier. Studenten anser också att den inackordering som språkinstitutet ordnat inte är acceptabel. Hon reser därför hem till Sverige mitt i terminen. Studenten vill häva avtalet, eller i vart fall få en reducerad terminsavgift. Språkinstitutet anser emellertid inte att något fel har begåtts. Skall en avtalad lag utanför EFTA-området godtas eller kan studenten stödja sig på svenska regler?
- En privatperson bosatt i Sverige har fått ett skriftligt anbud från en holländsk näringsidkare att vinterförvara sin segelbåt i en holländsk marina. I egenskap av konsument lämnar personen in en exklusiv segelbåt för vinterförvaring. Parterna kommer också överens om att näringsidkaren skall iordningställa båten inför sommaren. Avsikten är att konsumenten följande sommar skall hämta segelbåten för att segla den till Medelhavet. Förvaringen och utförandet av tjänsterna finansierar konsumenten delvis genom att uppta ett lån i ett nederländskt kreditbolag.

[842] Se von Bar, s. 319–320 och Lando, IECL 1976, s. 152.

[843] Se KOM (2000) 248 slutlig, s. 43 och 47, beträffande viss statistik om tjänster. Se även Falu TR, T 557/99, som gällde en tvist om vissa annonseringstjänster.

[844] Se skr. 2001/02:148, s. 32–34, om tjänster i allmänhetens intresse.

[845] A. st.

Genom ett avtal med näringsidkaren beviljar kreditbolaget alla lån som ges till näringsidkaren kunder. Kreditavtalet innehåller en lagvalsklausul som utpekar engelsk lag som tillämplig vid eventuella tvister. När konsumenten året därpå hämtar båten visar det sig att motorn inte har blivit ordentligt övertäckt med följden att det har blivit kondens i motorrummet och att motorn har rostat. När konsumenten framställt ersättningsanspråk mot näringsidkaren som inte bemöter konsumentens anspråk, underlåter konsumenten att betala fordringarna till kreditbolaget. Sedan konsumenten kommit i dröjsmål med mer än tio procent av det beviljade kreditbeloppet väcker kreditbolaget talan mot konsumenten vid svensk domstol. Domstolen finner sig behörig enligt artikel 2 i Bryssel I-förordningen.[846] Kreditbolaget yrkar att konsumenten enligt den avtalade engelska lagen skall förpliktas att utge betalning för utestående och förfallna kreditfordringar. Konsumenten hävdar att det nära samarbetet mellan kreditbolaget och näringsidkaren gör att hon enligt den svenska lagen kan göra samma invändningar mot kreditbolaget som mot näringsidkaren. Kan konsumenten förlita sig på det skydd som svensk rätt ger, trots att det i kreditavtalet finns en klausul om tillämplig lag?

- Fru B åker till Norge för att engagera en hantverkare som skall installera en värmepanna i hennes hus i Värmland. Det visar sig sedermera att installationen har utförts felaktigt.[847] Om avtalet mellan fru B och den norska hantverkaren innehåller ett avtal om tillämplig norsk lag, skall denna lag gälla trots att tjänsterna enbart skall utföras i Sverige? Blir bedömningen annorlunda om parterna inte tänkt på att reglera lagvalsfrågan?
- Familjen F är på bilsemester i Europa. I Belgien går bilen sönder. Bilen lämnas in på en bilverkstad i Belgien för lagning. Lagningen av bilen utförs inte på ett fackmässigt sätt, och familjen tvingas därför hyra en bil för att kunna fortsätta sin semester. Familjen överväger att vidta rättsliga åtgärder mot den belgiska bilverkstaden för att få täckning för sina utgifter. Enligt vilket lands lag skall anspråk bedömas?

[846] Se ovan avsnitt 3.2.3.2.

[847] Se ARN avgörande 1993-08-02; 92-5781: årsbok 1992/93 ref. 20, där konsumenttjänstlagen tillämpades när ett allvarligt fel på en värmepanna uppstått genom slarv vid monteringen. Se Olsens redogörelse i Konsumentskyddets former, s. 92.

5.2 Illustrationer av köp av paketresor

Om man kombinerar tjänsterna resa och inkvartering brukar arrangemanget kallas för paketresa, under förutsättning att det har sålts för ett gemensamt pris.[848] Paketreseavtal ingås främst för ändamål som har med turism att göra, och det kan vara fråga om olika charter-, weekend-, sällskaps- eller kryssningsresor.

När det gäller köp av paketresor torde den vanligaste situationen vara att en konsument träffar avtalet med en säljare/återförsäljare i Sverige. Uppstår en tvist på grund av ett sådant avtal är det naturligt att konsumenten vänder sig till säljaren i Sverige med klagomål. Det kan då anses främmande att använda lagvalsregler, trots att avtalet fullgörs utomlands. Ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv är dylika paketresor tämligen oproblematiska.[849]

Det går dock inte att bortse från att det verkar bli allt vanligare att konsumenter i Sverige träffar paketreseavtal med säljare i andra länder, inte minst som en följd av det ökande bruket av Internet som marknadsplats.[850] Genom Internet kan konsumenter enkelt finna den säljare som erbjuder de mest förmånliga priserna på paketresor till ett visst land. Uppstår en tvist mellan en konsument bosatt i Sverige och en säljare i ett annat land blir det nödvändigt att anlita lagvalsregler för att kunna lösa tvisten i sak.

Problem kan även uppkomma där en paketresa köpts från en säljare i konsumentens hemvistland, men som organiseras av en utländsk researrangör som är etablerad i ett annat EES-land eller utanför EES-området. I sådana fall kanske konsumenten behöver rikta sina anspråk mot en svarande utanför sitt eget hemland, vilket medför alla de nackdelar som är förknippade med gränsöverskridande tvister.[851] I samband med paketreseavtal kan också frågor om ersättningskrav mot tredje man uppstå, t.ex. mot ett hotell som researrangören anlitat.

Nedan ges några exempel på problem som kan uppstå när ett avtal om en paketresa har anknytning till flera länder.[852]

[848] Se prop. 1997/98:14, s. 45 och s. 62–64. Se även Sigurðsson, s. 3–4 och Rinkes, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 210–212, om paketresorna betydelse för EES-ländernas turistnäring.

[849] Lasok & Stone, s. 383: "The provision [art. 5.5 of the Rome Convention] relating to 'package tours' may be considered of minor importance, since the tour-operator is likely to be resident in the consumer's country and an attempt by it to invoke a foreign-law clause with a view to escaping liability would probably be disastrous to its public reputation."

[850] Se t.ex. Tonner, Consumer Law in the Information Society, s. 205.

[851] Se ovan avsnitt 1.1.

[852] Se även Rinkes, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 210–212 och Tonner, Consumer Law in the Information Society, s. 206–209. Om paketresedirektivet (90/314/EEG) och konsumentskydd vid researrangörens konkurs, se C-140/97, *Walter*

- En i Sverige bosatt person har köpt en paketresa avseende en valsafari på Svalbard av en dansk resebyrå som marknadsfört sig i Sverige.[853] I sin marknadsföring garanterar resebyrån att resenärer skall få se valar. Under den nu aktuella resan inträffar dock inte detta. Resenären vänder sig därför till resebyrån med krav på prisavdrag enligt skyddsreglerna i EG-direktivet (90/314/EEG) om paketresor, semesterpaket och andra paketresearrangemang (paketresedirektivet) och den svenska lagen (1992:1672) om paketresor som genomför direktivet. Resebyrån motsätter sig ett prisavdrag och hävdar att den inte är bunden av den information som ges i marknadsföringen, då svensk lag inte är tillämplig. Resebyrån hänvisar härvidlag till sina allmänna villkor som innehåller en avtalsklausul som utpekar lagen i en avlägsen rättsordning utanför EES-området.[854] Denna rättsordning saknar med den svenska paketreselagen och direktivet likvärdigt skydd. Skall den avtalade lagen tillämpas för att avgöra resenärens rättsskydd? Finns det någon möjlighet för resenären att förlita sig på svenska regler om paketresor, trots att dessa inte tillhör avtalsstatutet?
- På Internet gör en tysk researrangör reklam för exklusiva paketresor till Västindien. En i Sverige bosatt privatperson bokar in sig på en sådan resa genom Internet. Avtalet inkluderar förutom resan, vistelse på ett förstklassigt hotell beläget vid en sandstrand. Efter det att resan påbörjats visar det sig att resenären inte får plats på det förstklassiga hotellet, eftersom det är överbokat. I stället får hon finna sig i att bo på ett sämre hotell. Det hotellet är beläget vid en strand som inte kan utnyttjas på grund av alger. Hon är därför tvingad att ta en taxi till en annan strand för att få någon glädje av sin badsemester. Vid hemresan, som påbörjas en dag före det avtalsenliga hemresedatumet, uppstår förseningar och en ändrad resplan.[855] Efter hemkonsten instämmer resenären den tyska researrangören inför svensk domstol och anför att den

---

Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister m.fl. mot *Österrike*. Se även de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94, *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürg Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula och Trosten Knor* mot *Bundesrepublik Deutschland*, om en medlemsstats åsidosättande av skyldigheten att införliva paketresedirektivet.

853 Om s.k. upplevelsehandel, se prop. 2000/01:135, s. 11. Se även ARN avgörande 1999-06-15; 1998-6760: årsbok 1999 ref. 43.

854 Enligt 5 § 2 st. i den svenska paketreselagen är researrangören bunden av uppgifter i kataloger och broschyrer. Detta bör enligt min uppfattning gälla även information på Internet. Jämför 7 § i lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal. Se även överenskommelsen mellan Konsumentverket och Svenska Rese- och Turistindustrins Samarbetsorganisation som gäller från och med den 2 februari 1993.

855 För ett sådant problemfall, se LG Konstanz, Urt. vom 24.8.1992 – 2 O 241/92: IPRax 1994, s. 448–449. Se även C-400/00, *Club Tour, Viagens e Turismo SA* contre *Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido*.

svenska domstolen är behörig enligt artikel 15 i Bryssel I-förordningen.[856] Gentemot researrangören yrkar hon prisavdrag och skadestånd. Om domstolen skulle finna sig behörig att ta upp tvisten, vilket lands lag skall då läggas till grund för domstolens avgörande?

5.3 Den internationella privaträtten speglar den materiella EG-rätten

I grova drag är den internationella privaträtten en återspegling av den materiella EG-rätten. Den materiella EG-rätten består av en splittrad reglering på tjänsteområdet.[857] På grund av att många av de inom EU reglerade frågorna faller utanför avhandlingen kommer denna reglering inte att diskuteras närmare.[858] Det som är viktigt i detta sammanhang är att det saknas EG-rättslig skyddslagstiftning om *hur* tjänster inom avhandlingsområdet skall utföras och vilka kvaliteter de skall uppfylla.[859]

Enligt Howells och Wilhemsson beror detta på att tjänster har ansetts sakna en gemenskapsrättslig dimension.[860] Såväl inom EU som i den nationella lagstiftningen i flera EU-medlemsstater har man varit återhållsam med regleringar som lägger fast en viss standard eller nivå på hur

[856] Se ovan avsnitt 2.3.4.3.

[857] Se Inventory of Community Acts Relating to Consumer Affairs and Consumer Health Protection.

[858] Se ovan avsnitt 1.4.

[859] Se Howells & Wilhelmsson, s. 324. Se även Inventory of Community Acts Relating to Consumer Affairs and Consumer Health Protection och KOM (2000) 248 slutlig, s. 27, där tjänster av allmänt intresse och finansiella tjänster förklarats vara särskilt problematiska sektorer.

[860] Howells & Wilhemsson, s. 324–325: "The argument that consumer services do not have a significant internal market dimension and therefore EC regulation is not justified is not tenable for several reasons. First, service providers are increasingly selling either across borders or from within the borders of other Member States. The 'home country' control principle requires that minimum levels of consumer protection be guaranteed. Second, some consumers may actively seek out service suppliers in other states, usually for specialist services; but more significantly, any consumer who visits another Member State will be *forced* to use local services. One can choose which state's goods to buy, but when visiting other states local services must be used. Third, some services carried out in one Member State may have effects in another state if consumers or their goods migrate there. Indeed the existence of many EC consumer rules which do apply equally to goods and services suggest that the argument that there is a lack of internal market effects in relation to services is not a viable explanation for the gaps in consumer protection relating to services. Indeed, if we are right in suggesting that there should be a shift away from an internal market to an autonomous consumer protection basis to EC consumer law then this excuse would disappear entirely. The real objection to EC regulation of service standards seems to be the impossibility of fixing the level at which the should be pitched."

tjänster skall utföras.[861] Den fria rörligheten av tjänster utgör dock en av de fyra hörnstenarna i den inre marknaden och självfallet förutsätts inte bara att tjänsterna är säkra, utan också att man kan förvänta sig att de håller en viss fackmässig standard.[862] För konsumenter kan avsaknaden av klarhet och säkerhet beträffande sina rättigheter i nu aktuellt avseende utgöra en allvarlig broms för deras förtroende och tillit för den inre marknaden. Detta kan annars leda till att konsumenter inte utnyttjar de tjänster som erbjuds av säljare i andra EES-länder.

Ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv innebär skillnaderna på den materiella skyddsnivån att lagvalsfrågan blir av stor betydelse. En konsument bosatt i Sverige kan således ha intresse av att svensk lag blir tillämplig i stället för ett annat EES-lands lag. Den senare lagen innehåller kanske en lägre skyddsnivå än den svenska konsumenttjänstlagen som ger ett visst skydd beträffande tjänsters kvalitetet och fackmässiga utförande.[863]

Något annorlunda är förhållandet beträffande paketresor, som inom EES-området underkastats viss skyddsreglering genom paketresedirektivet.[864] På grund av de stora skillnaderna som förelåg i medlemsstaternas nationella lagstiftning ansågs det nödvändigt att anpassa lagarna för att inte en snedvridning skulle uppstå i konkurrensen på den inre marknaden. Det ansågs dessutom nödvändigt att skydda konsumenter genom miniskyddsregler för att de inte skulle avstå från att köpa resepaket i andra stater.[865] Paketresedirektivets regler har dessutom ansetts kunna vara så viktiga att de är internationellt tvingande, dvs. de skall tillämpas oavsett om en rättsordning i ett land utanför EES-området är avtalsstatut.[866]

5.4 Skyddet mot lagvalsavtal enligt Romkonventionen

5.4.1 Tjänsterna har erbjudits och utförts i konsumentens hemland

När det gäller skyddet mot lagvalsöverenskommelser vid köp av tjänster tillämpas artikel 5 i Romkonventionen förutsatt att tjänsterna har erbjudits i konsumentens hemvistland på sätt som anges i den första och den

[861] Se Howells & Wilhemsson, s. 324.
[862] Se KOM (2001) 531 slutlig, s. 3.
[863] Se prop. 1984/85:110, s. 34–36.
[864] Se SEC (1999) 1800 final.
[865] Se ingressen till paketresedirektivet (90/314/EEG).
[866] Se nedan avsnitt 5.5.2 och 8.4.1.3.

andra skyddssituationen i artikel 5.2.[867] Därtill förutsätts att någon del av tjänsterna också utförts i konsumentens hemvistland.

I anslutning till vad som anfördes i avsnitt 2.3.4.4 skall tjänst enligt Romkonventionen förstås i en vidsträckt bemärkelse.[868] Det finns dock ett viktigt undantag angående vilka tjänster som är skyddsvärda. Från tillämpningsområdet av artikel 5 har närmare bestämt undantagits avtal om utförande av tjänster som uteslutande skall utföras i ett annat land än det där konsumenten har sitt hemvist enligt artikel 5.4 b).[869] Detta synes vara en avsevärd inskränkning i det internationellt privaträttsliga konsumentskyddet utöver vad som redan följer av de begränsningar som ligger i skyddssituationerna i artikel 5.2. I artikel 5.4 a) finns också ett undantag avseende transportavtal.[870] Dessa avtal behandlas dock inte i denna undersökning.

För att skyddet mot partshänvisningar skall kunna åberopas synes det räcka med att en mindre del av tjänsterna utförs i konsumentens hemvistland.[871] Det särskilda skyddet enligt artikel 5 bör sålunda kunna tillämpas på ett avtal om en språkkurs om den inleds med en introducerande lektion i Sverige, även om huvuddelen av kursen sedan skall utföras utomlands.

Här visar sig dock en del gränsdragningssvårigheter. Räcker det att en kursdeltagare har fått information, schema och liknande skickat till Sverige för att en del av tjänsterna skall anses ha utförts i Sverige? Svaret måste rimligtvis vara nej. Att låta en så ovidkommande omständighet få betydelse för om skyddet mot partshänvisningar i artikel 5 skall gälla vore inte väl avvägd, om bestämmelsen annars inte vore tillämplig.[872] Kursarrangören skulle då kunna avvakta med informationen tills studenten anlänt till det land där kursen skall äga rum med följden att eventuella kursdeltagare skulle sväva i ovisshet om viktiga frågor som också kan påverka deras beslut att delta.[873]

Hur bör då bedömningen utfalla om studenten efter avtalets ingående bestämmer sig för att flytta till det land där språkkursen äger rum, t.ex.

867 Se ovan avsnitt 4.3.2 och 4.3.3.

868 Ytterligare om tolkningen av begreppet, se t.ex. IPR und Rechtsvergleichung, s. 120; Martiny, Münchener Kommentar, s. 1671 och Spindler, IPRax 2001, s. 405. Se även LG Düsseldorf, Urt. vom 14.1.1994 – 17 U 129/93: IPRspr. 1994 Nr. 23, där terminsaffärer på börs ansågs som ett tjänsteavtal.

869 Se strax nedan avsnitt 5.4.2.

870 Av artikel 5.4 a) framgår att regeln inte är tillämplig på transportavtal, t.ex. på köp av biljett hos en researrangör. Det ansågs inte vara rimligt att en researrangör skulle kunna bli underkastad lagar i alla de länder där biljetter säljs. Se Giuliano & Lagarde, s. 25 och Pålsson, Romkonventionen, s. 73.

871 Se Kaye, s. 209.

872 På samma sätt resonerar Kaye, a. s.

873 A. st.

för att genomföra universitetsstudier i det landet under en längre tid? I denna situation får man förutsätta att det är deltagarens vanliga vistelseort (hemvist enligt denna studies terminologi) vid tidpunkten för avtalet som är den relevanta bedömningsgrunden, även om det inte uttryckligen framgår av artikel 5.[874]

Skyddet i artikel 5 gäller således tjänsteavtal som kan beskrivas ha sviss anknytning till konsumentens hemland.[875] För att skilja skyddsvärda tjänsteavtal från andra tjänsteavtal måste man undersöka i vilket land fullgörelse av tjänsterna skall ske. Detta brukar framgå uttryckligen av avtalet. I annat fall får man söka svaret på den frågan i den tillämpliga lagen såsom den fastställts enligt Romkonventionens lagvalsregler.[876]

Inte ens om tjänsterna har utförts i Sverige är det säkert att skyddet mot partshänvisningar kan aktualiseras. Således kan inte fru B, som i exempelfallet ovan i avsnitt 5.1 fått en värmepanna felaktigt installerad, stödja sig på artikel 5, och det skydd som denna bestämmelse avser att ge. Hantverkaren har inte marknadsfört sig eller på annat sätt kontaktat fru B i Sverige, varför skyddssituationerna i artikel 5.2 inte är för handen. I stället är lagvalsfriheten i princip oinskränkt enligt artikel 3 i Romkonventionen.

5.4.2 Undantaget enligt artikel 5.4 b)

Som redan konstaterats gäller inte skyddet mot lagvalsklausuler sådana avtal om tjänster som kan ha marknadsförts i konsumentens hemvistland, men som uteslutande skall utföras i *ett annat land*. Av ordalydelsen i artikel 5.4 b) framgår att artikel 5 inte skall tillämpas på avtal om utförande av tjänster, om tjänsterna skall genomföras uteslutande i ett annat land än det där konsumenten har sitt hemvist. I stället skall den allmänna regeln i artikel 3 användas.[877]

Undantagsbestämmelsen verkar främst ta sikte på hotellvistelser i andra länder och på undervisningsavtal (språk-, skid- eller seglarkurser och liknande) som skall genomföras utomlands.[878] Förklaringen till undantagsbestämmelsen är att om en konsument är beredd att åka utomlands för att få tillgång till vissa tjänster får hon också finna sig i att utländsk rätt kan komma att tillämpas på hennes avtalsrättsliga ställning. I dessa fall kan därför inte konsumenten förvänta sig något skydd.[879]

[874] Se Kaye, s. 209.
[875] Se Martiny, Münchener Kommentar, s. 1674.
[876] A. st.
[877] Om artikel 3, se ovan avsnitt 3.3.1.1.
[878] Se Martiny, Münchener Kommentar, s. 1674.
[879] Se Giuliano & Lagarde, s. 24. Jämför dock Morse, ICLQ 1992, s. 5.

I Giulianos och Lagardes rapport kan man följaktligen läsa:

> "Similarly, in the case of contracts relating to the supply of services (for example, accomodation in a hotel, or a language course) which are supplied exclusively outside the State in which the consumer is resident, the latter cannot reasonably expect the law of his State of origin to be applied in derogation from the general rules of Articles 3 and 4."

Direkt därefter kan man ta del av ytterligare ett argument för undantagsbestämmelsen i artikel 5.4 b):

> "In the cases referred to under (b) the contract is more closely connected with the State in which the other party is resident, even if the latter has performed one of the acts described in paragraph 2 (advertising, for example) in the State in which the consumer is resident."

Ingen av dessa förklaringar tycks riktigt tillfredsställande. Det är svårt att inse, i enlighet med den första motiveringen, varför en konsument som har blivit kontaktad av en säljare etablerad utomlands och därefter träffat avtal om vissa tjänster är mindre skyddsvärd än en konsument som i motsvarande situation köpt varor.[880]

Att vidare hänvisa till rättsordningen i den stat till vilken den närmaste anknytningen finns torde också kunna ifrågasättas. Det är inte där gällande lag som artikel 5 avser. Artikel 5 identifierar snarare vissa skyddsvärda situationer på vilka den lag som konsumenten förlitar sig på och är mest bekant med tillämpas.[881] Bestämmelsen i artikel 5 förutsätter att tillämpningen av den för konsumenten mest förmånliga lagen skall gälla. Detta gäller även om avtalet kanske har sin objektivt sett mest relevanta anknytning till ett annat land än konsumentens hemvistland.[882]

Undantagsbestämmelsen förefaller däremot kunna förklaras med vad som brukar kallas en ursprungslandsprincip, dvs. leverantören av tjänster skall följa lagen i etableringslandet.[883] Principen, som i första hand förekommer i marknadsrättsliga sammanhang, betyder att det är det land där leverantören är etablerad som skall utöva kontroll över verksamheten och tillse att denna överensstämmer med interna regler tillämpliga i den staten.[884] Det vore exempelvis mindre lämpligt ifall ett hotell i ett land

[880] Kritiskt härtill är även Howells & Wilhelmsson, s. 324.

[881] Se avsnitt 4.6.1.

[882] Se avsnitt 4.2 ovan om att vissa lagvalsregler tillåter att parterna själva bestämmer vilket lands lag avtalet skall ha sin närmaste anknytning till. Se även Dicey & Morris, s. 1292–1293 och de Boer, RabelsZ 1990, s. 36–38.

[883] Se SOU 1999:106, s. 81–82.

[884] Se skr. 2001/02:148, s. 29.

förväntas underkasta sin verksamhet regleringarna i ett annat land, om hotellet uppfyller den standard som gäller i etableringslandet.

Man kan emellertid fråga sig om detta även bör gälla avtalsrättsliga förpliktelser som ingåtts efter att hotellet marknadsfört sig i konsumentens hemland. Enligt egen uppfattning bör även de avtalsrättsliga förpliktelserna underkastas lagen i hotellets land enligt undantagsbestämmelsen.[885] Utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv skulle man annars kunna befara att ökade kostnader för tjänsteutövarens anpassning av verksamheten till flera rättsordningar skulle kunna övervältras på konsumenter. Då kan man misstänka att prisskillnader på den inre marknaden blir mindre och att konsumenter inte kan utnyttja dessa till sin fördel.

Undantagsbestämmelsen kan även leda till s.k. kvalifikationsproblem, dvs. svårigheter att veta under vilken lagvalsregel en tvistefråga skall underordnas.[886] Gränsdragningsproblem vid tillverkningsavtal kan exempelvis uppkomma. Huruvida en avtalstvist anses gälla köp av vara eller tjänst kan få betydelse för en konsuments rättsliga ställning. Antag t.ex. att svenska dagstidningar innehåller annonser där thailändska skräddare erbjuder sina tjänster efter måttagning på svenska hotell. Tjänsterna utförs sedan i Thailand. Om en tvist om ett sådant avtal kvalificeras som en tjänst har en konsument inte något skydd mot partshänvisningar, eftersom tjänsten skall utföras uteslutande i ett annat land. Kvalificeras den däremot som köp av vara finns ett skydd mot partshänvisningar enligt artikel 5 i Romkonventionen.[887] I en nu diskuterad situation vore det rimligt om gränsdragningen görs mot bakgrund av EG-direktivet (99/44/EG) om vissa rättsliga aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier. Enligt denna reglering jämställs i princip vissa tillverkningsavtal med avtal om köp av varor.[888]

5.4.3 Risk för "law shopping"?

Undantagsbestämmelsen i artikel 5.4 b) kan framstå som mindre lämplig även av andra anledningar. Den verkar i vissa fall kunna uppmuntra till s.k. "law shopping through forum shopping". Härmed avses att käranden ensidigt väljer forumland med hänsyn till var det kan antas att de för henne mest förmånliga lagvalsreglerna tillämpas.[889]

[885] Det anser inte Morse, ICLQ 1992, s. 5 not 24.

[886] Om kvalifikation, se nedan avsnitt 7.3.

[887] Se ovan avsnitt 2.3.4.4.

[888] A. st.

[889] Om forum shopping och "law shopping", se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 70–73. Se även Bogdan, Svensk IP, s. 34.

"Law shopping" kan i sig ses som en naturlig följd av att olika länder har olika lagvalsregler. I en avtalsrelation av "EU-internt" slag är den av begränsad relevans, eftersom samtliga EU-medlemsstater är bundna av Romkonventionens lagvalsregler.[890] I förhållande till stater utanför EU kan det rent allmänt löna sig med sådana här hänsynstaganden. Det förutsätter dock en rad krävande undersökningar varför hänsynstaganden av detta slag inte framstår som särskilt motiverade i konsumenträttsliga tvister. Här får man inte heller bortse från de processekonomiska aspekterna; en rättslig process i ett annat land kan vara mycket dyr. I internationellt privaträttsliga sammanhang kan man likväl inte bortse från sådana här processtaktiska överväganden.

Här kan det därför vara intressant att återvända till det exempelfall som inledde avsnitt 5.1. I det fallet tvistar en svensk student med ett schweizisk språkinstitut om vissa tjänster som uteslutande skall utföras i Schweiz. Avtalet lyder under en rättsordning utanför EES-området och som inte antas känna några skyddshänsyn. I den nu beskrivna situationen synes studentens rättsliga ställning kunna bli beroende av om tvisten prövas i Sverige eller i Schweiz.

Skulle saken tas upp till prövning vid svensk domstol synes den valda utomstående lagen böra gälla enligt Romkonventionen, även om avtalet ingåtts under en enligt artikel 5.2 skyddsvärd situation (annonsering har skett i Sverige och studenten har vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna här). Av undantagsbestämmelsen följer att skyddet mot partshänvisningar i artikel 5.2 inte gäller eftersom tjänsterna uteslutande skall utföras i Schweiz.[891]

Skulle tvisten däremot tas upp av en schweizisk domstol gäller andra lagvalsregler. En schweizisk domstol förefaller enligt vad som framkom i avsnitt 4.3.5 överhuvudtaget inte kunna tillmäta en partshänvisning relevans enligt artikel 120 i den schweiziska internationellt privat- och processrättsliga lagen (IPRG).

Artikel 120 IPRG uppvisar som nämnts i avsnitt 4.4.3.5 likheter med artikel 5 i Romkonventionen. Den skiljer sig dock härvidlag eftersom den inte innehåller något undantag för avtal om tjänster som uteslutande skall utföras i ett annat land än konsumentens hemvistland. Enligt artikel 120 är partshänvisningar inte tillåtna i vissa konsumentavtal om varor eller tjänster som ingåtts efter säljarens marknadsföringsåtgärder i konsumentens hemvistland. Enligt min bedömning av rättsläget skulle en

[890] Se Giuliano & Lagarde, s. 5, där det anges att en av anledningarna till Romkonventionens tillkomst var att man ville undvika forum shopping.

[891] Partshänvisningen gäller dock naturligtvis bara såvida den inte skall underkännas av andra skäl, t.ex. på grund av att den skall jämkas enligt 36 § avtalslagen.

schewizisk domstol i en dylik situation i stället tillämpa svensk lag som är lagen i det land där konsumenten har sitt hemvist.

Ett val av schweizisk domstol kan vara lyckat även av andra skäl. Man kan utgå från att verkställigheten inte stöter på problem i det land där det är intressant att avgörandet gäller, nämligen i Schweiz där språkinstitutet har tillgångar, eftersom verkställighetslandet är detsamma som forumlandet.

I det nu beskrivna fallet kan alltså även ett "race to the courts" löna sig. Den part som först hinner väcka talan belönas genom en tillämpning av de för denna part mest förmånliga lagvalsreglerna.[892]

5.4.4 Gäller undantaget om tjänsterna skall utföras i flera länder?

Ett annat problem med artikel 5.4 b) i Romkonventionen är att den enligt sin ordalydelse bara verkar omfatta avtal om tjänster där dessa skall utföras *i ett land*, inte i flera olika länder när inget av dessa länder är konsumentens hemvistland.[893]

Om vi något ändrar förutsättningarna i exempelfallet och antar att språkkursen i regi av det schweiziska språkinstitutet utförs såväl i Schweiz som i Frankrike synes alltså inte undantagsbestämmelsen i artikel 5.4 b) gälla. Då förefaller studenten ha det skydd mot partshänvisningar som artikel 5.2 i Romkonventionen erbjuder. Den nära anknytningen till säljarens land som motiverat undantaget i artikel 5.4 b) synes då inte existera. Detta är en märklig ordning, som inte bidrar till någon förutsebarhet ur konsumentsynvikel.

5.4.5 Gäller undantaget finansiering av tjänster?

Undantaget i artikel 5.4 b) i Romkonventionen förefaller inte heller omfatta finansiering av tjänster.[894] Krediter avsedda att finansiera tjänster är en särskild kategori av avtal som regleras i artikel 5. Det framgår också tydligt av artikel 5.1.[895] Det följer inte av ordalydelsen i artikel 5.4 b) att sådana avtal skulle vara undantagna från det i artikel 5 avsedda skyddsområdet, utan undantagsbestämmelsen angår enbart avtal om tjänster.

[892] Detta gäller dock under förutsättning att formlandets internationella privaträtt inte tillåter renvoi (åter- eller vidareförvisning). Om renvoi, se Vischer, IECL 1999, s. 21–22.

[893] Se Bogdan, TfR 1982, s. 30. Om undantaget i Internetsammanhang, se Spidler, IPRax 2001, s. 408.

[894] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 73 not 46 och Arnt Nielsen, Dansk IP, s. 516. Se även från tysk rättspraxis BGH, Urt. vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93: IPRax 1994, s. 449–452.

[895] Se även ovan avsnitt 2.3.4.4.

För denna tolkning talar att ett kreditavtal avseende tjänsteförpliktelser normalt har en stark anknytning till konsumentens hemvistland. Konsumenten behöver normalt inte ha givit sig av utomlands för att ta krediten i anspråk. Konsumenten skall dessutom regelmässigt fullgöra sin avtalsförpliktelse i sitt hemvistland, dvs. att betala för utnyttjandet av krediten. När konsumenten träffar ett kreditavtal avseende finansiering av tjänster med en utländsk säljare eller ett utländskt kreditinstitut under de situationer som anges i artikel 5.2 är konsumenten knappast mindre skyddsvärd än när det gäller en likvärdig kredit förmedlad av en inhemsk säljare eller ett inhemskt kreditinstitut.[896]

Konsekvensen blir då att ett tjänsteavtal och ett kreditavtal avsett att finansiera tjänsterna kan komma att betraktas som två helt fristående avtal, som kan vara underställda regler i två separata rättsordningar.[897]

Här kan anknytas till exempelfallet i avsnitt 5.1 där en konsument bl.a. genom ett kreditavtal med ett nederländskt kreditbolag finansierat köp av vissa tjänster som uteslutande skulle utföras i Nederländerna.

I förhållandet mellan konsumenten och den nederländska näringsidkaren som åtagit sig att förvara en segelbåt och att iordningställa den är utgångspunkten att artikel 5 är tillämplig. Tjänsterna har köpts av konsumenten för ändamål som faller utanför affärsverksamhet. Den första skyddssituationen i artikel 5.2 är uppfylld, eftersom konsumenten fått ett särskilt anbud i form av en adresserad trycksak riktat till sig, som hon har tagit ställning till i Sverige. Då tjänsterna emellertid uteslutande skall utföras i Nederländerna kan konsumenten inte luta sig mot hemvistlandets lag enligt artikel 5. I stället tillämpas nederländsk lag på tjänsteavtalet. Inte heller skulle konsumenten ha något skydd mot lagvalsavtal, om det hade varit så att avtalet med den nederländska näringsidkaren innehållit ett sådant.

Det återstår då att ta ställning till vilken lag som skall gälla för det kreditavtal som konsumenten träffat för att finansiera tjänsterna, och om den valda engelska lagen gäller i sin helhet eller om konsumenten kan stödja sig på svenska regler.

Enligt vad som förespråkats ovan tyder artikel 5.4 b) på att avtal om finansering av tjänster inte omfattas av undantaget. Konsumenten skulle således kunna stödja sig på svenska regler enligt artikel 5.2 för att göra samma invändningar mot kreditgivaren som hon kan göra mot säljaren, eftersom kreditavtalet ingåtts till följd av att den nederländska näringsidkaren marknadsfört sig här.

[896] Så resonerade den tyska högsta domstolen i avgörandet BGH, Urt. vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93: IPRax 1994, s. 449–452.

[897] Se NJA 2001 s. 138.

Kan emellertid näringsidkarens marknadsföringsåtgärder tillskrivas kreditbolaget? Kreditbolaget har som en särskild kreditgivare genom lånet lämnat anstånd med betalning. I detta exempelfall synes en överenskommelse finnas mellan det nederländska kreditbolaget och den nederländska näringsidkaren, då kreditbolaget lämnar kredit för samtliga inköp hos näringsidkaren.[898] Därför bör troligtvis näringsidkarens marknadsföringsåtgärder i konsumentens hemvistland även tillskrivas kreditbolaget. Då undantaget i artikel 5.4 b) inte förefaller gälla finansiering av tjänster bör således konsumenten kunna förlita sig på svenska konsumentkreditregler om dessa är mer förmånliga för henne än motsvarande regler i den valda engelska rättsordningen.

Följden blir då att bedömningen av huruvida tjänsterna utförts på ett avtalsenligt sätt avgörs enligt den tillämpliga nederländska lagen enligt artikel 4.2 i Romkonventionen.[899] Kreditförpliktelserna bedöms däremot enligt svenska regler om konsumenten väljer att åberopa dessa enligt artikel 5.2. Konsumenten kan enligt 16 § i förening med 18 § och 3 § i den svenska konsumentkreditlagen (1992:830) göra samma invändningar och anspråk mot kreditbolaget som hon kan göra mot den nederländska näringsidkaren.[900]

Ett dylikt system är invecklat. Samtliga inblandade parter får svårt att förutse vilka regler som i slutändan kommer att tillämpas på deras inbördes förhållande, och uppenbara rättstillämpningsproblem verkar kunna uppstå. Även i detta sammanhang kan således hävdas att Romkonventionens konsumentskydd är för invecklat.[901]

5.4.6 Utflyktsförsäljning av tjänster

Den tredje skyddssituationen i artikel 5.2 gäller s.k. gränsöverskridande utflyktsförsäljning.[902] Skyddet mot lagvalsklausuler gäller dock bara beträffande varor, inte köp av tjänster. Gränsöverskridande utflyktsförsäljning av varor ansågs vid tidpunkten för Romkonventionens tillkomst vara betydligt vanligare än köp av tjänster på detta sätt.[903] Därför saknades ett behov av att utsträcka skyddet också till dessa situationer.

[898] Se Lüderitz, IPRax 1990, s. 219.

[899] Se nedan avsnitt 5.6.2.

[900] Invändningar på grund av köp av tjänsterna åsyftar invändningar som grundas på bestämmelser i avtalet enligt lagregler i konsumenttjänstlagen. Hit hör främst påståenden om fel som berättigar konsumenten att hålla inne betalning till felet avhjälpts eller vid hävning rätten att återfå sina prestationer. Se vidare prop. 1976/77:123, s. 169–172.

[901] Se även ovan kritiken i avsnitt 4.5.3.

[902] Se ovan avsnitt 4.3.4.

[903] Se närmare även Giuliano & Lagarde, s. 24.

Howells och Wilhelmsson har föreslagit att denna skyddssituation utvidgas till att omfatta t.ex. organiserade resor, där en säljare arrangerar en resa till en skönhetssalong utomlands för att försöka förmå konsumenter att köpa tjänster.[904] Varför skall konsumenter som åker på en arrangerad resa och som köper tjänster behandlas sämre än konsumenter som köper varor, om säljaren marknadsfört sig i konsumentens hemvistland och dessutom arrangerat en resa?

Denna synpunkt har säkerligen i dag mer tyngd än vid Romkonventionens tillkomst år 1980. Det har blivit vanligt att näringsidkare arrangerar gränsöverskridande utflyktsresor för att sälja tjänster. Det förekommer t.ex. att skönhetsoperationer – ansiktslyftningar, bröstförstoringar, osv. – erbjuds konsumenter bosatta i Sverige och utförs i Estland.[905] I priset ingår resan till den estniska klinik där ingreppet utförs. En viss efterbehandling i form av läkarkontroll skall sedan ofta ske i Sverige.

De kontraktsrättsliga aspekterna på ett sådant avtal måste anses falla in under Romkonventionens lagvalsregler. Huruvida de i enlighet med Howells och Wilhelmssons rekommendation även kan anses falla in under Romkonventionens särskilda skräddarsydda lagvalsregel för konsumentavtal är dock mer tveksamt, även för det fall tjänsterna till viss del skall utföras i Sverige.

Tillkomsthistorian av artikel 5.2 och den tredje skyddssituationen tydliggör att det bara är köp av *varor* som avses.[906] Tjänster som förvärvats på detta sätt inryms därför inte under skyddet. I detta fallet verkar det enligt Romkonventionen råda full avtalsfrihet om tillämplig lag. Om den tredje skyddssituationen med hänsyn till en konsuments skyddsbehov i dagsläget skulle utsträckas till att omfatta även tjänster som förvärvas under gränsöverskridande utflyktsförsäljning finns en fara att rättpraxis i konventionsstaterna utvecklas åt olika håll. Konventionens lagvalsregler tolkas och tillämpas då kanske inte enhetligt, vilket då blir ett brott mot artikel 18 i Romkonventionen. I stället finns anledning att se över regleringen i artikel 5 och lagstiftningsvis utvidga det avsedda skyddet.

[904] Se Howells & Wilhelmsson, s. 273–274.
[905] Se Folcker, DN 29.12.2000.
[906] Se Giuliano & Lagarde, s. 24. Se även ovan avsnitt 4.3.4.

5.4.7 Undantag från undantagsbestämmelsen i artikel 5.4

Undantaget i artikel 5.4 gäller inte för vissa reseavtal enligt artikel 5.5.[907] Enligt bestämmelsen skall skyddet som artikel 5 avser att ge tillämpas på avtal som innebär att den ena parten för ett totalpris skall prestera en kombination av resa och inkvartering för ett gemensamt pris, en s.k. paketresa.[908]

Detta undantag från undantaget kan motiveras av att paketresor inte är individuellt utformade och att de ofta erbjuds på samma sätt som inhemska resor.[909] Konsumenten skall därför inte behöva anpassa sig till utländsk rätt utan kunna förlita sig på hemvistlandets lag.

Betydelsen av artikel 5.5 är att den säkerställer ett visst skydd också i situationer där näringsidkaren enligt paketreseavtalet påbörjar resan från ett annat land.[910] Det är således varken nödvändigt att resan påbörjats i konsumentens hemland eller att någon tjänst har utförts där för att skyddet mot partshänvisningar skall gälla. Skyddet gäller dock bara för de paketreseavtal som ingåtts i sådana skyddssituationer som anges i artikel 5.2 och att paketresan har förvärvats för ändamål som faller utanför köparens affärsverksamhet.[911]

Det framgår av Giuliano och Lagarde-rapporten att uttrycket paketresa inte var oproblematiskt.[912] Arbetsgruppen som utformade Romkonventionen begränsade sig därför till en definition där bara huvuddragen i en paketresa anges, dvs. en kombination av resa och inkvartering för ett gemensamt pris. I övrigt lämnas det till konventionsstaternas domstolar att lösa eventuella gränsdragningsproblem.[913]

Det anges dock i rapporten att inkvartering, som är en del av en paketresa, normalt måste vara åtskild från transporten/resan.[914] Sålunda kan inte en konsument som köpt övernattningsbiljett i en liggvagn på tåg räkna med skyddet mot partshänvsningar som artikel 5.5 avser att försäkra.[915] Detta bör dock inte anses gälla avtal där inkvartering utgör en del av utformningen av semesterresan, t.ex. en kryssningsresa i Medelhavet. Kon-

[907] Enligt artikel 5.4 p. a) är alla transportavtal undantagna, vilket ur konsumentperspektiv har betydelse för tåg, flyg, eller annat transportmedel. Dessa avtal skall i stället regleras av de allmänna reglerna i artiklarna 3 och 4 i Romkonventionen för såvitt de inte regleras av specialkonventioner.

[908] Se Giuliano & Lagarde, s. 25 och prop. 1997/98:14, s. 45.

[909] Se Martiny, Münchener Kommentar, s. 1674.

[910] Se Giuliano & Lagarde, s. 25. Se även Dutoit, European PIL, s. 54.

[911] Se ovan avsnitten 2.3.4.4 och 4.3.

[912] Se Giuliano & Lagarde, s. 25.

[913] A. st.

[914] A. st.

[915] Om paketresor, se t.ex. Bar, s. 320–321.

sumentskyddet aktualiseras således om en i Sverige bosatt konsument beställer en kryssningsresa där passage sker genom flera länder. Om exempelvis en svensk konsument beställer en kryssningsresa som utgår från Elba, dit personen tar sig på egen hand, är artikel 5 tillämplig även om resepaketet inte omfattar en resa som börjar från konsumentens hemland eller omfattar några tjänster som skall tillhandahållas i Sverige.[916]

Svåra gränsdragningsproblem kan dock uppstå om en konsument på egen hand beger sig utomlands och erhåller inkvartering på ett hotell i kombination med en organiserad utflykt och turistguidning. Kan detta ses som en paketresa i Romkonventionens bemärkelse? Det finns anledning att tro att dessa avtal inte omfattas av artikel 5.5, om inte annat så på grund av att förutsättningarna i artikel 5.2 inte är uppfyllda.[917] Då gäller i stället Romkonventionens allmänna regel om partsautonomi i artikel 3.

Det vore enligt min mening i vissa fall därför lämpligt om också sådana arrangemang som inkluderar resa *eller* inkvartering *och* någon annan turisttjänst omfattades av begreppet paketresa i artikel 5.5, förutsatt att näringsidkaren marknadsfört sig på ett sätt som anges i artikel 5.2, och tjänsterna erbjuds för ett kombinerat pris.[918] En turisttjänst skulle kunna vara teater-, opera-, film- eller museibesök eller en naturutflykt som erbjuds av en näringsidkare i samband med transport eller inkvartering. Det skulle då råda överensstämmelse mellan de paketresor som omfattas av EG-direktivet (90/314/EEG) om paketresor, semesterpaket och andra researrangemang (artikel 2), och därpå grundade nationella lagar, samt den internationella privaträtten inom EU-staterna.[919]

Den konsument som i avsnitt 5.1 träffat ett paketreseavtal om en valsafari med en dansk resebyrå behöver dock inte oroa sig för dylika gränsdragningsproblem, utan hon har det skydd mot partshänvisningar som ges i artikel 5.2. Konsumenten är berättigad till skyddet som svenska regler om paketresor ger, då den danska resebyrån marknadsfört sig i Sverige och konsumenten agerat på marknadsföringen i Sverige. Resebyrån kan inte genom att infoga en partshänvisning i sina allmänna avtalsvillkor kringgå tvingande svensk konsumentskyddslagstiftning. Resebyrån är alltså bunden av den information som tillhandahållits kon-

916 Se Pålsson, Romkonventionen, s. 74.

917 Se Kaye, s. 208.

918 Detta indikeras också i prop. 1997/98:14, s. 45, i anslutning till artikel 5.5: "De tjänster som avses är väsentligen de som omfattas av EG-direktivet 90/314/EEG om paketresor, semesterpaket och andra researrangemang (se 2 § lagen om paketresor)."

919 Se dock C-237/97, *AFS Intercultural Programs Finland ry*. I förhandsavgörandet förklarar EG-domstolen att paketresedirektivet (90/314/EEG) bl.a. inte omfattar utbytesresa för skolelever med boende i värdfamilj.

sumenten i broschyrer och liknande.[920] Konsumenten borde således ha rätt till ett visst prisavdrag enligt svensk rätt.[921]

Det är viktigt att påpeka att även om paketreseavtalet blir underkastat lagen i konsumentens hemvistland kan de olika i avtalet ingående prestationerna i vissa fall behöva anpassas till en annan rättsordning. Även om tvingande konsumenträttslig lagstiftning i konsumentens hemland föreskriver att hotellrum inte behöver utrymmas före klockan tolv på avresedagen kan undantag behöva göras vid inkvartering i ett annat land med andra bestämmelser.[922]

5.5 Direktivbaserade lagvalsregler

5.5.1 När gäller skyddet?

Som tidigare framgått (i avsnitt 3.3.1.2 och 4.5) innehåller svensk rätt flera "ofullständiga" direktivbaserade lagvalsregler som går före Romkonventionens lagvalsregler.[923] De i det nu aktuella sammanhanget relevanta bestämmelserna återfinns i 13 § i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorslagen) och i 23 § i lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen).

Båda bestämmelserna har tillkommit i syfte att rätta till alltför långtgående verkningar av partshänvisningar. Den problematik som dessa bestämmelser ger upphov till är således begränsad till situationer där det finns en klausul om tillämplig lag.

[920] Se ovan not 854. Se även C-192/94, *El Corte Inglés* mot *Cristina Blázquez Rivero*. Förhandsavgörandet gällde frågan om en konsument som köpt en paketresa i förhållande till en kreditgivare kunde stödja sig på rådets direktiv (87/102/EEG) av den 22 december 1986 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och författningar om konsumentkrediter trots att direktivet inte hade införlivats med spansk lag inom den föreskrivna fristen. EG-domstolen slog fast att ett direktiv inte har effekt förrän det har införlivats i nationell rätt. Således har inte ett direktiv direkt effekt och kan inte skapa rättigheter och skyldigheter mellan enskilda ens i de fall där en medlemsstat i nationell rätt inte i tid genomfört direktivet. I förhandsavgörandet rekommenderade dock EG-domstolen den spanska domstol som begärt förhandsavgörandet att tolka spansk lag så att den bringas i överensstämmelse med det icke-genomförda direktivet. Av Lando, ERPL 2000, s. 67, får vi dock veta att den nationella spanska domstolen inte använde denna: "However, in his judgment following the ruling, the Spanish Juzgado de Primavera Instancia, Sevilla, refused to use this 'interpretation' which invited him to violate the clear text of the Spanish civil code."

[921] Se 5 § och 16 § i paketreselagen.

[922] Bogdan, TfR 1982, s. 30.

[923] Se ovan avsnitt 4.5.2 om den inbördes relationen mellan direktivbaserade lagvalsregler och Romkonventionen.

Regleringen i 13 § avtalsvillkorslagen tillämpas såvitt gäller regler om oskäliga avtalsvillkor över hela konsumentskyddsområdet och angår således köp av varor, tjänster, paketresor och varje annat gränsöverskridande avtal som ingåtts av en konsument huvudsakligen för ändamål utanför affärsverksamhet.[924] För denna regel har närmare redogjorts i avsnittet 4.5.3 varför jag får hänvisa dit.

När det gäller 23 § distansavtalslagen gäller denna skyddsreglering köp av varor och tjänster som ingåtts på distans. För att bestämmelsen skall vara tillämplig förutsätts emellertid att det är fråga om ett sådant distansavtal som avses i 1 § distansavtalslagen. Det finns alltså anledning att återknyta till den diskussion som påbörjades i avsnitt kapitel 2 om det oenhetliga konsumentavtalsbegreppet. Distansavtalslagen omfattar bl.a. de köp av tjänster som görs på Internet, genom TV och postorder, per telefon eller brev och liknande sätt där parterna inte träffats personligen. Vidare krävs att avtalet ingåtts under ett av näringsidkaren organiserat system för distansförsäljning.[925] Undantag från lagens tillämpningsområde har dock gjorts beträffande vissa typer av distansavtal (bl.a. avseende kredit).[926]

För att lagens skyddsregler skall vara tillämpliga synes det finnas ett krav på viss försäljningsinriktning eller en viss kontinuitet i distansförsäljningen. Denna slutsats synes också ha dragits i betänkandet "Konsumenterna och IT" (SOU 1999:106). Enligt betänkandet måste "säljaren ha en plan och en viss kontinuitet i sin försäljning".[927] I propositionen till distansavtalslagen anges dock, med hänvisning till vad som diskuterats vid de nordiska departementsöverläggningarna, att distansförsäljningen inte behöver vara särskilt väl organiserad eller ha särskild intensitet utan kravet kan härvidlag ställas relativt lågt.[928]

[924] Den danska KO larmar inom ramen för RICC, Réseau International de Contrôle de la Commercialisation (som är ett nätverk för samarbete mellan myndigheter som ansvarar för tillämpning av konsumenträtt), om nya metoder när det gäller avtalsvillkor. Hyrbilsavtal som konsumenter förmås att underteckna under sin semester i utlandet innehåller avtalsvillkor enligt vilka konsumenter ger sitt medgivande för debitering på kontokort av ytterligare kostnader, skadestånd som uppkommer genom olyckor, etc. Problemen med den här typen av avtalsvillkor är att eftersom konsumenten undertecknat avtalet helt på tredje lands territorium, och det inte innehåller någon lagvalsklausul, är artikel 6 p. 2 i avtalsvillkorsdirektivet (93/13/EEG) inte tillämplig. Se KOM (2000) 248 slutlig, s. 35.

[925] Se prop. 1999/2000:89, s. 25–26.

[926] Se 3 § i distansavtalslagen. För ytterligare avgränsningar, se 4–7 §§ i den nu aktuella lagen.

[927] SOU 1999:106, s. 78.

[928] Se prop. 1999/2000:89, s. 25–26.

Det måste dock framgå att näringsidkaren vill ha beställningen på distans.[929] Exempelvis kan en säljare erbjuda tjänster på Internet där en konsument kan göra en beställning genom att klicka på en symbol på datorskärmen eller genom att ringa till företaget i fall där ordertelefonnummer eller om beställningsformulär bifogas erbjudandet. Det bör då vara fråga om ett organiserat system för att träffa avtal på distans.[930]

Detsamma skall gälla om en konsument ringer och beställer tjänster som bjuds ut i TV-sända reklaminslag. Syftar en annons allmänt till att marknadsföra ett företag, locka kunder till en butik eller i övrigt underlätta kundkontakter torde det enligt förarbetsuttalanden normalt inte vara att anse som ett organiserat system för att träffa avtal på distans, även om ett telefonnummer anges i en annons och det leder till ett ökat antal beställningar per telefon.[931]

Inte heller bör kravet anses uppfyllt om en konsument ringer ett ordertelefonnummer som angivits i en annons och beställer en annan än den i annonsen utbjudna varan eller tjänsten. Även om man här kan påstå att säljaren har en avsikt att träffa avtal på distans, anses den avsikten gälla endast de varor och tjänster som beskrivits i annonsen.[932]

Här finns uppenbara problem. Varför skall den näringsidkare som i sin annons beskriver de varor eller tjänster som erbjuds samt priserna på dem tillsammans med ett ordertelefonnummer underkastas strängare regler än kollegan som bara anger sitt namn och telefonnummer och marknadsför sig på ett mycket allmänt sätt, t.ex. genom att bara ange den aktuella branschen av varor eller tjänster?

Det krävs dessutom att kommunikationen uteslutande har skett på distans för att det skall vara fråga om ett distansavtal, dvs. parterna får inte före eller vid avtalets ingående ha träffats personligen.

Det bakomliggande distansavtalsdirektivet innehåller en vägledande lista över olika tekniker för distanskommunikation.[933] Vid den svenska direktivanpassningen valde man att inte inkludera listan i lagtexten, inte heller definierades uttrycket kommunikation på distans.[934] En definition befarades kunde sätta snävare gränser än vad som avsetts i direktivet. Fördelen med att i lagtexten avstå från en definition är att det ger utrymme för en utveckling av försäljningsformer på distans, anpassad till

[929] Se prop. 1999/2000:89, s. 25.
[930] Se a. prop., s. 25–26.
[931] Se a. prop., s. 26.
[932] A. st.
[933] Se a. prop., s. 14.
[934] Enligt artikel 2.4 i distansavtalsdirektivet avses med tekniker för distanskommunikation varje teknik som utan att konsumenten och leverantören är fysiskt närvarande, kan användas för ingående av avtal mellan dessa parter. Se a. prop., s. 27–28.

samhällsförändringar och teknisk utveckling. De försäljningsformer vi känner idag kanske i framtiden har ersatts av andra försäljningsformer. Nackdelen med att inte närmare precisera vad som avses med kommunikation på distans är den osäkerhet som följer om lagens tillämpningsområde.

Är förutsättningarna för att tillämpa 23 § i distansavtalslagen uppfyllda när det gäller den svenska konsumenten som i exempelfallet i avsnitt 5.1 beställt en tjänst i Nederländerna avseende förvaring och iordningställande av en båt?

Bestämmelsen i 23 § distansavtalslagen förutsätter för sin tillämpning att ett distansavtal innehåller en partshänvisning till en lag utanför EES-området, men att en EES-stats lag vore tillämplig i avsaknad av en sådan överenskommelse.[935] I det nu aktuella exempelfallet finns ingen partshänvisning i tjänsteavtalet, och därför är inte 23 § i distansavtalslagen aktuell. Den direktivbaserade regeln skyddar alltså inte mot att allmänna regler i Romkonventionen utpekar en lag i ett EES-land som ger konsumenten ett sämre skydd än hon skulle ha enligt lagen i hemvistlandet.[936]

Hade avtalet däremot innehållit en partshänvisning till en lag utanför EES-området skulle skyddet enligt 23 § aktualiseras förutsatt att den annars tillämpliga EES-lagen ger ett mer förmånligt skydd än den avtalade lagen.[937]

Vid en första anblick verkar skyddsregeln i 23 § distansavtalslagen också vara tillämplig på avtal om paketresor som slutits på distans. Dessa avtal har inte undantagits från lagens tillämpningsområde, se 3–5 §§. De regler om distansavtal som 23 § i distansavtalslagen avser – näringsidkarens informationsskyldighet enligt 10 § och konsumentens ångerrätt enligt 13–20 §§ – gäller emellertid *inte* avtal om paketresor enligt 7 §:

> "distansavtal om inkvartering, transport, servering, catering eller någon annan liknande tjänst, eller kulturevenemang, idrottsevenemang eller någon annan liknande fritidsaktivitet, under förutsättning att näringsidkaren i avtalet åtar sig att tillhandahålla tjänsten på en bestämd dag eller under en bestämd tidsperiod".[938]

Konsumenten som i exemplet i avsnitt 5.1 bokat en paketresa till Västindien på Internet hos en tysk researrangör kan alltså inte räkna med något skydd mot partshänvisningar enligt denna direktivbaserade bestämmelse. Denna enligt min mening något märkliga avgränsning av bestäm-

935 Se prop. 1999/2000:89, s. 100.

936 A. st.

937 Enligt de slutsatser som drogs i avsnitt 3.3.3.2 och 3.3.4.4 är det konsumenten som måste åberopa de materiella regler som hon vill stödja sig på.

938 Se prop. 1999/2000:89, s. 81.

melsens tillämpningsområde är mindre tillfredsställande, eftersom det ofta är brist på information eller felaktig information som leder till problem i samband med paketresor.[939] Möjligtvis kan konsumenten få skydd mot för henne oförmånliga partshänvisningar enligt Romkonventionen, förutsatt att researrangören kan anses ha marknadsfört sig i Sverige.[940]

5.5.2 Är paketreselagens regler internationellt tvingande?

5.5.2.1 Sigurðssons analys

Sigurðsson har i ett avhandlingsarbete från år 1995 undersökt paketresedirektivet och dess genomförande i de nordiska ländernas nationella rättsordningar. Genomgången ger enligt Sigurðsson vid handen att direktivets regler skall anses vara s.k. internationellt tvingande regler.[941] De skall med andra ord anses vara tvingande till den grad att de skall särbehandlas, även om de inte tillhör avtalsstatutet.[942] Han beskriver saken så: "Når andvendelse av art. 3 eller 4 medfører at kunden blir dåligere beskyttet enn hva han har krav på etter pakkereisedirektivet, er det all grunn til å tro att direktivet vil bli tolket slik at vedkommende domstol i henhold till lovvalgskonvensjonen art. 7 annet ledd anvender pakkereiseloven i domstolslandet. Detta medfører at regelne i vedkommende pakkereiselov er internasjonalt preseptoriske."[943]

Sigurðsson konstaterar visserligen att paketresedirektivet inte innehåller någon lagvalsregel.[944] Paketresedirektivet saknar med andra ord en "ofullständig" lagvalsregel motsvarande den som finns i direktivet (93/13/EEG) om villkor i konsumentavtal, direktivet (94/47/EG) om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätten till fast egendom på tidsdelningsbasis, direktivet (97/7/EG) om konsumentskydd vid distansavtal och direktivet (99/44/EG) om vissa rättsliga aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (den andra generationens konsumentskyddsdirektiv).[945]

Den närmare motiveringen till varför paketresedirektivets regler skulle anses vara internationellt tvingande är enligt Sigurðsson paketresedirek-

[939] Se Tonner, Consumer Law in the Information Society, s. 216 och Rinkes, Enhancing the Legal Position of the European Consumer, s. 212–213.

[940] Se ovan avsnitt 4.3.1 och 4.3.2.

[941] Se Sigurðsson, s. 458.

[942] Se närmare kap. 8.

[943] Sigurðsson, s. 458.

[944] Se Sigurðsson, s. 451. Jämför Fallon & Francq, Private Law, s. 159.

[945] Den första generationens konsumentskyddsdirektiv kallar jag dem som saknar en "ofullständig" lagvalsregel, dvs. paketresedirektivet, konsumentkreditdirektivet och hemförsäljningsdirektivet.

tivets syfte.[946] Syftet är dels att harmonisera medlemsstaternas regler om paketresor för att genomföra den inre marknaden, dels att skydda konsumenter. I artikel 1 i direktivet anges:

> "Avsikten med detta direktiv är att inbördes närma medlemsstaternas lagar och andra författningar om resepaket som säljs eller bjuds ut till försäljning inom gemenskapens territorium."

Denna bestämmelse skulle enligt Sigurðsson tyda på att paketresedirektivet förutsätter att medlemsstaternas (och EES-staternas) lagvalsregler uppfyller bestämda krav som ger genomslag åt paketresedirektivets regler.[947] Direktivet skall därför enligt honom anses förutsätta att alla säljare, återförsäljare och arrangörer av paketresor inom gemenskapen är bundna av paketreseregelrna i direktivet. Denna uppfattning synes också delas av Fallon och Francq.[948]

En konsument som köper en paketresa skall således enligt denna rekommendation kunna stödja sig på reglerna i paketresedirektivet oavsett i vilket EES-land hon köper resan. Köparen skall skyddas från att lagvalsregler leder till tillämpningen av regler som inte uppfyller direktivets krav. Det skulle enligt Sigurðsson vara alltför enkelt om researrangörer kunde undvika tillämpning av dessa regler genom att ta in en lagvalsklausul i paketreseavtalet som medför tillämpning av en lag utanför EES-området som ger konsumenten ett sämre skydd än det som ges enligt paketresedirektivet. Vid en helhetsbedömning anser Sigurðsson således att oavsett vem som säljer en paketresa eller köper en sådan inom EES-området så skall en lag som genomför paketresedirektivet i ett EES-land läggas till grund för domstolsavgörandet. Bara i de fall där den valda lagen ger konsumenten ett mer förmånligt skydd än direktivets regler kan det enligt honom bli tal om att använda lagen i ett tredje land.[949]

Slutsatsen skulle alltså vara att paketresedirektivet innehåller internationellt tvingande regler i den mening som avses i artikel 7.2 i Romkonventionen.[950] Paketresedirektivets regler bör med andra ord ha en sådan

946 Se Sigurðsson, s. 451.

947 A. st.

948 Enligt Fallon & Francq innehåller artikel 1 i paketresedirektivet en dold lagvalsregel som medför att direktivreglerna blir tillämpliga i två alternativa situationer. Direktivets materiella regler skall tillämpas när avtal slutits inom gemenskapen eller om en resa erbjudits inom gemenskapen men avtalet ingåtts utanför detta område. Se Fallon & Francq, Private Law, s. 159–160.

949 Se Sigurðsson, s. 451.

950 Se Philip, EU-IP, s. 156 och Fallon & Francq, Private Law, s. 158–159. Se även avsnitt 8.4.1.

"inneboende kompetensvilja" i de fall en paketresa köpts av en konsument inom EES-området att reglerna måste tillämpas i varje EES-stat om de ger ett bättre skydd än den valda rättsordningen utanför EES-området.

5.5.2.2 Den senare utvecklingen

Ser man på den senare utvecklingen inom EG-rätten framstår Sigurðssons rekommendation som tidsenlig och av allmän tillämplighet även beträffande andra liknande konsumentskyddsdirektiv. Paketreselagen innehåller regler som avser konkurrensen på den inre marknaden och skyddet för den svagare parten. Det är viktigt att tvingande skyddslagstiftning inte kan kringgås genom en partshänvisning till ett utomstående lands lag om det finns nära anknytning till gemenskapen. Den konsument som köpt en paketresa till Svalbard skulle enligt denna rekommendation kunna förlita sig på artikel 7.2 i Romkonventionen och de svenska skyddsreglerna om paketresor om skyddssituationerna i artikel 5.2 inte vore uppfyllda.

Liknande överväganden återkommer i ett annat sammanhang i ett förhandsavgörande från EG-domstolen.[951] Regler i direktivet (86/653/EEG) om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga agenter förklarades av EG-domstolen inte kunna avtalas bort genom en partshänvisning till en rättsordning i ett land utanför EU-området, när det finns en nära anknytning till detta område, konkurrensen på den inre marknaden och den svagare partens intressen berörs. Till dessa frågor återkommer vi senare i avsnitt 8.4.1.3.

5.6 Fastställelse av tillämplig lag enligt Romkonventionen när lagvalsavtal saknas

5.6.1 Lagen i konsumentens hemland tillämpas i vissa situationer

Saknas en avtalad lag måste den objektivt tillämpliga lagen identifieras.[952] Lagvalsregeln i artikel 5.3 utpekar lagen i konsumentens hemvistland om skyddssituationerna i artikel 5.2 är uppfyllda. I praktiken är det dock bara tjänsteavtal som delvis utförts i konsumentens hemvistland, liksom finansiering av tjänster och paketreseavtal som kommer att bedömas enligt lagen i konsumentens hemvistland. Detta följer av den redan (i avsnitt 5.4.2) behandlade undantagsbestämmelsen i artikel 5.4 b) i Romkonventionen.

[951] Se C-381/98, *Ingmar GB Ltd* mot *Eaton Leonard Technologies Inc.* Se även avsnitt 8.4.1.3.

[952] Se ovan avsnitt 4.6.2.

Sålunda bör svensk lag enligt artikel 5.3 tillämpas på det kreditavtal som beskrevs i avsnitt 5.1 och som avsåg att finansiera förvaringstjänster i Nederländerna, om detta avtal inte innehållit någon lagvalsklausul. Konsumenten hade förmåtts ingå avtalet till följd av marknadsföring i Sverige och fullgör enligt kreditavtalet sina förpliktelser här i landet enligt artikel 5.2. Det nederländska kreditbolaget får troligen till följd av det nära samarbetet med den i Nederländerna etablerade näringsidkaren vidkännas tillämpning av en svensk lag i avsaknad av en överenskommelse om saken. Detta kan tyckas anmärkningsvärt, eftersom avtalet med den nederländska näringsidkaren som annonserat om sina tjänster i Sverige kommer att lyda under lagen i Nederländerna enligt artikel 4.2.[953]

Skyddet i Romkonventionen angående gränsöverskridande paketreseavtal är inte lika snävt begränsat som beträffande tjänster.[954] Den konsument som köpt en paketresa beträffande en valsafari på Svalbard i enlighet med exemplet i avsnitt 5.2 kan stödja sig svensk rätt eftersom den första skyddssituationen i artikel 5.2 föreligger. Säljaren har marknadsfört sig i Sverige och konsumenten har här vidtagit de för avtalets ingående nädvändiga åtgärderna.

5.6.2 Tillämplig lag i andra situationer

5.6.2.1 Utlandsanknytningen är slumpartad

I situationer där konsumenten själv varit aktiv eller på något sätt sökt kontakt med en säljare av tjänster eller paketresor i andra länder blir det inte fråga om något särskilt skydd enligt Romkonventionen.[955] Här kan olika situationer åtskiljas. En konsument kan själv ha varit aktiv och sökt upp en säljare som utför sådana särskilda tjänster som inte alls eller på samma villkor eller sätt kan erhållas av en näringsidkare i konsumentens hemland. En annan konsument kan i stället ha varit nödgad att ta i anspråk vissa massproducerade tjänster i ett annat land, t.ex. därför att hon befinner sig i det landet då en viss tjänst måste köpas och behovet uppstår.

När fråga är om tjänster som en konsument nödgats ta i anspråk i ett annat EES-land kan man anse att tjänsteavtalets utlandsanknytning närmast är en slump. Slumpmässigheten drabbar inte säljaren, utan denna kan

953 Se ovan avsnitt 4.6.2.

954 Det kan dock anses snävt i förhållande till de tre skyddssituationerna i artikel 5.2. Se ovan avsnitt 4.3.1.

955 Detta gäller såvida inte tillämpning av de utländska reglerna strider mot det svenska ordre public-förbehållet eller att svenska internationellt tvingande regler skall tillämpas, se vidare kap. 8.

räkna med att få "sin lag" tillämpad i avsaknad av en överenskommelse om avtalsstatut. Säljaren har då ett starkt och naturligt intresse av att få sitt etableringslands lag tillämpad. Säljaren kan dessutom ha svårt att förutse att en främmande lag skulle kunna komma att tillämpas på tjänster som dagligen utförs i landet där hon är etablerad. Konsumentens behov av ett visst rättsligt skydd väger därför mindre tungt. Konsumenten kan inte förvänta sig att skyddet följer med henne över nationsgränserna i dylika situationer.

För att demonstrera det nyss sagda kan återknytas till exemplet i avsnitt 5.1 där konsumentens bil gick sönder i Belgien och det blev nödvändigt att anlita en bilverkstad där för att reparera bilen.[956] Eftersom det är bilverkstaden som har utfört den karakteristiska prestationen att laga bilen, och verkstaden har verksamhetsställe i Belgien, är belgisk lag avtalsstatut enligt artikel 4.2 i Romkonventionen. Det finns således inte utrymme att tillämpa svensk lag i detta fall.[957] Det vore inte heller, som redan noterats, rimligt om en säljare som dagligen utför massproducerade tjänster i sitt etableringsland skulle få sin verksamhet underkastad alla möjliga rättsordningar beroende på vem som är köparen, inte minst om näringsidkaren inte marknadsfört sig i något av dessa länder. Det är således belgisk rätt som avgör vilka anspråk som kan ställas på bilverkstaden i anledning av den eventuellt felaktigt utförda tjänsten.

5.6.2.2 Tjänsterna utförs i sin helhet i konsumentens hemland

Det går dock att föreställa sig fall där tjänsterna skall utföras i konsumentens hemland och där tjänsteavtalet således har en relevant anknytning till det landet, men där en annan lag i alla fall skall tillämpas. Detta kan tyckas vara anmärkningsvärt, men är följden av artikel 5 i förening med artikel 4.2 i Romkonventionen.

Vi kan återvända till det inledningsvis presenterade fallet i avsnitt 5.1 där fru B beställt installationstjänster som skulle utföras i Sverige av en norsk hantverkare. Hon kan inte förlita sig på tillämpning av svensk lag trots att tjänsterna uteslutande skall utföras här. Då den norska hantverkaren inte har marknadsfört sig i Sverige, utan blivit uppsökt av den svenska konsumenten i Norge, brister förutsättningarna för att tillämpa skyddslagen. Således skall inte hantverkaren behöva finna sig i tillämpning av en främmande lag, utan norsk lag tillämpas enligt presumtionsregeln om den karakteristiska prestationen i artikel 4.2.[958] Det är ju i

[956] Jämför Gutachten 1985 und 1986 Nr. 4, s. 23–35.

[957] Se ovan avsnitt 4.6.2 om de begränsade möjligheterna att häva presumtionsregeln i artikel 4.2.

[958] Se härom avsnitt 4.6.2.

Norge den part som utför den karakteristiska prestationen har sitt verksamhetsställe.

Möjligen skulle man kunna hävda att avtalet har sin närmaste anknytning till Sverige, varför presumtionen om den närmaste anknytningen skall hävas enligt artikel 4.5 i Romkonventionen. Det är dock enligt min egen uppfattning svårt att se hur man skall kunna motivera att det av de samlade omständigheterna framgår att avtalet har en närmare anknytning till Sverige än till det land som utpekats av presumtionsregeln i artikel 4.2.[959] Anknytningarna till Norge är alltför starka.

5.6.2.3 Lagvalet är svårt att förutse

När det gäller paketresor kan bedömningen av lagvalsfrågan bli svår att förutse om avtalet faller utanför det avsedda skyddsområdet i artikel 5.2 och säljaren/återförsäljaren är en annan än researrangören. Är exempelvis säljaren en resebyrå i Danmark, men researrangören en i Tyskland etablerad näringsidkare kan utgången bli beroende av mot vem talan väcks. I båda fallen skall dock den lag tillämpas där den part som ansvarar för den för avtalet kännetecknande prestationen enligt artikel 4.2 i Romkonventionen har sin centrala förvaltning.[960] Flera olika lagar kan alltså komma i beaktande beroende på mot vem konsumenten väljer att rikta sina anspråk.

5.7 Sammanfattande kommentarer och slutsatser

Sammanfattningsvis kan konstateras att det gränsöverskridande skyddet beträffande tjänster är mycket fragmentariskt. Enligt min mening är det till och med svårt att ens tala om något egentlig konsumentskydd i sammanhanget. Den internationella privaträtten speglar i vissa avseenden avsaknaden av skydd i den materiella EG-rätten. Konsumenttjänstlagen ger konsumenter ett visst materiellt skydd vid utförandet av tjänster. Romkonventionen uppställer, förutom den i sig snäva avgränsningen i artikel 5.2, ytterligare begränsningar i skyddet när det gäller tjänster som uteslutande skall utföras i ett annat land än konsumentens hemvistland. Det är bara tjänster som till viss del utförts i konsumentens hemvistland eller som avser finansiering av tjänster som omfattas. Således blir det nästan inget kvar av det internationellt privaträttsliga skyddet vid köp av tjänster enligt Romkonventionen!

[959] Se Kaye, s. 171–185.
[960] Se ovan avsnitt 4.6.2.

Väger man konsumenternas skyddsbehov vid köp av varor mot konsumenternas behov av skydd vid köp av tjänster och deras kvalitet är det svårt att se varför konsumenter är mindre skyddsvärda i den sistnämnda situationen. En fullt fungerande inre marknad förutsätter inte bara skydd vid köp av varor utan även vid tjänster. Det är dessutom tjänstesektorn som ständigt ökar i betydelse inom EU.

Inte heller de direktivbaserade lagvalsreglerna verkar tillföra konsumenter som handlat tjänster på distans något egentligt skydd mot partshänvisningar när det gäller hur tjänster utförts. Bestämmelserna i 13 § avtalsvillkorslagen och 23 § distansavtalslagen gäller endast regler om oskäliga avtalsvillkor och regler om konsumentens informationsrätt och ångerrätt. Den slutsats som kan dras av detta är att det internationellt privaträttsliga skyddet idag inte svarar mot konsumenters behov och tjänstesektorns stora betydelse.

Konsumentskyddet vid paketresor är däremot mer omfattande. I dessa fall finns det egentliga internationellt privaträttsliga skyddet i Romkonventionens artikel 5.5. Visserligen gäller den direktivbaserade lagvalsregeln i 13 § avtalsvillkorslagen skydd mot oskäliga avtalsvillkor i situationer där en partshänvisning finns. Däremot ger inte 23 § distansavtalslagen något skydd mot partshänvisningar då paketresor har undantagits från tillämpningsområdet av 23 §. Detta framgår av 7 § i distansavtalslagen. Internationellt privaträttsliga problem verkar vidare mindre vanliga i samband med köp av paketresor, eftersom konsumenter i regel köper resor av säljare i sitt hemvistland. Om utvecklingen emellertid skulle ge vid handen att paketreseavtal i allt högre grad ingås över nationsgränserna, inte minst på distans, kommer det att finnas anledning att överväga om inte 23 § lagstiftningsvägen bör utökas till att även gälla paketreseavtal som innehåller partshänvisningar.

6 Konsumentskydd vid köp på Internet

Internet är globalt och gränsöverskridande till sin natur. Detta internationella datornätverk sammankopplar miljoner användare från hela världen och känner inte några gränser.[961] Internet kan t.ex. användas för elektronisk handel (e-handel) eller för att sprida och hämta olika slag av information. I dag finns en mängd information och erbjudanden tillgängliga på Internet som riktar sig till konsumenter. Som exempel kan nämnas webbplatser som syftar till att konsumenter skall kunna göra prisjämförelser, utbyta information eller att beställa varor, tjänster eller andra nyttigheter.[962] Således ger Internet oändliga möjligheter för konsumenter och säljare i olika länder att nå varandra och träffa gränsöverskridande avtal.[963]

Det är emellertid inte alltid lätt för konsumenter att handla över Internet, utan problem och störningar av olika slag är vanliga. De beställda

961 Vad är Internet? Förenklat uttryckt är det ett system som sammankopplar datorer och deras användare världen över. Se vidare SOU 1999:106, s. 36–37 och Carlén-Wendels, Nätjuridik, s. 23–26.

962 Webbplats är samtliga webbsidor som rör ett visst ämne, som hör ihop och som härstammar från en viss avsändare. Uttrycket webbsida används i detta sammanhang om den mängd information på en webbplats som man kan nå utan att gå vidare genom en länk. Det motsvarar ofta så mycket man kan se på skärmen samtidigt eller genom att rulla bilden. Se Svenska datatermgruppen http://www.nada.kth.se/dataterm/. Uppgift från den 5 juni år 2002. Se även Johnssén, JT 2000-01, s. 63: "Då man besöker en webbplats anropar den egna datorn (klienten) en annan dator (servern) med en förfrågan om kopiering (nedladdning) av en angiven fil. I anropsskedet av uppkopplingen utväxlar klienten och servern bl.a. information om varandras identitet. Efter att förbindelsen etablerats överförs en kopia av den anvisade HTML-filen från servern till klientdatorn. HTML-filen innehåller instruktioner till webbläsaren om vilken bild som skall visas på datorns skärm. HTML-filen i sig innehåller endast text och kompletteras ofta med bildfiler, som på skärmen infogas i texten. Flera filer utgör på detta sätt tillsammans den webbsida användaren ser."

963 Med Internetavtal skall i det följande förstås de avtal som ingås genom utväxlande av e-post alternativt genom att en beställning görs genom en webbsida. Se även Hoffmann, NJW 2001, s. 15 och KOM (2001) 531 slutlig, s. 8, om s.k. "powershopping" eller kollektiva inköp.

jeansen kom aldrig, och det gjorde inte heller de i förväg betalade verktygen. Varorna och tjänsterna kan bli mycket dyrare än konsumenten beräknat.[964] Vilka problem möter egentligen konsumenter när de handlar över Internet?[965]

6.1 Illustrationer

- En konsument bosatt i Sverige "surfar" genom sin hemdator på Internet. Under det att hon med hjälp av datormusen "klickar sig fram" på Internet hittar hon en webbplats där en säljare i Irland erbjuder en billig programvara.[966] I samband med att konsumenten gör sin beställning på Internet uppger hon sitt kreditkortsnummer. Efter att ha erhållit betalning e-postar säljaren en kod till konsumenten som gör det möjligt för henne att ladda ner den köpta produkten. Sedan programmet laddats ner på konsumentens hemdator visar det sig att det inte går att installera. Konsumenten vänder sig till säljaren med klagomål. Säljaren häv-

[964] Vid köp på distans är det viktigt att beakta de kostnader som kan tillkomma utöver priset. Det kan vara fråga om leveranskostnader, mervärdeskatt och tullavgifter. Avsaknaden av tillgång till korrekt och rättvisande information i detta avseende förefaller vara ett vanligt konsumentproblem, varför en vara, tjänst eller annan nyttighet kan verka billigare på Internet än vad den i själva verket är. I detta avseende gäller att mervärdeskatt betalas i (EES-)exportlandet, såvida inte exportföretaget har en omsättningströskel i Sverige som överstiger 320 000 kronor. Ett företag är då skyldigt att vara momsregistrerat i Sverige och ta ut 25 % mervärdeskatt för samtliga de varor som säljs till Sverige. Är säljaren i stället etablerad i ett tredje land, utanför EES-området, tar posten på delegation av tullverket automatiskt ut 25 % i mervärdeskatt på priset och leveranskostnad. Därutöver tillkommer en tullavgift på 3,5 % på hela beloppet. Det är t.ex. populärt att beställa böcker via Internet från England, där någon mervärdeskatt (moms) inte tillkommer vid köp av böcker. Vissa svenska konsumenter som beställt böcker från England har dock tvingats betala moms när böckerna lösts ut på posten i Sverige, medan andra konsumenter som också köpt böcker från England sluppit göra denna momsbetalning. Förklaringen till detta synes alltså vara att den ena engelska bokhandlaren har haft en större omsättning i Sverige än en annan bokhandlare. Uppgifterna har jag fått från Skattemyndigheten per telefon den 21 maj år 2002 och Posten Logistik. Beskattning av tjänst beror på vilken typ av tjänst som avses.

[965] Konsumenternas paraplyorganisation "Consumer International" samordnade en undersökning där sammanlagt 150 beställningar gjordes från webbplatser i 17 länder. Resultaten visade på flera brister, bl.a. avsaknad av information om avtalsvillkor, uppgift om var motparten befinner sig, etc. Se vidare http://www.consumersinternational.org/. Uppgiften aktuell den 4 juni år 2002. Om problem som konsumenter stöter på, se även t.ex. SOU 1999:106 s. 10–11.

[966] Med programvara kan avses innehåll i filer, på diskar, cd-romskivor och kan t.ex. inkludera digitala bilder, lagringsfotografier, Clip Art, ljud eller annat konstnärligt material, beskrivningsmaterial, teckensnitt, uppgradering, uppdatering, tillägg och exemplar av programvara. Se också MacQueen, Law and Internet, s. 121.

dar att det inte är något fel på produkten, utan att konsumenten inte har följt instruktionerna ordentligt. När konsumenten vill häva avtalet motsätter sig säljaren det och hänvisar till ett avtalsvillkor i standardavtalet som utpekar delstaten Kaliforniens lag. Gäller den valda lagen eller kan konsumenten stödja sig på svenska regler? Blir bedömningen annorlunda om det saknas ett avtal om tillämplig lag?

- Antag att en i Sverige bosatt privatperson har fått ett erbjudande av en säljare i USA genom e-post. Erbjudandet avser en prenumeration på cd-skivor. I erbjudandet utlovas även två nummer av en tidskrift och en T-shirt. Konsumenten svarar på erbjudandet, men får inte någon orderbekräftelse. Någon T-shirt eller tidskrift levereras inte heller. De beställda cd-skivorna levereras så småningom, men visar sig vara avsevärt mycket dyrare än vad konsumenten hade räknat ut. Säljaren har inte på sin webbplats upplyst om tillkommande expeditionsavgifter, leveranskostnader, tullavgifter, m.m., som har betydelse för skivans totalpris.[967] Konsumenten får inte heller själv välja vilka cd-skivor hon skall betala för.[968] När konsumenten säger upp prenumerationen invänder säljaren att enligt avtalsvillkoren måste uppsägning ske inom en viss tid före prenumerationstidens utgång. Konsumenten säger sig inte ha fått del av några avtalsvillkor och vägrar att betala prenumerationsavgiften. Säljaren väcker talan mot konsumenten vid svensk domstol med yrkande om fullgörelse av avtalet. Under vilka förutsättningar kan konsumenten stödja sig på svenska regler om säljarens standardvillkor utpekar en avlägsen rättsordning som tillämplig?
- En svensk konsument har på Internet beställt designerkläder från en säljare i Portugal. Betalning har skett i förskott. Efter några dagar ångrar konsumenten sig och meddelar säljaren detta via e-post. Säljaren svarar att det inte går att ångra avtalet, eftersom beställningen redan expedierats och kläderna är skickade till Sverige. Vilket lands lag avgör om konsumenten har någon ångerrätt?

Illustrationerna ovan belyser några av de konsumentrelaterade problem som Internethandeln kan orsaka. Handeln på Internet utgör fortfarande en förhållandevis begränsad del av den totala detaljhandeln. Enligt statistik från Statens institut för kommunikationsanalys, SIKA, är det endast tre procent av den svenska befolkningen som har handlat genom Internet.[969]

[967] Se ovan not 964.

[968] Exemplet är hämtat från opublicerat material: KOV Direkt den 1 juli år 1999, men saknade anknytning till utlandet. Se även ARN avgörande 1999-01-12; 1998-4378.

[969] Se prop. 2000/2001:135 s. 10. Enligt information från Svenska Postorderföreningen, Nr 1 1999, ökade webbanvändandet med 36 procent under år 1998. Den stora orsaken till

Det är huvudsakligen Internets potential för kommersiell användning och dess globala karaktär som gör det intressant att i detta sammanhang studera vilka lagvalsregler som är tillämpliga på Internetavtal, och vilket rättsskydd som kan aktualiseras för konsumenter i dessa fall.[970] Även om handeln på Internet fortfarande är begränsad kommer den med rimlig säkerhet att öka och beröra grupper av människor som sällan funderat bortom det egna landet, i synnerhet i takt med säkrare och smidigare betalningssystem.

6.2 Elektronisk handel och konsumentintresset

6.2.1 Den internationella handeln möter nya problem

Elektronisk handel och Internets geografiskt gränslösa karaktär har ställt jurister inför problem som till viss del är nya.

Det kan överhuvudtaget vara svårt att veta om ett avtal som träffats på Internet är gränsöverskridande. En konsument som handlar på Internet vet inte i vilket land säljaren befinner sig.[971] Säljaren kanske inte heller vet i vilket land konsumenten befinner sig eller om hon ens har att göra med en konsument. I synnerhet synes detta kunna vara ett problem om leverans skall ske digitalt genom att en köpt nyttighet görs tillgänglig för konsumenten genom att laddas ner genom Internet.[972]

ökningen skulle vara att många fler kvinnor hitta ut på Internet. Av svenska kvinnor i åldrarna 12–79 år skulle 36 procent använda Internet. Av en OECD-rapport ("The economic and social impact of electronic commerce: Preliminary findings and research agenda") framgår att endast 20 procent av den globala elektroniska handeln sker producent till konsument. Se handlingsplan för konsumentpolitiken 1999-2001, s. 3. Se även skr. 2001/02:148, s. 28.

970 Hultmark, FS Karnell, s. 310: "Istället bör rättsväsendet på olika sätt understödja elektroniska bevismedel och medverka till snabb konfliktlösning (inkluderande harmonisering av rättsregler och erkännande av internationella rekommendationer som uttryck för "handelsbruk på nätet" för att undvika långdragna diskussioner om tillämplig lag) samt effektiv internationell verkställighet av domar."

971 Internationella handelskammaren (ICC) har publicerat riktlinjer för interaktiv marknadskommunikation, vilka ger anvisningar om vad som kan anses vara god marknadsföringssed. I dessa riktlinjer anges bl.a. betydelsen av en sändarangivelse som klargör vem som ansvarar för ett kommersiellt meddelande och att en konsument alltid skall få en bekräftelse på ett köp för att i god tid kunna gå igenom denna. Se SOU 1999:106 s. 157–158.

972 Se SOU 1999:106, s. 44, där en åtskillnad görs mellan två typer av elektronisk handel, dels den direkta elektroniska handeln där beställning sker genom Internet men leverans och betalning görs på traditionellt sätt, dels den direkta handeln där beställning, leverans och betalning görs genom Internet. Se även Lindskoug, JT 1998-1999, s. 878–879; Kronke, RIW 1996, s. 985 och Reich, Consumer Law in the Information Society, s. 166 och 168.

De traditionella lagvalsreglerna, som i stor utsträckning har framarbetats i tiden före Internets tillkomst, utgår dessutom typiskt sett från att det går att lokalisera parterna till ett visst land, att parterna kan identifieras (för att en konsumentskyddsreglering skall aktualiseras förutsätts i vart fall att den ena parten kan identifieras som en konsument) samt att avtalsrelevanta omständigheter i princip skett i en viss följd som kan tidsbestämmas.[973] Sådana lagvalsregler är inte alltid lämpade för handel genom Internet där det kan vara svårt eller ibland *t.o.m.* omöjligt att lokalisera vissa händelser eller att identifiera motparten.[974] Det som sker på Internet händer givetvis någonstans i den fysiska verkligheten, men denna plats kan med andra ord vara svår att fastställa och bevisa eller så ter den sig som tillfällig eller rent av ovidkommande (t.ex. om en handling på Internet vidtagits av en person, via en mobiltelefon och med hjälp av en bärbar dator, som vid tillfället råkade sitta i transithallen på en utländsk flygplats under en mellanlandning).[975]

Denna problematik har de senaste åren blivit föremål för en ingående diskussion i litteraturen, både i Sverige och i utlandet.[976] Såväl tekniker som utvecklar kommunikationssystem som förespråkare för en fördjupad europeisk integration, liksom även de som har ett intresse av internationellt privaträttsliga frågor har alla deltagit i diskussionen. Jag skall utifrån ett konsumenträttsligt perspektiv försöka sammanfatta och reflektera över några av de viktigaste lösningsförslagen, delvis i relation till de problem som presenterades inledningsvis. Den fråga som är relevant i sammanhanget är hur gällande lagvalsregler kan tolkas och tillämpas för att uppnå ändamålsenliga resultat i en gränsöverskridande Internetmiljö.

6.2.2 Det bristande rättsskyddet

När det gäller frågan om konsumenters vilja att handla på Internet kan det vara viktigt att ägna en tanke åt omständigheter av mer materiellrättslig natur. För att konsumenter skall ta tillvara de fördelar som elektronisk handel kan erbjuda – ett i princip obegränsat utbud oberoende av tid och geografiska avstånd, anonymitet, enkelheten i att kunna jämföra kvalitet

973 Se Reich, Consumer Law in the Information Society, s. 167.

974 Bogdan, JT 2000-01, s. 621. Se även Hultmarks slutord i Elektronisk handel, s. 101.

975 Bogdan, Ny juridik 1999, s. 8.

976 För- och nackdelar med Internethandel ur konsumentsynvinkel, se SOU 1999:106, s. 30; Hultmark, JT 1998-99, s. 80–89 och Elektronisk handel, s. 13–14 och 76; Lindskoug, JT 1998-1999, s. 869–893 och Lindberg & Westman, s. 267–268. Om e-handel som ett intrument för att genomföra den inre marknaden, se KOM (2001) 531 slutlig, s. 10.

och prisskillnader, att snabbt och enkelt sluta avtal, osv. – måste vissa förutsättningar vara uppfyllda.[977] Dessa förutsättningar skiljer sig egentligen inte från vad som bör gälla vid all handel över gränserna. Det handlar om att Internethandel måste upplevas som säker inte minst när det gäller betalningar. Konsumenter måste ha tillgång till fullständig och rättvisande information. Det skall vara möjligt att få tillgång till eventuell service och konsumenter skall åtnjuta skydd vid fel i leveransen eller vid dröjsmål.[978] Hittills synes problemen inte helt ha kunnat undanröjas. Bristande information, svårigheter med att utnyttja garantier eller att byta varor, förekommande bedrägerier och oetiskt uppförande existerar fortfarande. Bristerna blir än mer svårbemästrade i utlandsanknutna situationer.[979]

Konsumenten kan i gränsöverskridande fall behöva rikta sina krav mot en motpart som befinner sig i ett annat land, med en annan rättskultur och ett språk som hon inte behärskar.[980] Frågan om vilket lands lag som är tillämplig på transaktionen måste besvaras. Den gränslöshet som kännetecknar Internet kan medföra att säljare utnyttjar att vissa länder saknar en effektiv konsumentskyddsreglering, vilket är det intressanta i detta sammanhang.

Lagvalsfrågan är omgärdad av en rad frågetecken i Internetsammanhang. Från vissa håll har gjorts gällande att konsumentavtal som ingåtts genom Internet lyder under lagen i konsumentens hemvistland.[981] Från

977 Se närmare Hultmark, Elektronisk handel, s. 13–14.

978 Tillsammans med konsument- och industriföreträdare har Europeiska kommissionen tagit ett initiativ för att främja förtroendet för elektronisk handel ("E-confidence") som anknyter till OECD:s riktlinjer från år 1999 om konsumentskydd när det gäller elektronisk handel. Man har inom ramen för detta initiativ kommit överens om informationskrav som skall ställas. Också frågor om hur avtal ingås, integritetsskydd, tvistlösning och marknadskontroll tas upp. De företag som uppfyller vissa kriterier får använda sig av en särskild märkning i förhållande till kunder på Internet ("trustmarks"). Skr. 2001/02:148, s. 29. Se även ARN:s beslut 1999-04-20, Änr 1998-6114, där en konsument som avbeställde en bok blev betalningsskyldig enligt 41 § konsumentköplagen (1990:932) för säljarens olika kostnader och förluster.

979 Se t.ex. Europaparlamentets och rådets beslut nr 276/1999/EG av den 25 januari 1999 om antagande av en flerårig handlingsplan på gemenskapsrättslig nivå för att främja en säkrare användning av Internet genom att bekämpa olagligt och skadligt innehåll på globala nät.

980 Se ovan avsnitt 1.1.

981 Se t.ex. Mankowski, RabelsZ 1999, s. 235 och Mickwitz, s. 182. I Justitiedepartementets pressmeddelande Nr 5 från 1997-10-22 anges att "köp som en privatperson i Sverige gör på Internet bedöms normalt enligt svensk lag". Om Internet som ett neutralt och exportorienterat medium, se Firsching & von Hoffmann, s. 404.

annat håll hävdas att en konsument som "surfat" på Internet och beställt varor, tjänster eller andra nyttigheter får finna sig i att utländsk lag kan bli tillämplig på avtalet.[982]

6.2.3 En (ny) form av distansförsäljning

Utgångspunkten i den följande framställningen är att skillnader i bedömningen i förhållande till andra distansavtal bör undvikas i det längsta. Det internationellt privaträttsliga skyddet får inte vara beroende av vilken teknik för distanskommunikation som har använts.[983] För en genomsnittlig konsument är detta inte relevant. Sålunda torde det inte vara väsentligt för en konsument om hon har köpt en vara efter att ha sett en annons i ett reklaminslag på TV eller på Internet. Därför bör avtal som slutits på Internet, så långt det nu är möjligt, betraktas som vilket annat distansavtal som helst, eller som en avancerad form av postorderförsäljning.[984] Det som skiljer avtal som ingåtts på Internet från andra distansavtal är det medium, datorn, som använts. Internetavtal kan således inte anses skilja sig från andra distansavtal om fullgörelse skall ske på traditionellt sätt och betalning sker mot postförskott eller faktura.[985] Det som kan betraktas som nytt (eller "nygammalt") är att datorn också i förekommande fall kan användas för digital fullgörelse av avtalsförpliktelserna, t.ex. genom att betalning och leverans av avtalsföremålet sker genom Internet.[986]

[982] Se t.ex. Reich, Consumer Law in the Information Society, s. 171 och Hultmark, Elektronisk handel, s. 45. Davies, Law and the Internet, s. 115, beskriver saken så att "it is generally accepted that most Web pages or electronic mail messages that inform users of the availability of goods or services are akin to advertisements and so constitute invitations to treat. Hence the user, when he replies to such an advertisement makes an offer to the commercial entity. The commercial entity must then send an acceptance to the user or do something which entails acceptance of the offer. This is the general picture when looking at consumer contracts on the Internet."

[983] Denna åsikt synes bl.a. ha gjorts gällande av Lindberg & Westman, s. 50. Jämför dock Åkerman & Thunman, JT 1997-98, s. 446.

[984] Så resonerar man i SOU 1999:106 s. 46.

[985] Se Hultmark, JT 2000-01, s. 50 och Carlén-Wendels, JT 1997-98, s. 884.

[986] Se SOU 1999:106, s. 44.

6.3 Skyddet mot lagvalsavtal enligt Romkonventionen

6.3.1 Den första skyddssituationen

6.3.1.1 Parter, plats och händelser

För att konsumentskyddsregleringen i artikel 5 Romkonventionen skall bli tillämplig förutsätts att den ena avtalsparten kan identifieras som en konsument, dvs. som en enskild privatperson som träffar avtal för ändamål som ligger utanför affärs- eller yrkesverksamhet.[987] Den anonymitet som kännetecknar Internet kan göra det svårt att veta vem motparten är. Det kan innebära svårigheter att förutse vilka regler parterna skall inrätta sig efter och vilka rättigheter som kan åberopas vid en eventuell tvist. I det följande förutsätts dock att köparen har agerat i egenskap av konsument.[988]

För att Romkonventionens konsumentskydd mot partshänvisningar skall aktualiseras förutsätts därjämte att det avtal som har ingåtts faller in under det avsedda skyddsområdet om köp av vara eller tjänst i artikel 5.[989]

Skyddsbestämmelsen i artikel 5 synes däremot inte omfatta köp av digitala produkter som inte är att anses som en lös sak, och som säljs och ibland även fullgörs genom Internet.[990] I dessa fall gäller då partsautonomi fullt ut enligt artikel 3.[991] Säljaren kan således genom att infoga en lagvalsklasul i sitt standardavtal binda konsumenten vid vissa regler i en rättsordning.[992]

Lagvalsöverenskommelser kommer till på olika sätt genom Internet.[993] En konsument kanske inte kan göra en beställning innan hon har accepterat säljarens allmänna villkor.[994] I avtal om standardprogramvara som levereras på Internet kan programmet eventuellt inte laddas ner innan konsumenten genom ett "tryck på musknappen" godkänt vissa avtalsvillkor. Svarar konsumenten nej till avtalsvillkoren kan programmet inte installeras.[995]

[987] Se ovan avsnitt 2.3.3.
[988] Se ovan avsnitt 2.3.3.2.
[989] Se ovan avsnitt 2.3.4.4. och 3.3.1.1.
[990] Se ovan avsnitt 2.3.4.4.
[991] Se ovan avsnitt 3.3.1.1. Se även Mankowski, RabelsZ 1999, s. 232.
[992] "Många standardavtal innehåller betungande villkor som konsumenten inte läser eller förstår innebörden av." Hultmark, JT 1998-99, s. 85. Se även Davies, Law and Internet, s. 99.
[993] Om vissa lagvalsklausuler på Internet, se Kronke, RIW 1996, s. 991.
[994] Huvudregeln är att standardavtal måste bringas till motpartens kännedom före avtalsslutet för att bli del av avtalet. Hultmark, Elektronisk handel, s. 72–75. Se även Lindberg & Westman, s. 58–59.
[995] Hultmark, a. a., s. 72–73.

Att analogt tillämpa skyddet mot partshänvisningar i artikel 5 på dessa näraliggande situationer har jag dock inte ansett vara rimligt av skäl som närmare framgår i avsnitt 3.3.1.1.[996] Således får den konsument som i avsnitt 6.1 träffat avtal med en irländsk säljare om ett datorprogram (som inte kan betraktas som lös sak) finna sig i att den valda lagen i delstaten Kalifornien kommer att avgöra vilka påföljder som kan aktualiseras i anledning av säljarens påstådda kontraktsbrott.

Som ovan antytts kan lagvalsregler förutsätta att vissa omständigheter har skett i en följd för att lagvalsregeln skall vara tillämplig. Artikel 5 i Romkonventionen är ett exempel på en sådan lagvalsregel. Den första skyddssituationen i artikel 5.2 utgår från att ett avtal föregåtts av att en säljare riktat ett särskilt anbud till konsumenten i hennes hemvistland eller av annonsering i det landet och att konsumenten har svarat på dessa marknadsföringsåtgärder genom att vidta de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna där. Romkonventionens artikel 5 skiljer mellan en passiv och en aktiv konsument. Härvidlag blir det ett nollsummespel: Den passiva konsumenten kan stödja sig på tvingande regler i hemvistlandets lag. Den aktiva konsumenten kan bli helt berövad detta skydd.[997]

6.3.1.2 Särskilt anbud riktat till konsumenten

I artikel 5 uppställs alltså bl.a. ett krav på att konsumentavtalet måste ha föregåtts av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i hennes hemvistland. Elektronisk post som skickas till konsumentens brevlåda måste kunna jämställas med en adresserad trycksak.[998] Har e-post skickats till konsumentens e-postadress bör det således ses som ett särskilt anbud riktat till konsumenten i hennes hemvistland. Detta kan liknas vid erbjudanden som konsumenten får sig tillsänt genom posten och som vidarebefordras till konsumentens vanliga brevlåda.

Härvidlag torde det inte spela någon roll om konsumenten har en ”svensk” e-postadress (”.se”, det s.k. toppdomännamnet), eller någon

[996] Där ansågs en analogi inte vara lämplig eftersom Romkonventionen innehåller en heltäckande reglering av lagvalsfrågan när det gäller avtalsförpliktelser.

[997] Se närmare även Reich, Consumer Law in the Information Society, s. 167. Han har beskrivit denna distinktion som: ”The passive consumer is the beloved child of private international law which need to be cuddled and protected, while the active consumer, may it be an occasional surfer or Internet junkie, opts out of his or her home jurisdiction by choice and, therefore, may be subject to whatever law the supplier chooses, be it any offshore jurisdiction.” Kritiskt till artikel 5 i Internetsammanhang, se Kronke, RIW 1996, s. 990.

[998] Hultmark, Elektronisk handel, s.45, anser att information som sprids som massutskick genom e-post som regel inte är bindande anbud. Se även TemaNord 1999:598, s. 17 och Hoffmann, NJW 2001, s. 9–10.

annan adress (exempelvis ".com").[999] Toppdomännamnet behöver inte säga något om en parts hemvist eller centrala förvaltning och verksamhetsställe. Vissa toppdomännamn kan i stället ha en internationell prägel bland Internetanvändare.[1000] Att tillmäta toppdomännamn betydelse i lagvalssammanhang skulle göra det möjligt att "hoppa tuva" mellan tillämpliga regler, vilket inte bidrar till någon förutsebar utgång för parterna. Man kan t.o.m. föreställa sig att en lag som varken har anknytning till parterna eller avtalsföremålet skulle kunna bli tillämplig om toppdomännamnet ges betydelse för lagvalet. Därför vore det rimligt att den som lämnar anbud genom e-post också får bära risken för var den konsument som anbudet riktar sig till har hemvist när hon tar emot det.[1001]

Argumentet att den konsument som har valt en e-postadress med en utländsk anknytning får finna sig i att en främmande lag kan bli tillämplig, måste betraktas som tekniska spetsfundigheter. Den säljare som marknadsför sig på Internet genom e-post måste antas veta hur Internet fungerar tekniskt och får anses vara medveten om att erbjudanden kan nås av konsumenter i andra länder än det som indikeras av toppdomännamnet i e-postadressen.[1002] Om konsumenten fått ett erbjudande genom e-post och reagerat på detta genom att skicka en beställning från sitt hemvistland måste hon anses berättigad till det skydd som artikel 5 ger.[1003] Konsumentens behov av det skydd som hemvistlandets lag kan ge får därför anses väga tyngre än säljarens intresse av att kunna välja vilket lands lag som är tillämplig. Konsumentskyddsregler i konsumentens hemvistland kan därmed komma att inkräkta på den avtalade rättsordningen om säljaren skickar ut erbjudanden genom e-post.[1004] För att skydda sig mot detta kan seriösa säljare i sina erbjudanden ange att de inte träffar avtal med eller levererar till vissa konsumentnationaliteter.

[999] Såvitt jag kan förstå tilldelas nationalitetsbeteckningar (eller toppdomännamn, såsom ".se") i Sverige bara till subjekt med stadigvarande verksamhet och registrering här. Bogdan, SvJT 1998, s. 828 not 10. Så behöver det ju inte vara i andra länder. Den lilla ögruppen Niue säljer t.ex. sin nationalitetsbeteckning ".nu" och dessa administreras inte från landet. Detta domännamn, liksom en del andra, synes ha något av en internationell prägel. Se Lindskoug, JT 1998-99, s. 882–883. Se även Lindberg & Westman, s. 255–256 och Reich, Consumer Law in the Information Society, s. 168.

[1000] ".se" är en nationell toppdomän. ".com" är i likhet med t.ex. ".net" och ".org" internationellt präglade generiska toppdomäner som är verksamhetsbeskrivande utan koppling till ett visst land. Carlén-Wendels, JT 1997-98, s. 884.

[1001] Jämför Davies, Law and the Internet, s. 115.

[1002] Inte ens domännamnet ".se" är en garanti för att motparten är svensk eller befinner sig i Sverige. Se Lindskoug, JT 1998-1999, s. 885–886 och Bogdan, SvJT 1998, s. 827.

[1003] Se Hoffmann, NJW 2001, s. 10.

[1004] Se närmare Hultmark, Elektronisk handel, s. 45.

En särskild situation gäller om konsumenten har öppnat sin brevlåda t.ex. på ett Internetcafé i Spanien under en semesterresa där. Konsumenten har då inte befunnit sig i sitt hemvistland när hon har mottagit säljarens erbjudande. Var konsumenten rent faktiskt har tagit del av ett särskilt anbud bör dock inte enligt min mening spela någon roll för tillämpningen av artikel 5.2 och den första skyddssituationen.[1005] Denna uppställer endast krav på att anbudet är riktat till konsumenten i hemlandet. Att tillämplig lag skulle avgöras av var konsumenten av en tillfällighet råkade befinna sig när hon öppnade e-posten kan inte vara rimligt.[1006] Erbjudandet finns ju kvar i konsumentens elektroniska brevlåda när hon kommer hem!

Det väsentliga måste vara att konsumenten har vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i sitt hemvistland efter det att hon erhållit erbjudandet.[1007] Enligt Giuliano och Lagarde-rapporten synes kravet på konsumentens handlande inbegripa varje åtgärd företagen som en konsekvens av säljarens anbud eller annonsering.[1008] Det borde räcka med ett "musklick" i hemvistlandet, som leder till att en beställning skickas i väg till säljaren.[1009]

Har konsumenten däremot skickat sin beställning från Internetcafét i Spanien synes inte de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna ha vidtagits i konsumentens hemvistland. För att få skyddet i artikel 5 bör konsumenten alltså avvakta med att göra sin beställning tills hon har kommit hem till Sverige. Det sagda är naturligtvis inte tillfredsställande, utan kan innebära att skyddet mot partshänvisningar avgörs av tillfälligheter.

Frågan är om det är lämpligt att göra en skillnad mellan fall där konsumenten gjort sin beställning genom att klicka på en symbol på en datorskärm i hemlandet Sverige och fall där det har skett utomlands. För en normal konsument kan sådana skillnader framstå som oförståeliga. En konsument som har fått erbjudanden genom e-post som hon öppnar under en vistelse utomlands kan ha goda skäl att direkt göra sin beställning därifrån. Konsumenten kan t.ex. vara angelägen att leverans sker så fort som möjligt.

[1005] Pålsson, Romkonventionen, s. 75: "Bestämmelsen gäller således inte om konsumenten har avgett sin beställning vid ett besök i näringsidkarens land även om avtalet föregicks av annonsering eller direktreklam i konsumentens land. Däremot krävs det inte att avtalet skall ha kommit till stånd i konsumentens land . Ej heller krävs det något kausalsamband mellan annonseringen och konsumentens åtgärder eller ens att konsumenten har sett eller haft kännedom om annonseringen". Likaså von Bar, s. 323. Se även BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 612–615, varom mer nedan avsnitt 7.4.3.

[1006] Jämför Lindskoug, JT 1998-99, s. 884, som synes vara av en annan uppfattning.

[1007] Se Kronke, RIW 1996, s. 988, om problem härvidlag.

[1008] Se Giuliano & Lagarde, s. 24. Se även avsnitt 4.3.2.3.

[1009] Se härom Hoffmann, NJW 2001, s. 10.

I Bryssel I-förordningen har problematiken lösts så att konsumenten inte behöver ha vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i sitt hemvistland för att komma i åtnjutande av det processrättsliga konsumentskyddet. Det är tillräckligt att en person bedriver kommersiell verksamhet i den EU-medlemsstat där konsumenten har hemvist eller på något annat sätt riktar sådan verksamhet till flera medlemsstater, däribland konsumentens hemvistland, *och* att avtalet faller inom ramen för sådan verksamhet för att konsumenten skall komma i åtnjutande av konsumentskyddet. Enligt Bryssel I-förordningen slipper man således problem med att fastställa var en konsument har vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna. Det finns med andra ord anledning att förespråka att Bryssel I-förordningens lösning redan nu får betydelse för tillämpning av Romkonventionen. Det är emellertid tveksamt om Romkonventionen kan kompletteras på detta sätt utan att bryta mot kravet på en enhetlig tolkning och tillämpning av konventionens regler enligt artikel 18.

Ett annat problem gäller s.k. "mailinglistor" eller "newsletters" där konsumenten i förväg har registrerat sig som mottagare av reklam eller erbjudanden från en viss säljare. Säljaren skickar då ut reklam eller erbjudanden genom e-post. Detta är t.ex. vanligt vid Internethandel med böcker. I dessa fall bör av skäl som redan anförts ovan i avsnitt 6.3.1.2 säljaren utgå från att tvingande regler i lagen i konsumentens hemvistland kan verka inskränkande på lagvalsfriheten. Sålunda bör den konsument som enligt exempelfallet i avsnitt 6.1 fått ett e-posterbjudande av en amerikansk säljare avseende en prenumeration anses ha fått ett särskilt anbud riktat till sig i hemvistlandet. Hon bör därför kunna förlita sig på det skydd som svenska konsumentskyddsregler ger om hon har gjort sin beställning från Sverige. Den valda avlägsna rättsordningen kan således komma att korrigeras genom svensk konsumentskyddsreglering.[1010]

Ytterligare gränsdragningsproblem gäller reklam eller erbjudanden som automatiskt kommer upp på datorskärmen när konsumenten söker på ett visst ord på en sökmotor.[1011] Ur ett konsumentperspektiv framstår erbjudandet ofta som oväntat eller kanske t.o.m. överrumplande, och sådana försäljningsåtgärder kan anses uppvisa gemensamma drag med hemförsäljning eller telefonförsäljning. Det finns därför en befogad anledning att anse att det är fråga om ett särskilt anbud riktat till konsumenten i

[1010] Här förutsätter jag att cd-skivor behandlas som en lös sak, vilket inte alls är en självklarhet. Se närmare SOU 1999:106, s. 75–76 och Lindberg & Westman, s. 69 och 267–270.

[1011] "I et stadig mer komplekst samfunn, og begravd i en informasjonslavine, er individet iferd med å miste oversikten og dermed muligheten till selvstendighet": Thue, FS Eckhoff, s. 721. Om s.k. meta-taggar, se Hoffmann, NJW 2001, s. 32.

hennes hemvistland även i dessa fall.[1012] Den säljare som använder sig av dylika försäljningstekniker måste vara medveten om att erbjudanden kan nå konsumenter i olika länder. Annars får säljaren klargöra i vilken utsträckning det särskilda anbudet är begränsat till konsumenter i vissa länder eller till en viss målgrupp.[1013]

6.3.1.3 Annonsering i konsumentens hemvistland – skillnaden mellan passiva och aktiva konsumenter

Förutom i de situationer där säljaren har riktat ett särskilt anbud till konsumenten kan Romkonventionens skydd aktualiseras om avtalet har föregåtts av annonsering i konsumentens hemvistland. Annonsering i en tidning eller i ett reklaminslag på TV kan som regel, i vart fall tekniskt, knytas till ett visst land. När kan annonsering på Internet anses utgöra ett erbjudande som riktar sig till konsumentens hemvistland eller till en svensk publik?[1014] En privatperson i Sverige med Internetanslutning kan i princip nå all världens webbsidor. Skall det också innebära att alla erbjudanden som finns på Internet skall ses som annonsering i Sverige?

Man skulle kunna hävda att en annons som läggs ut på Internet och som kan ses av konsumenter i Sverige också utgör annonsering här.[1015] Det kan anses ligga i en webbsidas natur att den är tillgänglig för var och en runt om i världen som är ansluten till Internet.[1016] De säljare som bjuder ut sina varor och tjänster på Internet skulle med andra ord få stå riskerna för att främmande lagar kan bli tillämpliga eller att främmande regler kan inkräkta på en lag som enligt avtalsvillkoren är tillämplig.

I Giuliano och Lagarde-rapporten förklaras att säljaren måste ha vidtagit vissa åtgärder i konsumentens hemvistland, såsom annonsering i radio, TV, tidningar eller kataloger särskilt riktade till det landet, för att

[1012] Se Hultmark, Elektronisk handel, s. 79–80 och 84. Allmänt om e-post, se Lindberg & Westman, s. 66–67.

[1013] Hultmark, a. a. s. 84, synes vara av denna uppfattning. Se även Carlén-Wendels, JT 1997-98, s. 889 och Lindskoug, JT 1998-1999, s. 887.

[1014] Frågan har bl.a. diskuterats av Lindberg & Westman, s. 48–49 och 66–67; Lindskoug, JT 1998-1999, s. 887–892 och Bogdan, Ny juridik 1999, s. 14. Problem beträffande länkar eller hypertextlänkar i form av understrukna ord som man genom att peka på kommer vidare till en annan webbplats behandlas av Lindberg & Westman, s. 45, 58, 203–204.

[1015] Se Mankowski, RabelsZ 1999, s. 235, som synes biträda en så långtgående slutsats.

[1016] Denna åsikt företräds av Kronke, RIW 1996, s. 988. Detta kan dock inte gälla under vissa förutsättningar, t.ex. beträffande de elektroniska köpcentra där medlemskap krävs. Se härom Hultmark, Elektronisk handel, s. 20.

skyddet i artikel 5 skall komma ifråga.[1017] I litteraturen har anförts att detta torde innebära att säljaren måste ha en avsikt i förhållande till konsumentens hemvistland.[1018] Den centrala frågan är då huruvida det går att etablera en sådan avsikt hos en säljare som har annonserat på en webbsida.

Man kan hävda att den säljare som väljer att vara verksam på Internet måste vara medveten om att en annons är tillgänglig för konsumenter runt om i världen. Säljaren får därför vara beredd att ta de risker som hänger samman härmed.[1019] Säljaren bör således genom att placera sitt erbjudande på Internet anses ha en avsikt i förhållande till de konsumenter som kan läsa erbjudandet. En konsument skulle då varken vara mer eller mindre aktiv när hon "surfar" på Internet i jakt på erbjudanden, än när hon går ut och köper en tidning inriktad på en internationell marknad och däri läser eller letar efter särskilda annonser. I slutändan är det säljaren som bestämmer med vem avtal ingås. En seriös "näthandlare" kan enkelt på sin webbsida ange att hon inte levererar till vissa länder. Eljest bör konsumenten kunna räkna med skyddet i artikel 5.2 i Romkonventionen, såvida inte omständigheterna i övrigt brister.

En sådan ståndpunkt kan dock förefalla överdriven. Att anse att en annons placerad på en webbsida är riktad till alla som kan se den med "tittarens" lag som utslagsgivande avtalsstatut vore att gå alltför långt, i vart fall utan att kräva några ytterligare aktiviteter från säljaren. Då Internet präglas av ett större mått av interaktivitet än traditionell massmedia (t.ex. TV, radio och tidningar), kan användaren själv i större utsträckning än annars välja vilken information eller vilka erbjudanden hon vill få till-

[1017] "The first indent relates to situations where the trader has taken steps to market his goods or services in the country where the consumer resides. It is intended to cover *inter alia* mail order and door-step selling. Thus the trader must have done certain acts such as advertising to the press, or on radio or television, or in the cinema or by catalogues aimed specifically at that country, or he must have made business proposals individually through a middleman or by canvassing. If, for example, a German makes a contract in response to an advertisement published by a French company in a German publication, the contract is covered by the special rule. If, on the other hand, the German replies to an advertisement in American publications, even if they are sold in Germany, the rule does not apply unless the advertisement appeared in special editions of the publication intended for European countries. In the latter case the seller will have made a special advertisement intended for the country of the purchaser." Giuliano & Lagarde, s. 23–24. Se även ovan avsnitt 4.3.2.3.

[1018] Se särskilt Lando, KCLJ 1996-97, s. 72 och Pålsson, Romkonventionen, s. 74. Båda författarna framhåller att näringsidkaren måste ha varit aktiv på något sätt i förhållande till konsumentens hemland. Se även Kronke, RIW 1996, s. 988.

[1019] För en övertygande argumentation i denna riktning, se Lindskoug, JT 1998-1999, s. 889–890.

gång till.[1020] Hennes valmöjligheter skulle då medföra att också hon själv förväntas vara uppmärksam angående olika rättsfrågor. En modern konsument kan anses vara aktiv när hon med hjälp av sökmotorer eller s.k. shoppingagenter på egen hand letar efter förmånliga erbjudanden.[1021] I en sådan situation kan det uppfattas som främmande att påstå att konsumenten varit passiv, och berättigad till Romkonventionens skydd. Bara för att en säljare annonserat på en webbsida innebär inte att det finns en avsikt att nå alla konsumenter som har en Internetanslutning. I dessa fall skulle i stället konsumenten kunna betraktas som den uppsökande parten. Situationen kan jämställas med det exempelfall som presenterades i avsnitt 4.1 där en svensk konsument på egen hand kontaktat ett franskt postorderföretag efter att ha sett en annons i en fransk postorderkatalog. Även om det franska företaget godtagit att utföra konsumentens beställning och leverera till Sverige har företaget inte haft någon avsikt att marknadsföra sig på den svenska marknaden, varför konsumenten inte torde åtnjuta särskilt skydd mot partshänvisningar i det fallet.[1022]

Det är tveksamt om man kan tillmäta olika medel för distanskommunikation betydelse i lagvalssammanhang.[1023] Vad gäller då om en konsument laddat ner ett radio- eller TV-program på sin hemdator där hon hör eller ser reklam, varefter en beställning görs? En juridik där den valda tekniken eller olika tekniska finesser styr utgången är troligtvis helt obegriplig för en genomsnittlig Internetanvändare.[1024] Den centrala frågan i det nu aktuella sammanhanget bör i stället vara vilka krav som enligt Romkonventionen kan ställas på annonsering på Internet för att den skall anses vara riktad till en nationell, en regional eller en internationell marknad.[1025]

Jag har funnit det naturligt att söka vägledning inom marknadsrätten.[1026] Frågan om vilken betydelse som kan tillmätas utländska marknadsföringsåtgärder på den svenska marknaden är inom detta rättsområde

[1020] Åkerman & Thunman, JT 1997-98, s. 446, anser att Internet, till skillnad från en internationell tidning eller ett internationellt radio- eller TV-program, inte är föremål för spridning eller sändning. De anser att det på Internet snarare är fråga om hämtning. Se även Lindberg & Westman, s. 26.

[1021] Lindberg & Westman, s. 25–26.

[1022] Se ovan avsnitt 4.3.2.3.

[1023] En sådan skillnad förefaller dock Åkerman & Thunman göra. Se Åkerman & Thunman, JT 1997-98, s. 446.

[1024] Bogdan, Ny juridik 1999, s. 8–9.

[1025] Se även Seipel, SvJT 2000, s. 275, som skriver att vissa Internetföretag anpassar sig till den lokala rättordningen i varje etableringsland när det t.ex. gäller hur avtal kan ingås elektroniskt och tillämpliga konsumentskyddsregler. Enligt honom innebär det t.ex. att norska kunder slussas in i den norska systemdelen, finska i den finländska, osv.

[1026] Lindskoug, JT 1998-1999, s. 888, varnar för att automatiskt tillämpa offentligrättsliga principer i internationellt privat- och processrättsliga sammanhang. Se även MD 2000:19 och Bogdans rättsfallskommentar i JT 2000-01, s. 621–625.

sedan länge bekant.[1027] Detta innebär naturligtvis inte att man automatiskt kan applicera nationella svenska lösningar av huvudsakligen offentligrättslig karaktär på uttryck i Romkonventionen. Konventionen skall tolkas och tillämpas enhetligt enligt artikel 18, och inte med utgångspunkt i varje konventionsstats egen uppfattning om ett visst uttryck.[1028]

Av särskilt intresse i sammanhanget är enligt min mening de nordiska Konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet och motsvarande kommunikationssystem, utfärdad i februari år 1999.[1029] Denna ståndpunkt tillkom i syfte att stärka konsumenternas rättsliga ställning i informationssamhället. Ståndpunkten innehåller en vägledning för när marknadsföring kan anses riktad mot den svenska eller den nordiska marknaden. Den sammanfattar dessutom väl de faktorer (argument) som kan påverka bedömningen av när annonsering är riktad till konsumentens hemvistland och som har framförts i den internationellt privaträttsliga diskursen.[1030]

I denna vägledning har beträffande den geografiska räckvidden av marknadsföringen en rad faktorer uppställts som utifrån en helhetsbedömning kan vara avgörande. Vid bedömningen kan t.ex. ingå vilka språk, vilken valuta eller andra nationella kännetecken som används, i vilken omfattning verksamheten eller den ifrågavarande prestationen i övrigt marknadsförs på den aktuella marknaden, i vilken utsträckning det föreligger ett samband mellan marknadsföring på Internet och andra marknadsföringsåtgärder på den aktuella marknaden samt i vilken utsträckning näringsidkaren accepterar att ingå avtal med konsumenter hemmahörande i det aktuella nordiska landet.[1031]

[1027] Utgångspunkten är att svensk marknadsföringslagstiftning enbart reglerar förhållanden direkt inriktad på Sverige även om reklamen inte är producerad här samt även på internationell sådan om åtgärderna delvis, i inte obetydlig grad, även riktar sig mot den svenska marknaden. Svensk rättspraxis ger stöd för en sådan bedömning när det gäller andra medier än Internet och borde vara tillämplig även vid marknadsföring på Internet. Marknadsföringslagen gäller marknadsföring i alla medier och behandlar näringsidkarens marknadsföring av sina produkter. Lagen förbjuder marknadsföring som inte överensstämmer med god marknadsföringssed, dvs. branschpraxis och andra vedertagna normer som etablerats inom näringslivet. Om däremot marknadsföringen i och för sig bara avser en viss utländsk marknad är svensk marknadsrättslig lagstiftning inte tillämplig. Se t.ex. MD 1989:6; prop. 1970:57, s. 93; prop. 1977/78:178, s. 48 och 53 och SOU 1999:106, s. 126.

[1028] Se nedan avsnitt 7.3.3.

[1029] De nordiska Konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet, KOV/KO Februari 1999.

[1030] Se t.ex. Bogdan, Ny juridik 1999, s. 14; Arnt Nielsen, Julebog 1999, s. 20; Lindskoug, JT 1998-1999, s. 891; Carlén-Wendels, JT 1997-98, s. 885; Kronke, RIW 1996, s. 988–990; Dicey & Morris, s. 1289–1290; Dutoit, European PIL, s. 53 och Firsching & von Hoffmann, s. 404.

[1031] De nordiska Konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet, KOV/KO Februari 1999, s. 3.

Vissa faktorer bör dock enligt min mening tillskrivas mindre tyngd än andra. Så kan t.ex. inte språket i en annons ensamt vara avgörande. Det går att föreställa sig situationer där en annons är riktad till en grupp konsumenter bosatta i Sverige trots att annonsen inte är utformad på det svenska språket, t.ex. om en annons är utformad på ett internationellt gångbart språk som engelska och annonseringen i övrigt är av universell karaktär.[1032] Omvänt kan det tänkas att ett erbjudande är utformat på det svenska språket, men bara riktat till utlandssvenskar i exempelvis Storbritannien.

Kan konsumenten välja i vilken valuta hon vill betala (s.k. multipla valutor), och en "valbar" valuta är svenska kronor eller om svenska betalningslösningar i övrigt har använts, kan detta möjligen anses tyda på att säljaren annonserar i Sverige även om marknadsföringen är utformad på ett främmande språk. Valutans betydelse som vägledning måste i många fall allmänt anses ha minskat sedan övergången till en gemensam valuta i flertalet av EU-medlemsstaterna.

Är säljaren villig att leverera hit kan man eventuellt anse att säljaren har en avsikt i förhållande till konsumenter i Sverige. Möjligtvis skulle det då kunna anses att det finns anledning att vara mer frikostig med tillämpningen av artikel 5 i Romkonventionen.[1033] I slutändan är det som bekant säljaren som väljer med vem avtal skall träffas.[1034] Väljer säljaren att leverera till ett visst land får vederbörande också finna sig i att det landets skyddslagstiftning kan bli tillämplig.

Jag vill dock poängtera att detta inte är en säker slutsats. I anslutning till vad som anfördes i avsnitt 4.3.2 förefaller Romkonventionen förutsätta att en säljare måste ha en avsikt att annonsera i ett visst land för att skyddet mot partshänvisningar skall aktualiseras. En säljare kan naturligtvis annonsera på Internet, utan att för den skull ha en avsikt att nå konsumenter i ett visst land. Detta synes enligt Romkonventionen gälla även om säljaren vet att annonseringen kan nå konsumenter i ett visst land och säljaren levererar dit.[1035] Mot denna bakgrund skulle kunna hävdas att förutsättningarna för det särskilda konsumentskyddet i Romkonventionen inte föreligger om säljaren på Internet rent allmänt visar sitt utbud.

Som man kan se krävs här en bedömning grundad på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är naturligtvis inte någon lämplig lösning när det gäller konsumentproblem som är av principiell karaktär och dessutom har stor praktisk betydelse. När frågan gäller vilket skydd en konsument har mot partshänvisningar enligt Romkonventionen råder idag

1032 Se även Lindskoug, JT 1998-1999, s. 891–892.
1033 Lindberg & Westman, s. 48.
1034 Se Lindskougs resonemang om saken i JT 1998-99, s. 890.
1035 Se Morse, ICLQ 1992, s. 7.

stor osäkerhet, och den ena ståndpunkten kan svårligen sägas vara mer riktigt än den andra. Det är således vanskligt att förutse vilket lands regler som i slutändan blir tillämpliga. Om man dessutom beaktar att konsumenter bl.a. värdesätter tillgång till fullständig och rättvisande information är den rådande ordningen långtifrån tillfredsställande.[1036] Osäkerhet är generellt ett hinder för internationell handel, och kan i synnerhet göra det mindre intressant för konsumenter att handla på Internet över gränserna.

> Situationen har inom EU inte ansetts som tillfredsställande. Det har lett till antagandet av EG-direktivet (2000/31/EG) om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden.[1037] Direktivet kan beskrivas som ett rättsligt ramverk avsett att säkra en väl fungerande marknad med sikte på att underlätta informationssamhällets tjänster som tillhandahålls "on-line". Direktivet synes kunna omfatta stora delar av det utbud som finns tillgängligt för konsumenter genom Internet från leverantörer som är etablerade inom EU. I direktivet uppställs bl.a. krav på att tjänstemottagaren har tillgång till leverantörens namn och geografiska säte. Det skall härutöver vara möjligt att identifiera kommersiella meddelanden som sådana. Utomrättslig lösning av framför allt konsumentvister uppmuntras (se ovan avsnitt 3.2.1). Med vissa undantag gäller den s.k. ursprungslandsprincipen. Principen innebär att etableringslandet skall utöva kontroll över leverantörens verksamhet och sörja för att verksamheten överensstämmer med nationella lagregler tillämpliga i denna medlemsstat. Om leverantören skulle kontrolleras flera gånger, t.ex. varje gång vederbörande agerar över gränserna, skulle leverantören ställas i en sämre situation än de leverantörer som agerar på en marknad. Från denna marknadsrättsliga princip har enligt en bilaga till direktivet bl.a. undantagits avtalsförpliktelser vid konsumentavtal. Vidare reglerar direktivet enligt artikel 1.4 inte internationellt privaträttsliga frågor.[1038]

6.3.2 Den andra skyddssituationen

Artikel 5.2 p. 2 anger att en konsument skall skyddas av konsumentregler i sitt hemvistland om säljaren har mottagit konsumentens anbud (beställning) i det landet. Är en beställning som konsumenten har gjort på en webbsida genom sin hemdator i Sverige liktydigt med att säljaren har mottagit hennes anbud här?

[1036] Se skr. 2001/02:148, s. 29.

[1037] Se a. skr., s. 28.

[1038] För en bakgrund till direktivet och dess tillkomsthistoria, se t.ex. Lambertz, SvJT 2000, s. 238; R. Nielsen, Julebog 1999, s. 253–282; Fallon & Francq, Private Law, s. 162–163 och SOU 1999:106, s. 81.

Denna skyddssituation kan inte anses lämpad för att fastställa tillämplig lag på avtal som träffats på Internet. Skyddssituationen förefaller ha en "fysisk innebörd", dvs. den förutsätter att konsumenten personligen har träffat säljaren eller dennas representant i sitt hemvistland.[1039] Det vore inte heller skäligt om en konsument kunde åberopa skyddet i hemvistlandets lag bara på grund av att hon ha skickat sin beställning härifrån, utan att det i övrigt finns någon anknytning till hemviststaten.

6.4 Direktivbaserade lagvalsregler

6.4.1 Kompletterande skydd genom EG-direktiv

Till följd av de redan kartlagda direktivbaserade lagvalsreglerna i 13 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorslagen), 23 § i lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen) och den föreslagna bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen (1990:932) kan man behöva lägga ner stor möda för att finna de materiella regler som är tillämpliga på en tvist angående avtal genom Internet. I avsnittet 4.5.2 förklarades att konventionens lagvalsregler enligt artikel 20 i Romkonventionen ger företräde för de direktivbaserade lagvalsreglerna. Där hävdades också att de direktivbaserade lagvalsreglernas effekter inte kan bedömas utan hjälp av Romkonventionen.[1040] För att kunna fastställa konsumenters rättsskydd är det således nödvändigt med en parallell tillämpning av lagvalsregler i olika instrument och av olika hierarkisk rang.[1041]

De direktivbaserade lagvalsreglerna anger när vissa materiellrättsliga regler i en EES-lag skall tillämpas, trots att en lag utanför EES-området har valts som tillämplig. Dessa regler kan beskrivas som resultatorienterade och de korrigerar alltså ett redan företaget lagval med avseende på det materiella resultat som skall uppnås. Är den EES-lag som skulle ha varit tillämplig i avsaknad av en partshänvisning i vissa hänseenden mer förmånlig för konsumenten än den avtalade lagen kan vissa regler i EES-lagen således begränsa en partshänvisnings räckvidd.[1042] De direktivbaserade bestämmelserna gäller inte där en lagvalsklausul utpekar lagen i ett EES-land som tillämplig och inte heller där den avtalade lagen i en icke EES-stat ger ett mer förmånligt skydd än den annars tillämpliga EES-lagen.

[1039] Se Giuliano & Lagarde, s. 24. Se även Kronke, RIW 1996, s. 988–989.

[1040] Se ovan avsnitt 4.5.2.

[1041] Se ovan avsnitt 3.1.

[1042] Det är konsumenten som får åberopa de regler som hon vill stödja sig på. Se ovan avsnitt 3.3.3.2.

I samband med distansköp på Internet kan tillämpningen av de direktivbaserade lagvalsreglerna i förening med tillämpning av Romkonventionen bli så invecklad att det blir svårt att med rimlig säkerhet förutsäga vilka regler som i slutändan kommer att tillämpas.

6.4.2 Exempel

Låt oss utgå från det exempelfall som gavs i inledningsavsnittet. En svensk konsument har träffat avtal med en irländsk säljare genom Internet om köp av 1) en vara, 2) en digital produkt som inte kan anses vara en lös sak eller 3) en tjänst. Vi antar att avtalet innehåller en partshänvisning till lagen i en delstat i USA och att tvisten kommer upp till prövning i Sverige.

1 a) Har konsumenten köpt en vara – i betydelsen lös sak – föreskriver de direktivbaserade lagvalsreglerna i 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den föreslagna bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen att den valda lagen inte skall gälla beträffande vissa regler i lagarna, om den annars tillämpliga EES-lagen ger konsumenten ett bättre skydd härvidlag.[1043] Om den annars tillämpliga lagen enligt artikel 5.3 i Romkonventionen är konsumentens lag, då en skyddssituation i artikel 5.2 är uppfylld, inkräktar de direktivbaserade lagvalsreglerna högst avsevärt på tillämpningsområdet av artikel 5. De direktivbaserade lagvalsreglerna synes dock inte ge konsumenten ett skydd som inte redan uppnås genom artikel 5 i Romkonventionen utan ger i stället ett mer fragmentariskt till vissa regleringar begränsat skydd. Enligt konventionens artikel 5 är konsumenten redan garanterad ett skydd mot för henne oförmånliga partshänvisningar. Konsumenten kan enligt den bestämmelsen stödja sig på svenska konsumentskyddsregler i konsumentköplagen, distansavtalslagen och avtalsvillkorslagen, eller andra svenska skyddsregler som har relevans för den aktuella tvisten. När artikel 5.3 anger den objektivt tillämpliga lagen inom ramen för skyddsvärda situationer som regleras av de direktivbaserade lagvalsreglerna synes därför inte reglerna erbjuda något skydd som inte redan kan uppnås enligt Romkonventionen. I exempelfallet gör konsumenten klokt i att enbart stödja sig på artikel 5 i konventionen för att hävda att hon genom partshänvisningen till den amerikanska delstatens lag blivit berövad det skydd som hon har enligt hemvistlandets lag.

[1043] De bestämmelser som de direktivbaserade reglerna synes avse är avtalsvillkorslagens tolkningsregler i 10–12 §§ och motsvarande bestämmelser i utländska rättsordningar, distansavtalslagens regler om säljarens informationsskyldighet och konsumentens ångerrätt i 10 § och 13–20 §§ och konsumentköplagens samtliga regler om konsumentköp i lagen och deras utländska motsvarigheter. Se ovan avsnitt 4.5.2.

b) Annorlunda verkar bedömningen bli om konsumenten på Internet köpt en vara (lös sak), under andra förutsättningar än de som anges i artikel 5.2 i Romkonventionen, eftersom partsautonomi råder fullt ut enligt artikel 3. De direktivbaserade lagvalsreglerna garanterar då att konsumenten trots en partshänvisning till ett tredje lands lag får det skydd mot oskäliga avtalsvillkor, distansavtal och konsumentköp som den i avsaknad av partshänvisningen tillämpliga EES-lagen ger.[1044] Den i avsaknad av en överenskommelse tillämpliga lagen är enligt Romkonventionens artikel 4 troligen säljarens lag, dvs. irländsk lag. I exempelfallet gäller att den valda lagen i delstaten Kalifornien är tillämplig, med undantag av irländska regler om oskäliga avtalsvillkor, regler om distansavtal och regler om konsumentköp (dvs. utländska regler motsvarande de som finns i avtalsvillkorslagen, distansavtalslagen och konsumentköplagen). Detta gäller dock bara om de irländska reglerna skulle anses vara mer förmånliga för konsumenten än liknande regler i den avtalade lagen. I den nu aktuella situationen har konsumentens rättsskydd kompletterats med regler av EG-rättsligt ursprung. De direktivbaserade reglerna ger skydd oavsett under vilka omständigheter ett avtal ingåtts, till skillnad från Romkonventionen.

2. När det gäller konsumentens rättsliga ställning vid köp av nyttigheter som inte kan klassificeras som vara (i betydelsen lös sak) säkerställer 13 § avtalsvillkorslagen och 23 § distansavtalslagen ett visst, dock ganska begränsat, skydd som inte Romkonventionen förmår garantera i avtalsförhållanden som innehåller partshänvisningar.[1045] Om den valda lagen i delstaten Kalifornien ger ett sämre skydd än den eljest tillämpliga lagen gäller inte partshänvisningen i det avseendet. Den i avsaknad av val tillämpliga lagen är enligt artikel 4 i Romkonventionen förmodligen irländsk lag.[1046] Även om avtalet har ingåtts under sådana situationer som anges i artikel 5.2 i Romkonventionen är ett köp av en nyttighet som inte är en vara (lös sak) inte ett konsumentköp i konventionens mening enligt artikel 5.1.[1047] I viss mån erbjuder alltså de direktivbaserade lagvalsreglerna också i denna situation ett skydd som inte Romkonventionen kan tillhandahålla. Problematiskt är att skyddet som 13 § avtalsvillkorslagen och 23 § distansavtalslagen ger enbart tar sikte på vissa tolkningsregler avseende oskäliga avtalsvillkor (10–12 §§ i avtalsvillkorslagen och

[1044] Se ovan avsnitt 4.5.3.

[1045] Den föreslagna bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen gäller bara köp av varor i betydelsen lös sak. Se prop. 2001/02:134, s. 87.

[1046] Se ovan avsnitt 3.3.1.1.

[1047] Se även ovan avsnitt 2.3.4.4.

deras irländska motsvarigheter) respektive regler om distansavtal (10 § och 13–20 §§ och liknande bestämmelser i den irländska lagen). Bestämmelsen i 23 § distansavtalslagen avser således endast regler som har med själva "avtalsmekanismen" att göra, dvs. säljarens informationsskyldighet och konsumentens ångerrätt. När det gäller frågor om fel i leverans, dröjsmål och påföljder i anledning därav, har konsumenten inte något särskilt internationellt privaträttsligt skydd. Dessa frågor regleras av den valda lagen.[1048]

3 a) Gäller tvisten köp av tjänst enligt ett avtal som ingåtts under någon av skyddssituationerna i artikel 5.2 erbjuder enligt vad som anförts ovan under punkten 1 a) inte de direktivbaserade reglerna något skydd som konsumenten inte redan får enligt Romkonventionens lagvalsregel för vissa konsumentavtal.

b) Om konsumenten köpt en tjänst enligt ett avtal som ingåtts under andra skyddssituationer än de som anges i artikel 5.2 Romkonventionen får de direktivbaserade lagvalsreglerna i 13 § avtalsvillkorslagen och 23 § distansavtalslagen en viss positiv effekt på konsumentens rättsliga ställning i enlighet med vad som anfördes ovan under punkten 2. Även i detta fall synes dock skyddet vara tämligen begränsat.

6.4.3 Kritik

När det gäller köp av tjänster eller köp av andra nyttigheter än varor på Internet är lagvalsfriheten i avtal med konsumenter fortfarande omfattande. Konsumentens rättsliga ställning i sådana avtalsrelationer kan således alltjämt äventyras av en lagvalsöverenskommelse till förmån för en främmande lag som ger ett dåligt konsumentskydd. De tekniskt svårbegripliga direktivreglerna i 13 § avtalsvillkorslagen och 23 § distansavtalslagen ger inte konsumenter ett tillräckligt skydd mot partshänvisningar. Att partiellt "plocka" några regler om tolkning av avtalsvillkor, regler om näringsidkarens informationsskyldighet och konsumentens ångerrätt, som man gjort i dessa lagar och de bakomliggande direktiven, är enligt min mening knappast att beteckna som ett fullgott skydd. Den valda lagens regler gäller i övrigt om den inte skall inskränkas av andra skäl, t.ex. enligt artikel 5.2 i Romkonventionen.[1049]

Av de berörda problemsituationerna är det bara vid köp av varor i betydelsen lösa saker som det kan sägas finnas ett jämförelsevis gott skydd som svarar mot konsumenters behov i den gränsöverskridande Internet-

[1048] Se härom avsnitt 3.3.1.1.
[1049] Se ovan avsnitt 4.3.

handeln. Vill man ta skyddet för konsumenter på allvar beträffande de nu diskuterade Internetavtalen synes onödiga skillnader behöva elimineras mellan olika typer av produkter som konsumenter köper. Dessutom är förenklingar nödvändiga.[1050] Detta, i sin tur, förutsätter nya lagstiftningsåtgärder från gemenskapslagstiftaren.

6.5 Fastställelse av tillämplig lag enligt Romkonventionen när lagvalsavtal saknas

6.5.1 Konsumentens lag tillämpas i vissa situationer

I avsaknad av ett lagvalsavtal utgår Romkonventionens artikel 5.3 från att ett konsumentavtal skall underkastas lagen i det land där konsumenten har sitt hemvist om någon av skyddssituationerna i artikel 5.2 är uppfylld.[1051] Denna bestämmelse har behandlats mer ingående i avsnitt 4.6.1.

Ovan i avsnitt 6.3.1 har framkommit att det kan vara svårt att fastställa huruvida en näringsidkare som har marknadsfört sig på Internet också annonserat i konsumentens hemvistland. Kan exempelvis den konsument som i exemplet i avsnitt 6.1 beställt designerkläder från en säljare i Portugal förvänta sig att svensk lag gäller och avgör om hon har någon ångerrätt?

Bedömningen kan behöva göras från fall till fall.[1052] Det är inte säkert att det räcker med att säljaren levererar till Sverige för att konsumentens lag skall tillämpas, om säljaren i övrigt inte haft någon avsikt att nå konsumenter på den svenska marknaden. I denna situation är det troligtvis säljarens lag i Portugal som blir tillämplig enligt artikel 4, och inte konsumentens lag enligt artikel 5.3. Så bör i vart fall saken kunna bedömas om säljaren annonserat på portugisiska och priset på webbsidan angivits i portugisiska escudos (förutom i Euro). Är portugisisk lag avtalsstatut har konsumenten i enlighet med direktivet (97/7/EG) om konsumentskydd vid distansavtal och därpå grundade portugisiska regler en ångerrätt på minst sju dagar under vilka hon kan ångra avtalet.[1053]

[1050] Ett uttalande i denna riktning finns i Electronic Commerce and International Jurisdiction, Ottawa, 28 February to 1 March 2000, s. 5, Summary of Discussions prepared by Catherine Kessedijan with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada.

[1051] För lagtext, se ovan avsnitt 2.3.4.4.

[1052] Om en bedömning från fall till fall, se ovan avsnitt 6.3.1.3.

[1053] Från och med leveransdatumet har konsumenten en ångerrätt på sju dagar vid köp av varor, och vid avtal om tjänster från och med det att avtalet ingås. Om direktivet ur ett svenskt perspektiv, se Olsen, Consumer Law in the Information Society, s. 147–161. Se även ARN, beslut 1999-04-20, Ärn 1998-6114.

En annan bedömning kan behöva göras om det med rimlig säkerhet går att fastställa att säljaren haft en avsikt att sälja på distans, bl.a. till svenska konsumenter.[1054] Då kan konsumentens lag tillämpas enligt artikel 5.3 i Romkonventionen.

6.5.2 Tillämplig lag i andra situationer

6.5.2.1 Säljarens lag

Är de förutsättningar som anges i artikel 5.3 inte uppfyllda bestäms avtalsstatutet i enlighet med artikel 4 i Romkonventionen och den där angivna principen om den närmaste anknytningen.[1055] Artikel 4.2 innehåller den i Internetsammanhang mest betydelsefulla presumtionsregeln som anger till vilket land den närmaste anknytningen skall antas föreligga.[1056] Enligt denna bestämmelse skall det lands lag gälla där den part som skall utföra den för avtalet karakteristiska prestationen har sin vanliga vistelseort (i denna studies terminologi hemvist), sin centrala förvaltning eller sitt verksamhetsställe, oavsett om det är inom eller utom EU.[1057] Uttrycken hemvist, central förvaltning och verksamhetsställe blir oundvikligen problematiska i de fall affärsverksamheten har utövats på Internet.

Oavsett vad konsumenten har köpt enligt ett Internetavtal innebär presumtionsregeln normalt att lagen i det land där säljaren finns skall tillämpas på avtalet.[1058] Artikel 4 tar inte hänsyn till att en av parterna typiskt sett kan vara svagare än den andra. Denna regel kan i anslutning till vad som tidigare sagts (i avsnitt 4.6.2) således vara till nackdel för konsumenten, i vart fall i den bemärkelsen att hon kan tvingas förlita sig på lagstiftning i ett annat land. Även om en webbsida inte har någon fysisk belägenhet bör enligt Romkonventionen gälla att det är säljarens fysiska placering i form av kontor och liknande som är avgörande för vilket lands lag som skall tillämpas. Vid tolkning och tillämpning av Romkonventionen bör rimligen inte hänsyn tas till var parternas datorer befinner sig eller vilka vägar meddelanden tar sig fram till konsumenten eller säljaren.[1059]

Var den server som en e-postbrevlåda eller en webbplats är kopplad till är belägen borde således inte kunna tillmätas någon betydelse i detta

[1054] Jämför prop. 1999/2000:89, s. 25.

[1055] Om denna bestämmelse, se avsnitt 3.3.1.1.

[1056] Se ovan avsnitt 4.6.2.

[1057] Se prop. 1997/98:14, s. 41–42.

[1058] Se Giuliano & Lagarde, s. 20–21.

[1059] Till följd av det ökande antalet distansköp bör modern internationell privaträtt undvika att fästa vikt vid var ett avtal ingås. Se Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 270.

lagvalssammanhang.[1060] En server kan geografiskt sett vara placerad i vilket land som helst, utan anknytning till parterna. Skulle serverns fysiska placering ges betydelse för var säljaren har sin centrala förvaltning kan förmodas att mindre seriösa näringsidkare söker undgå tillämpning av en viss skyddsreglering genom att ladda upp sig mot en server placerad utanför EES-området i ett land med för säljaren "bekväm" regleringsnivå.[1061] Det skulle kunna leda till uppkomsten av "bekvämlighetsservrar" på samma sätt som det finns bekvämlighetsflagg för rederier.[1062]

I litteraturen har det också hävdats att toppdomännamnet (t.ex. ".com") skall vara avgörande för lagvalet och att toppdomänen bör kunna användas för att identifiera en parts belägenhet.[1063] Enligt min mening kan inte toppdomännamn användas för att på ett ändamålsenligt sätt fastställa säljarens centrala förvaltning eller huvudsakliga verksamhetsställe.[1064] Toppdomännamnet ".se" avser visserligen med viss säkerhet ett subjekt som har någon anknytning till Sverige, men det finns många andra toppdomännamn med internationell prägel som inte på något sätt kan anses förknippade med ett visst land. Eftersträvas således en mer övergripande lösning på lagvalsproblematiken bör inte toppdomännamn tillmätas betydelse.[1065]

En seriös säljare söker förmodligen undvika problem förknippade med lokalisering genom att ange en adress där hon kan nås. Problem kan dock inte uteslutas om säljaren inte tydligt på sin webbsida har angivit var hon befinner sig eller om webbsidan har tagits bort.[1066] Det skiljer sig dock inte avsevärt från de fall där en säljare på sitt kontor tagit emot en beställning och eventuellt en förskottsbetalning och sedan försvun-

[1060] Av denna åsikt synes också Carlén-Wendels vara. Carlén-Wendels, JT 1997-98, s. 885. Jämför dock Åkerman & Thunman, JT 1997-98, s. 440 och Davies, Law and Internet, s. 107.

[1061] Se R. Nielsen, Julebog 1999, s. 261–262.

[1062] A. st.

[1063] Se Åkerman & Thunman, JT 1997-98, s. 442. Även Bogdan har uttalanden i denna riktning, SvJT 1998, s. 827: "Ett företag uppträder på nätet normalt med sin hemsida, vilken ur datorns synvinkel identifieras med hjälp av en sifferkombination. För de mänskliga användarnas skull får denna "adress" också en mer läsarvänlig form (s.k. domännamn), ofta inkluderande namnet på företaget bakom adressen. De flesta, även om långt ifrån alla, domännamn innehåller även en geografisk uppgift, vilken placerar hemsidan i ett visst land. Den s.k. toppdomänen ".se" i slutet på ett domännamn klassificerar hemsidan som svensk."

[1064] Om toppdomäner, se t.ex. Lundberg s. 31–37 och Lindberg & Westman, s. 200–255. Domännamn ur ett danskt perspektiv, se Wallberg, UfR 2001, s. 47–51; Prehn, UfR 2001, s. 52–54 och Heine & Hedebrink, UfR 2001, s. 55–57.

[1065] För uttalanden i denna riktning, se Carlén-Wendels, JT 1997-98, s. 885.

[1066] Problem synes inte minst kunna uppkomma vid s.k. Internet-auktioner. Se vidare Hultmark, JT 2000-01, s. 54–55.

nit.[1067] Internet skiljer sig emellertid från andra fall i och med att det är enklare att vara oseriös, dvs. det är lättare att ta bort en webbsida från Internet än att lägga ner ett kontor.

6.5.2.2 Fullgörelse från ett annat verksamhetsställe

Om den karakteristiska prestationen enligt avtalet skall fullgöras från ett annat verksamhetsställe skall den närmaste anknytningen i stället enligt artikel 4.2 i Romkonventionen anses finnas till det land där det andra verksamhetsstället är beläget. Romkonventionen fäster härvidlag inte något avseende vid verksamhetsställets medverkan vid avtalets ingående, utan verksamhetsställets medverkan blir relevant enligt denna bestämmelse endast om den för avtalet karakteristiska prestationen skall fullgöras därifrån.[1068]

När denna del av presumtionsregeln kan tillämpas på Internetavtal är oklart i Internetsammanhang. Kan ett annat verksamhetsställe vara en webbsida om denna webbsida medverkar vid fullgörelse av digitala produkter?

6.5.2.3 Kan en webbsida utgöra ett verksamhetsställe?

Bogdan har analyserat frågan om en webbsida kan utgöra ett verksamhetsställe och kommit fram till att en interaktiv webbsida kan tänkas uppfylla de villkor som ställs för att ett verksamhetsställe skall anses föreligga enligt bl.a. Romkonventionens lagvalsregler.[1069]

Om jag förstår honom rätt anser han att en webbsida kan utgöra ett annat verksamhetsställe i Sverige enligt bl.a. artikel 4.2 i Romkonventionen om webbsidan är försedd med ett nationellt toppdomännamn, dvs. ".se", om webbsidan ger intryck av varaktighet, om webbsidan är interaktiv och avtalsförpliktelserna fullgörs digitalt på Internet genom att laddas ner på köparens dator samt lokaliseringen av webbplatsen har bragts till köparens kännedom vid tiden för avtalets ingående.[1070]

Presumtionen skall inte tillämpas om det av de samlade omständigheterna framgår att avtalet har en närmare anknytning till ett annat land. Även om en webbsida skulle anses vara ett verksamhetsställe som åsyf-

[1067] Som jämförelse kan användas ett fall där en svensk konsument beställt möbler av en snickare på Irland och erlagt en handpenning. Snickaren försvann sedermera med handpenning utan att ha fullgjort sin del av avtalet. Denna information har jag fått av f.d. konsumentvägledaren i Uppsala Charlotte Jonasson-Falk den 22 maj år 2002.

[1068] Fullgörelseorten bestäms av den tillämpliga lagen enligt artikel 10 i Romkonventionen.

[1069] Bogdan, SvJT 1998, s. 826–836.

[1070] Bogdan poängterar att nya medier förutsätter nya lösningar och att gamla regler också måste kunna användas i en ny miljö. Inlägget bör även ses som ett alternativ till ny reglering. Se Bogdan, SvJT 1998, s. 825.

tas i Romkonventionens artikel 4.2, kan ett annat lands lag tillämpas om man anser att webbsidans lokalisering i jämförelse med avtalets övriga geografiska anknytningar utgör ett för svagt anknytningsvillkor. Denna bedömning måste emellertid göras med hänsyn till samtliga omständigheter i varje konkret fall.[1071]

Bogdans förslag, tolkat på det sätt som gjorts ovan, skulle i princip innebära att en säljare är etablerad, eller i vart fall har verksamhetsställe, i varje land där en webbsida är tillgänglig beträffande vissa typer av köp.[1072]

Ur konsumentsynvinkel får förslaget betydelse för de konsumentavtal som faller in under den allmänna lagvalsregeln i artikel 4. Konsumenten skulle då i vissa fall kunna stödja sig på sitt hemvistlands lag, när säljaren kan anses ha verksamhetsställe i konsumentens hemvistland. Således anpassas nya problem till regler som inte haft dem i sikte. Detta kan illustreras med hjälp av det exempel som gavs i avsnitt 6.1 angående en konsument som köpt en programvara som levereras genom att laddas ner genom Internet av en irländsk säljare. När partshänvisning saknas skulle valet enligt Bogdans förslag bestämmas så att svensk rätt tillämpas enligt artikel 4.2 om den irländska säljaren av någon anledning har ".se" i sitt toppdomännamn. Annars skulle utgångspunkten vara att lagen i det land där säljaren har sin centrala förvaltning är tillämplig, såvida inte det finns ett huvudsakligt verksamhetsställe i ett annat land. Då skulle lagen i det landet tillämpas.

Om denna tolkning dras till sin spets kan man börja spekulera i vad som överhuvudtaget kan räknas som ett gränsöverskridande avtal.[1073] Jag har svårt att inse varför leveranser "on-line" skall bedömas annorlunda än leveranser "off-line" i lagvalshänseende. Varför skall en näringsidkare som genom en interaktiv webbsida säljer programvara behandlas annorlunda än en säljare som genom en interaktiv webbsida säljer pennor? Lagvalsrättsliga lösningar blir då beroende av tekniska lösningar och komplicerar enligt min mening lagvalet i onödan.

Genom att ta bort en webbsida försvinner lagvalsgrunden och tillämplig lag måste fastställas på annat sätt.[1074] Detta tjänar inte parternas in-

[1071] Bogdan, SvJT 1998, s. 836.

[1072] För en negativ inställning härtill, se Electronic Commerce and International Jurisdiction, Ottawa, 28 February to 1 March 2000, Summary of Discussions prepared by Catherine Kessedijan with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada, s. 9.

[1073] Om artikel 3.3 i Romkonventionen, se ovan avsnitt 4.3.2.1.

[1074] Nackdelarna är misstanken om att man från företags sida söker påverka lagvalsfrågan till egen fördel genom en taktisk placering av sina respektive webbplatser. Bogdan menar emllertid att man kan bortse från risken för kringgående av lag i den mån parterna har rätt att själva välja vilken lag som skall tillämpas på avtalet. Bogdan, SvJT 1998, s. 836.

tressen och deras berättigade krav på förutsebarhet. Man kan också befara ett ökat antal prorogationsklausuler där svensk domstols behörighet utesluts.[1075]

I det huvudsakligen marknadsrättsliga EG-direktivet (2000/31/EG) om vissa rättsliga aspekter på elektronisk handel (se ovan avsnitt 6.3.1.3) avvisas IT-specifika teknologiska kriterier som avgörande för var en verksamhet är etablerad. Det är t.ex. inte avgörande var en server som en webbsida befinner sig på står eller var en webbplats är tillgänglig. I punkten 19 till direktivets inledning kan läsas:

> "Tjänsteleverantörens etableringsort bör fastställas i enlighet med EG-domstolens rättspraxis, enligt vilken etableringsbegreppet omfattar det faktiska bedrivandet av näringsverksamhet med hjälp av ett fast driftsställe under obestämd tid. Detta krav uppfylls även om ett företag är bildat för en viss tid. För ett företag som tillhandahåller tjänster via en webbplats på Internet är etableringsorten inte den ort där utrustningen för webbplatsen finns eller den ort från vilken det går att nå webbplatsen, utan den ort där det utövar sin näringsverksamhet. När en tjänsteleverantör har flera etableringsorter är det viktigt att fastställa från vilken etableringsort tjänsten i fråga tillhandahålls. När det är svårt att avgöra från vilken av flera etableringsorter en viss tjänst tillhandahålls, skall detta vara den ort där centrum för leverantörens verksamhet ligger när det gäller denna särskilda tjänst."

Rättsliga lösningar får således inte bli beroende av tekniska lösningar. Även framdeles bör alltjämt parternas hemvist respektive etableringsstället vara avgörande för lagvalet, och en webbsida kan inte utgöra ett etableringsställe.[1076]

6.6 Sammanfattande kommentarer och slutsatser

Av allt att döma kommer de i detta kapitel behandlade frågorna att få en alltmer framträdande roll i takt med att Internethandeln blir vanligare bland konsumenter. Så länge det saknas enhetliga materiella regler inom EU är det nödvändigt att i "EU-interna", men dock gränsöverskridande, tvister lösa lagvalsfrågan.[1077] Även om utvecklingen i framtiden skulle leda till att materiella regler görs enhetliga inom EU, kvarstår lagvalsproblemet i de tvister som uppkommer på grund av avtal som konsumenter bosatta inom EU ingår med säljare i tredje länder. Behovet, och

[1075] Om prorogationsklausuler, se t.ex. ovan avsnitt 3.2.3.1 och 3.2.4.1.
[1076] Samma syn kan skönjas hos Mankowski, RabelsZ 1999, s. 223 och 294.
[1077] Se KOM (2001) 398 slutlig och KOM (2001) 531 slutlig.

nödvändigheten, av enkla "konsumentvänliga" lagvalsregler kommer att kvarstå för att göra det möjligt för konsumenter att på ett funktionellt sätt kunna ta tillvara sina rättigheter. Sådana regler måste också vara anpassade till en fortsatt teknisk utveckling.

I kapitlet har berörts problemet med att gällande lagvalsregler är dåligt anpassade till den problematik som Internethandel kan ge upphov till. Lagvalsreglerna kräver ofta för sin tillämplighet att ett visst rättshandlande går att platsbestämma. Internet präglas å sin sida av en global gränslöshet och en icke-fysisk belägenhet. Vid tillämpningen av t.ex. Romkonventionen kan svårigheter uppstå att bestämma när en säljare som har annonserat på Internet också har marknadsfört sig i konsumentens hemvistland, vilket skulle kunna motivera tillämpning av konsumentens lag.

Jag kan inte finna något allmängiltigt svar på den frågan, helt enkelt därför att olika intressen måste beaktas. Å ena sidan måste en säljare i den internationella handelns intressen kunna annonsera på Internet och som följd av denna annonsering leverera varor till konsumenter i länder hon inte har haft avsikt att nå. Det vore inte rimligt om säljaren skulle tvingas anpassa sin verksamhet till skyddslagstiftning i all världens länder. Å andra sidan har konsumenter som handlar på Internet efter att ha sett ett erbjudande ett behov av ett visst rättsligt skydd, och säljaren skall inte kunna utnyttja det faktum att vissa rättsordningar saknar konsumentskydd.

Det verkar med andra ord oundvikligt att inom ramen för gällande rätt göra en bedömning från fall till fall. Naturligtvis kan det leda till subjektivt färgade ställningstaganden i lagvalsfrågan där nationella domstolar i konventionsstaterna fäster vikt vid olika omständigheter med oenhetliga internationella avgöranden som följd.

Andra farhågor har att göra med att partsautonomi kan utnyttjas till konsumentens nackdel. Ett visst skydd mot partshänvisningar till ett tredje lands lag finns dock enligt de direktivbaserade lagvalsreglerna i 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § i distansavtalslagen samt den föreslagna bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen. Här kan man emellertid identifiera en skillnad i de fall där en konsument har köpt en vara i betydelsen lös sak eller om konsumenten har köpt en tjänst eller annan nyttighet, som inte kan klassificeras som en lös sak. I den senare situationen synes inte skyddet vara tillräckligt utbyggt.

Den bästa lösningen på Internetrelaterade konsumentproblem som jag kan se vore att Romkonventionens artikel 5 vid den förestående revideringen förs i linje med artikel 15 i Bryssel I-förordningen.[1078] I denna

[1078] Samma lösning har föreslagits av Lindskoug, JT 1998-1999, s. 887. Se även skr. 2001/02:148, s. 35, om revideringen av Romkonventionen.

artikel anges bl.a. att en konsument oavsett partsställningen i en tvist kan få en sak prövad i hemvistlandet 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."

Genom en lagvalsregel som bygger på likadana rekvisit skulle man bättre kunna anpassa lagvalet till realiteterna i Internethandeln. Skydd skulle då kunna erhållas också i situationer där en konsument av en tillfällighet gjort sin beställning från en dator i ett annat land.

7 Konsumentskydd vid köp av timeshare

Samtliga exempelfall som följer nedan är hämtade från det verkliga livet. År 1998 hade det inkommit ca 4 000 klagomål beträffande tidsdelat boende, s.k. timeshare, till konsumentorgan (Euroguichet) runt om i Europa.[1079] Sedan Konsument Europa öppnade i Stockholm år 2001 har drygt 28 procent av inkomna ärenden gällt svårigheter i samband med timeshare (av totalt 1 172 ärenden utgjorde 323 timeshare).[1080] De problem som är förknippade med timeshare bör alltså, med tanke på att de i princip aktualiseras varje vecka, tas på allvar.

7.1 Illustrationer

- Herr och fru P är på semester i Spanien. På semesterorten blir de stoppade på gatan av en svenskspråkig person som frågar om de vill skrapa en lott. Plötsligt har de vunnit! För att få ut vinsten måste de emellertid följa med till en cocktailbjudning. Under bjudningen lämnas information om s.k. timeshare-lägenheter.[1081] Av informationen framgår bl.a. att timeshare innebär att man köper en andel i en särskild lägenhet som ger nyttjanderätt vissa veckor varje år.[1082] Paret får förslag att köpa en timeshare-lägenhet på semesterorten. Efter flera timmars övertalning skriver de slutligen under ett avtal.[1083] Dagen efter ångrar de sig. Muntligen meddelar de säljaren att de anser sig ha fått bristfällig information, och att de därför inte kan bilda sig en korrekt uppfattning

[1079] Se SEC (1999) 1795 final, s. 24.

[1080] Se Konsument Europas årsrapport 2001, s. 16.

[1081] För kortfattad historik om timeshare, se t.ex. van der Merwe, IECL 1994, s. 179–180 och Maxwell, s. 7.

[1082] Uttrycket timeshare avser ursprungligen det bevis om delägande eller nyttjanderätt som köparen förvärvar.

[1083] Om konsumentproblem som förekommer vid försäljning av timeshare, se prop. 1996/97:127, s. 12–13; TemaNord 1995:646, s. 17–18 och 47–55 och Mäsch, EuZW 1995, s. 9. Se även ARN, Ärnr 1997-6645 och ARN, Ärnr 1999-6117SL.

om villkoren i avtalet. De förklarar vidare att de har svårt att överblicka åtagandet i ekonomiskt hänseende. De vill således frånträda avtalet. Enligt den information de fått av researrangören har alla timeshare-köpare inom EU en ångerrätt på 10 dagar enligt EG-direktivet (94/47/EG) om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis (timeshare-direktivet).[1084] Då avtalet löper på en period som överstiger tre år, och avser en årlig nyttjanderätt som inte är kortare än en vecka, hävdar herr och fru P att direktivets skydd gäller.[1085] Säljaren avvisar emellertid parets krav med hänvisning till en lagvalsklausul i kontraktet. Denna klausul lyder: "Parterna överenskommer härmed om att lagen på Cypern skall tillämpas på eventuella tvister dem emellan. Köparen är införstådd med att denna lag inte ger någon rätt att frånträda avtalet". Sedan herr och fru P låtit bli att betala köpeskillingen väcker säljaren talan vid svensk domstol med yrkande om fullgörelse av avtalet. Den svenska domstolen finner sig behörig enligt artikel 2 i Bryssel I-förordningen.[1086] Skall den valda lagen nu gälla med följden att paret berövas skyddet som timeshare-direktivet ger?

- En variation på denna problematik är att herr och fru P har förmåtts betala en handpenning med en växel alternativt att köpeskillingen erlagts i form av tio kreditkortsslippar om vardera 10 procent av köpeskillingen.[1087] Vilka möjligheter har paret att få tillbaka handpenningen respektive att stoppa utbetalningarna via kreditkortsslipparna? Enligt vilket lands lag avgörs dylika frågor?
- Makarna W har i många år haft en timeshare-lägenhet på Bahamas. De blir kontaktade av en person som erbjuder sig att sälja deras rätt i timeshare-lägenheten. Makarna blir dessutom övertalade att köpa en annan

[1084] Från och med oktober år 1997 har den svenska resebranschen förbundit sig att informera om timeshare genom en överenskommelse mellan Researrangörsföreningen i Sverige (RiS) och Konsumentverket, se KOV Dnr 96/K3494.

[1085] Timesharedirektivet (94/47/EG) är endast tillämpligt på avtal som ingåtts för minst tre år enligt vilka en säljare direkt eller indirekt upplåter, överlåter eller åtar sig att överlåta en sakrätt eller annan rätt som avser nyttjandet av fast egendom under en bestämd eller bestämbar tid av året, som inte får vara kortare än en vecka, se timesharedirektivets artikel 2. Se även ovan avsnitt 2.2.3.7.

[1086] De särskilda "konsumentbehörighetsreglerna" i artikel 15–17 i Bryssel I-förordningen aktualiseras inte i detta fall eftersom säljaren inte har marknadsfört sig i konsumentens hemvistland. Jämför avsnitt 3.2.3.1.

[1087] "There is no backing out of the agreement in many cases and many companies do not care to talk to purchasers for at least a week after 'button-up', so the cheque can clear or credit/charge card transaction can be processed. For many, this is too late. The purchaser is bound by the agreement". Så beskriver Maxwell timeshare-säljares beteende på marknaden. Maxwell, s. 5. Se även ARN Ärnr 1999-2224.

timeshare-lägenhet i ett nybyggt bostadskomplex på Bahamas. Enligt säljaren har de möjlighet att utnyttja den i ett bytessystem, de kan alltså byta sina veckor på Bahamas mot veckor i andra lägenheter på andra ställen runt om i världen. Därutöver får de genom avtalet tillgång till vissa servicefunktioner och fritidsaktiviteter. Det visar sig sedermera att säljaren inte lyckats avyttra makarnas rätt till den första timeshare-lägenheten.[1088] När makarna själva försöker sälja den visar det sig att efterfrågan på en andrahandsmarknad är mycket begränsad. Makarna riskerar att behöva betala kostnader för årligt underhåll, förvaltning och administration för två timeshare-lägenheter.[1089] Enligt vilket lands lag avgörs makarnas möjlighet att frånträda det senare timeshare-avtalet? Vilket lands lag bestämmer makarnas möjligheter att ställa anspråk på säljaren som misslyckats med försäljningen? Hur påverkas bedömningen av att det finns en lagvalsklausul till lagen på Bahamas?

- Ytterligare ett exempel gäller en köpare från Sverige som på semesterresa i Grekland förvärvat en rätt i en timeshare-lägenhet i en fastighet som är under uppbyggnad. Efter fyra år har hon fortfarande inte fått tillgång till lägenheten på grund av att huset inte är färdigbyggt.[1090] Köparen vill häva avtalet och få tillbaka köpeskillingen. Vilken lag avgör de påföljder köparen kan göra gällande mot säljarens kontraktsbrott?

Från avhandlingens undersökningsområde har som framgår av avsnitt 1.4 undantagits utlandsanknutna avtal om fast egendom bl.a. av hänsyn till den starka ställning som situsortens lag (lex rei sitae) har. Denna stats lag har ett starkt intresse i vilka rättigheter som egendomen får underkastas. Frågor som rör fast egendom regleras dessutom ofta av tvingande lagstiftning som den fasta egendomens ägare och andra rättsinnehavare måste rätta sig efter.[1091]

Ett undantag från undantaget har emellertid gjorts rörande de nu aktuella timeshare-avtalen. Förklaringen är att timeshare-avtal i allmänhet inte har till syfte att överföra äganderätt till fast egendom, utan det handlar om ett förvärv av en tidsbegränsad rätt att använda en viss lägenhet, eller i förekommande fall ett hus.[1092] Därmed följer att en köpare inte kan

[1088] Se KOV Ink. 1999-12-15 och ARN, Änr 1999-6117SL.

[1089] Se ARN Änr 1999-6894, för ett sådant fall.

[1090] Se UD/IRK 75/012 R 133 Ds och ARN Änr 1999-6894.

[1091] Se t.ex. Lipstein, Private Law, s. 409.

[1092] "Time-sharing which is especially attractive for resort and vacation purposes, has been described as the fourth dimension in ownership, adding the division of time to the two-dimensional ownership of land and to the three-dimensional ownership of apartments." van der Merwe, IECL 1994, s. 179.

ställa anspråk på själva egendomen; anspråk måste i stället riktas mot en säljare, ett bolag, en förening eller en förvaltare. Ett grundläggande antagande i detta kapitel är dock att timeshare handlar om en rättighet i relation till fast egendom.[1093]

Ur ett lagvalsperspektiv innebär det sagda att den starka ställningen som lex rei sitae typiskt åtnjuter inte gör sig gällande med samma styrka i fråga om timeshare-avtal, varför den hithörande problematiken kan följa andra lagvalsregler. Det sagda gäller dock inte om flera personer tillsammans förvärvar äganderätt till fast egendom och sinsemellan avtalar om en begränsad rätt i tiden att nyttja egendomen. Då gäller huvudregeln om lex rei sitae.

7.2 Timeshare-modeller

Timeshare eller nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis är alltså en internationell företeelse som främst förekommer inom turistnäringen.[1094] Idén med timeshare är att låta flera personer förvärva en rätt att under olika tidsperioder använda samma lägenhet (i fortsättningen benämnd en timeshare-lägenhet eller timeshare-andel).[1095] Förvärvet av nyttjanderätten kan avse ett visst antal år eller all framtid, och den kan gälla en eller flera veckor per år. De kommande årens användning betalas till största delen vid köpet. Standard, läge, årstid och tidsperiod avgör priset. Priset påverkas också av administration, underhåll och tillgången till service och fritidsaktiviteter av olika slag samt bytes- och vidareförsäljningsmöjligheter.[1096]

Timeshare-avtal där denna rätt förvärvas kan variera mycket i utformningen.[1097] Det går att urskilja två grundtyper av avtal. Man kan tala om avtal där en direkt eller indirekt äganderättsövergång äger rum och om avtal där någon äganderättsövergång inte sker.[1098]

[1093] Timeshare förekommer även i förhållande till lös egendom, t.ex. i båtar, husvagnar osv. För lagvalsfrågor i detta avseende, se Böhmer, s. 103–126.

[1094] Fördelen med timeshare kan vara att flera personer använder en och samma lägenhet fast under olika tidsperioder varför kostnaderna reduceras och man kan få en standard som man kanske inte annars skulle ha råd med. Se vidare om för- och nackdelar t.ex. Gam, s. 15–16; Maxwell, s. 16 och Sousa, s. 49–56.

[1095] I prop. 1996/97:127, s. 16, används i stället uttrycket bostadsandel.

[1096] Se a. prop., s. 11 och Tema Nord 1995:646, s. 38.

[1097] Se Maxwell, s. 8, som delar in timeshare i sex olika rättsliga former.

[1098] För vissa grundtyper av timeshare, se närmare Gam, s. 35–40; Böhmer, s. 3–4 och Sousa, s. 56–64.

7.2.1 Direkt och indirekt äganderätt

Äganderätten kan vara direkt. Timeshare som äganderätt kan t.ex. uppnås genom att flera köpare går samman och förvärvar fast egendom med tillhörande bekvämligheter; det är då fråga om samägande.[1099] Huvudregeln om lex rei sitae gäller. Timeshare i form av samäganderätt är en i många länder godkänd modell.[1100] Dessa timeshare-delägare brukar sinsemellan överenskomma om fördelning av nyttjanderätten i tid och rum.[1101]

Om indirekt äganderätt kan man tala när det inskjutits ett "mellanled" i form av ett associationsrättsligt arrangemang, t.ex. ett aktiebolag, handelsbolag eller en förening, som är ägare till den berörda fasta egendomen. Nyttjanderätten förvärvas då genom köp av aktier eller medlemskap och andelsrätt i en förening.[1102] Bolagsformen är i sammanhanget förbjuden enligt svensk rätt men tillåten i flera andra länder, däribland våra nordiska grannländer Danmark, Finland och Norge.[1103]

7.2.2 Kontraktsrättslig nyttjanderätt

Timeshare kan även uppnås genom en club/trustee-modell. Denna modell har sina rötter i det anglo-amerikanska trust-institutet.[1104] Modellen, som närmast kan beskrivas som en indirekt äganderätt, går ut på att säljaren/instiftaren grundar en ägarförening ("club = owners' association") som enligt stadgarna ger medlemmarna nyttjanderätt till egendomen. Denna anförtros en oberoende trust-förvaltare ("trustee") som skall förvalta egendomen som ägare med ägarföreningen som förmånstagare

[1099] Se Tema Nord 1995:646, s. 41. För lagvalsfrågor beträffande förhållandet mellan timeshare-innehavare, se Böhmer, s. 88–89.

[1100] Se Gam, s. 36.

[1101] Samägandeavtal som upprättats mellan delägare kan bli tämligen komplicerade och svåra att tillämpa i praktiken. En fara med modellen är risken för upplösning i förtid. I vissa länder är det möjligt att efter en förhållandevis kort tid upplösa samägandet så snart som en av samägarna önskar det med konsekvensen att egendomen måste säljas. Se Gam, s. 36 och prop. 1996/97:127, s. 17.

[1102] Som organisationsform är i vart fall aktiebolagsformen känd och reglerad i flera länder i Europa. Genom en associationsrättslig modell har aktieinnehavaren en säkrad nyttjanderätt i förhållande till bolagets borgenärer. Å andra sidan har bolagets borgenärer företräde till bolagets förmögenhet och det är bolaget som är direkt ägare till egendomen, varför det bara är genom sina organ bolaget kan ta lån med säkerhet i fastigheten. För en komparativ framställning, se Böhmer, s. 169–209 och Sousa, s. 61–63, 114–142, 178–179, 204–213, 231–234 och 244–246. Se även Gam, s. 36 och Mäsch, EuZW 1995 s. 10.

[1103] Se prop. 1996/97:127, s. 17.

[1104] Om trust, se Dicey & Morris, s. 1090–1100; Gam, s. 37–38; Böhmer, s. 20 och 74–77 och Zweigert & Kötz, s. 195–196 och 500.

("beneficiary") enligt instiftarens instruktioner. Som ersättning för överlåtelsen beviljas säljaren/instiftaren rätten att mot betalning välja ut nya medlemmar i ägarföreningen. I en stiftelseurkund ("deed of trust") anges förvaltarens rättigheter och skyldigheter; i synnerhet kan anges att den från säljaren/instiftaren övertagna egendomen endast besittes för medlemmarna, liksom att trust-förvaltaren vanligen är bemyndigad att motta köpeskilling och förbjuda att avhända sig denna till säljaren/instiftaren förrän vissa omständigheter är uppfyllda, t.ex. att ett bostadskomplex är färdigbyggt.

Timeshare kan tillika uppnås genom en kontraktsrättslig nyttjanderätt. Äganderätten kvarblir alltså hos säljaren. Förhållandet kan liknas vid en hyresrätt, men skiljer sig härifrån genom den tidsmässiga avgränsningen. Till skillnad från hyresrätten, som normalt löper under en sammanhängande period, avser nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis endast en klart avgränsad tidsperiod under en del av året.[1105] Köparen förvärvar alltså en ensamrätt att under en eller flera veckor varje år använda en särskild lägenhet.

Såväl vid timeshare baserad på äganderätt (direkt eller indirekt) som vid timeshare i form av en "ren" nyttjanderätt kan rättigheten vara tidsbegränsad, t.ex. för fem år, eller utan begränsning i tiden.[1106]

Allt oftare förekommer dock att säljare erbjuder timeshare-avtal som avser en period som understiger tre år och där den årliga nyttjanderätten är kortare än sju dagar.[1107] Därmed faller avtalet utanför timeshare-direktivets skyddsområde och det är inte fråga om ett konsumentavtal.[1108] Direktivet tar nämligen sikte på avtal där den årliga nyttjanderätten överstiger en vecka och avtalet löper en period som är längre än tre år. Vidare erbjuds avtal av timeshare-typ genom medlemskap i klubbar eller liknande i syfte att finna arrangemang som är undantagna timeshare-direktivets räckvidd.[1109]

[1105] Se prop. 1996/97:127, s. 17. Problemet i de fallen är hur köparen skall kunna säkra nyttjanderätten i förhållande till säljarens borgenärer eller vid tvesala. I en del länder kan nyttjanderätter säkras genom registrering, i andra länder går inte det. Se Gam, s. 38.

[1106] En sådan begränsning kan antingen framgå av ett avtal eller av lagstiftning i ett enskilt land. Avtal som sträcker sig under en period som understiger en särskild tid kan enligt lagstiftning i ett visst land förklaras ogiltiga. Se närmare Gam, s. 35.

[1107] Se SEC (1999) 1795 final, s. 9.

[1108] Se ovan avsnitt 2.2.3.7.

[1109] Som medlem i en semesterklubb får man rätt att hyra villor och lägenheter till reducerade priser. Man har dock inte som i fallet med "vanlig" timeshare någon garanterad rätt att använda en lägenhet en preciserad vecka. Denna information har jag fått av Sverker Thorslund på KOV den 4 januari år 2000. Se även KOM (2001) 531 slutlig, s. 5 och SEC (1999) 1795 final, s. 26.

Såvitt har kunnat bedömas är de ovan beskrivna juridiska modellerna de huvudtyper av timeshare som förekommer i Europa. I de europeiska länderna synes club/trustee-modellen vara den vanligaste modellen.[1110] Det verkar också finnas variationer på den eller modeller som är helt avvikande.[1111] I det följande berörs dock inte dessa.

Mot denna bakgrund kan man sluta sig till att timeshare normalt inte handlar om köp av fast egendom. I stället är det fråga om köp av en rätt att under en begränsad tidsperiod varje år nyttja fast egendom. Det är endast när flera köpare tillsammans går samman för att förvärva äganderätt till fast egendom och sinsemellan avtalar om den årligen begränsade nyttjanderätten som man enligt svensk rätt kan tala om en äganderätt.

Denna sistnämnda situation faller också utanför den följande framställningen. Framställningen tar i första hand sikte på den situation där en köpare av en säljare förvärvar en rätt att en eller flera veckor per år använda en viss lägenhet, oavsett hur detta rättsförhållande betecknas.

När man diskuterar timeshare-avtal är det dessutom viktigt att åtskilja förhållandet mellan köpare och säljare, och förhållandet mellan flera timeshare-köpare inbördes, som var för sig har förvärvat en rätt i en och samma lägenhet. Det inbördes förhållandet mellan timeshare-köpare behandlas inte heller i det följande.

7.3 Kvalifikation

7.3.1 Ett teoretiskt problem av praktisk betydelse

Det första som skall göras när man undersöker vilken rättsordning som skall tillämpas för att lösa ett rättsligt problem, är att placera problemet som hemmahörande i någon lagvalsregels tillämpningsled. Med tillämpningsled avses det rekvisit i en lagvalsregel som anger på vilka rättsförhållanden den är tillämplig.[1112] Förfarandet, och resultatet, brukar kallas kvalifikation.[1113] Kvalifikation kan sägas vara en "förfining" av lagvalsregler som avgränsar den ena lagvalsregeln från den andra.[1114]

Kvalifikation handlar med andra ord om tolkningen av lagvalsregler i forumlandets lag och hur deras tillämpningsområde skall bestämmas samt

[1110] Gam, s. 40.

[1111] Om dessa, se vidare Gam, s. 39–40.

[1112] Se ovan avsnitt 1.6.2 om lagvalsreglers tillämpningsled.

[1113] Om den historiska bakgrunden till kvalifikationsproblemet, se Malmström, Det s.k. kvalifikationsproblemet inom den internationella privaträtten.

[1114] Så har saken beskrivits av Dicey & Morris, s. 44 och Vrellis, Liber Amicorum Droz, s. 561.

hur denna tolkningsverksamhet skall gå till.[1115] Som regel ger inte kvalifikationen upphov till några bekymmer. Det är ofta klart i vilken lagvalsregels tillämpningsled ett problem hör hemma. Kvalifikation har därför ibland i olika sammanhang beskyllts för att vara ett teoretiskt och akademiskt problem utan praktisk relevans.

Denna kritik träffar dock inte kvalifikationsfrågan i samband med timeshare-avtal. Då har frågan avgjort en praktisk betydelse för köparens rättsskydd. Förklaringen är att timeshare-avtal ofta är mycket komplexa och har drag av olika avtalstyper, t.ex. nyttjanderätt, fastighetsrätt, tjänst, associationsrätt, osv. Komplicerade rättstillämpningsproblemen uppstår således till följd av att vi rör oss på ett område där det är omtvistat vilka lagvalsregler som kan tillämpas.

I exempelfallet som beskrivits ovan i avsnitt 7.1 tvistar makarna W med en säljare om möjligheten att frånträda ett timeshare-avtal avseende en lägenhet på Bahamas. I det omtvistade avtalet ingår, förutom nyttjanderätten, också vissa tjänster om service, fritidsaktiviteter, administration, medlemskap i en bytesorganisation, m.m. Tjänsteförpliktelserna kan således anses utgöra en inte oväsentlig del av avtalet. Vi antar att säljaren stämmer köparna vid svensk domstol med yrkande om att makarna skall fullgöra avtalet och erlägga köpeskillingen, och att domstolen finner sig behörig.

I forumlandet Sverige finns en lagvalsregel för avtal vars föremål är en sakrätt i eller nyttjanderätt till fast egendom, t.ex. avtal om köp eller hyra. Det finns även en annan lagvalsregel som gäller vissa konsumentavtal avseende bl.a. tjänster. Även denna förefaller ha relevans i sammanhanget, eftersom makarna ingått avtalet för ändamål som faller utanför affärsverksamhet, och en väsentlig del av avtalsförpliktelserna avser tjänster.

Om båda dessa lagvalsregler i det konkreta fallet hänvisar till olika länders lagar – den ena utpekar lagen på Bahamas där timeshare-lägenheten är belägen (lex rei sitae) och den andra anvisar lagen i Sverige där köparna har sitt hemvist – blir valet av tillämplig lagvalsregel och därmed

[1115] Det är i litteraturen omstritt vad kvalifikation egentligen är och vad det är som skall kvalificeras: ett levnadsförhållande, ett rättsförhållande, en rättsfråga eller en materiellrättslig regel. I realiteten synes det faktiskt kunna vara endera av dessa. Orsakerna till kvalifikationsproblemet kan sägas vara tre. För det första kan svårigheter uppstå med att kvalificera ett rättsligt problem på grund av skillnader mellan juridiska begrepp i den internationella privaträtten och i den materiella rätten. För det andra kan kvalifikationsproblemet orsakas av systemskillnader mellan svensk och utländsk rätt. En utländsk rättsordning kan ha inordnat ett rättsinstitut eller en rättslig kategori på annat sätt än vad som är fallet med svensk rätt. För det tredje kan det uppstå i anledning av att frågan avser ett rättsinstitut som är obekant i svensk rätt. Se vidare Bogdan, Svensk IP, s. 58–69; Dicey & Morris, s. 35–36; Pålsson, Haltande äktenskap, s. 77; Kropholler, s. 98–106 och 108 och Firsching & von Hoffmann, s. 204–213.

kvalifikationen av stor betydelse. Om de två aktuella rättsordningarna skiljer sig åt till innehållet blir köparnas rättsskydd beroende av vilken lagvalsregel som väljs. Hur skall valet mellan dessa två lagvalsregler göras?

7.3.2 Kvalifikation sker enligt forumlandets rättsuppfattning

Utgångspunkten vid kvalifikation, som den vanligen uppfattas i doktrin och svensk rättspraxis, är att den skall ske enligt rättsuppfattningen i forumlandet (kvalifikation enligt lex fori).[1116] Man kan således anta att begrepp i lagvalsreglers tillämpningsled överensstämmer med "svenskt juridiskt språkbruk och lagspråk".[1117] Eftersom lagvalsregler avser att omfatta ett vidsträckt antal privaträttsliga regler i svensk eller utländsk rätt måste de emellertid tolkas vidsträckt, där avsteg från det gängse svenska juridiska språkbruket kan vara nödvändiga.[1118] Det anses nämligen vara klart att svenska lagvalsregler kan omfatta sådana rättigheter som inte är kända i svensk rätt, förutsatt att de enligt svensk rättsuppfattning anses höra hemma i den aktuella delen av rättsordningen som en viss lagvalsregel avser.[1119]

I svensk doktrin har saken uttryckts så att man vid tolkningen av en lagvalsregel har att hålla sig inom den ram som är given av lagvalsregelns ordalag.[1120] Inom denna ram finns dock en viss frihet att, även om lagvalsregeln använder ett begrepp som formellt har sin motsvarighet i den interna svenska rätten, låta lagvalsregeln få en självständig tolkning på sakliga grunder.[1121]

Man kan inte heller utesluta att avsikten i vissa fall är att uttryck i en hos oss gällande lagvalsregel skall få en annan betydelse än vad samma uttryck omfattar i intern svensk privaträtt. Så kan det t.ex. förhålla sig med lagvalsregler som finns med en internationell, av Sverige ratificerad konvention, eller i en gemenskapsrättsakt.

[1116] Om kvalifikation enligt lex fori, se Bogdan, Svensk IP, s. 61–63 och Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 36. För svensk rättspraxis, se t.ex. NJA 1930 s. 692; NJA 1984 s. 25 och NJA 1990 s. 734. Se även Dicey & Morris, s. 36; Lipstein, IECL 1999, s. 6; Juenger, Rec. des Cours 1986:IV, s. 194 och Firsching & von Hoffmann, s. 208–209.

[1117] Bogdan, Svensk IP, s. 61.

[1118] A. st. Se även Lipstein, IECL 1999, s. 5.

[1119] I svensk rättspraxis har t.ex. "joint tenancy" accepterats men kvalificerats på olika sätt beroende på det rättsliga sammanhanget. Se härom Pålsson, Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, s. 72–76.

[1120] Se även Bogdan, Svensk IP, s. 62.

[1121] Se Malmström, Det s.k. kvalifikationsproblemet i den internationella privaträtten, s. 34.

Återvänder vi till exempelfallet är frågan var problemet med timeshare-avtalet som makarna W har ingått enligt svensk rättsuppfattning hör hemma. Något självklart svar finns inte, helt enkelt därför att detta område i svensk privaträtt som utgör utgångspunkten vid kvalifikationen inte är klart definierat och avgränsat. Visserligen regleras vissa frågor om timeshare i lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende (lagen om tidsdelat boende). Där saknas dock ett klargörande av den rättsliga karaktären på de överlåtelse- eller upplåtelseformer som kan omfattas av lagen.[1122] Således ger inte denna lag någon klar anvisning om problemet skall anses som sakrätt i eller nyttjanderätt till fast egendom eller om problemet bör bedömas som avseende tjänst.

Det har dock i motivuttalanden till 1997 års lag antagits att tvister om timeshare-avtal i lagvalssammanhang kvalificeras som sakrätt i eller nyttjanderätt till fast egendom.[1123] Detta har förutsatts gälla även om problemet avser ett avtal om överlåtelse eller upplåtelse av en bostadsrätt, som enligt svensk rätt inte är att betrakta som nyttjanderätt till fast egendom.[1124]

Liksom i Sverige har de flesta andra EU-stater vid genomförandet av timeshare-direktivet i nationell rätt avstått från att bestämma timeshare-avtalets rättsliga karaktär.[1125] Det är endast Spanien och Portugal som har infört en egen upplåtelseform för timeshare-avtal i sina nationella rättsordningar.[1126] Båda länderna beslutade att ge avtal om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis en sakrättslig ställning. Därmed underställs avtalen samma formaliteter som andra sakrättsliga avtal (avtal skall registreras, införas i fastighetsregistret, etc.).[1127]

7.3.3 Autonom kvalifikation

Kvalifikation enligt lex fori är inte en allena rådande metod vid tolkningsverksamheten. Har en lagvalsregel bakgrund i en internationell konvention eller i EG-rätten kan kvalifikation behöva ske autonomt, oberoende

[1122] Se prop. 1996/97:127, s. 16. Några remissinstanser ansåg att ett klarläggande behövdes beträffande den rättsliga karaktären på den svenska upplåtelseformen som omfattas av lagen.

[1123] Se prop. 1996/97:127, s. 43.

[1124] A. st.

[1125] Timeshare-direktivet (94/47/EG) säger inget om timeshare-avtalets natur. Medlemsstaterna är vid genomförandet av direktivet i nationell rätt fria att definiera avtalens natur. Se SEC (1999) 1795 final, s. 8.

[1126] A. st.

[1127] A. st.

av rättsuppfattningen i forumlandet.[1128] Således är det påkallat att Romkonventionens lagvalsregler ges ett eget, självständigt innehåll. Dessa regler kan inte tolkas mot bakgrund av varje konventionsstats nationella rättsuppfattning. Kvalifikation bör inom ramen för denna konvention ske mot bakgrund av artikel 18 i Romkonventionen som föreskriver en enhetlig tolkning och tillämpning av konventionens regler.[1129] Ur ett praktiskt perspektiv är det alltså den autonoma kvalifikationen som spelar den största rollen för de tvister som faller under Romkonventionen. Det får även antas att EG-domstolens rättspraxis avseende tolkningen av Brysselkonventionen och Bryssel I-förordningen påverkar tolkningen av Romkonventionens lagvalsregler.[1130]

7.3.4 Kvalifikation sker enligt den på tvisten tillämpliga lagen

En måhända mer tveksam uppfattning är att kvalifikation skall ske enligt rättsuppfattningen i det lands lag som är tillämplig enligt lagvalsregler i forumlandet (kvalifikation enligt lex causae).[1131] Detta resonemang skapar emellertid en s.k. ond cirkel. För att veta hur ett problem skall kvalificeras måste först tillämplig lag väljas. Men hur kan rätt lagvalsregel väljas innan man vet under vilken lagvalsregels tillämpningsled ett problem skall underordnas?

Ett visst stöd för kvalifikation enligt lex causae synes dock finnas i svensk doktrin när det gäller problem rörande fast egendom.[1132] Det har ansetts ligga nära till hands att säga att svenska lagvalsregler gällande fast egendom syftar på sådan egendom som enligt lagen på den ort där den befinner sig betraktas som fast.

En fara med kvalifikation enligt lex causae är att den verkar kunna leda till stor rättsosäkerhet och brister i internationell beslutsharmoni i samband med timeshare. Om exempelvis ett timeshare-avtal avseende en lägenhet i Spanien skulle vara underkastat spansk lag synes en kvalifikation enligt den spanska lagen normalt leda till att tvisten kvalificeras som sakrätt i fast egendom.[1133] Är ett annat avtal om samma lägenhet i Spanien,

[1128] Om autonom kvalifikation, se Bogdan, Svensk IP, s. 60. Se även t.ex. NJA 1990 s. 734, där HD förefaller ha företagit en autonom kvalifikation.

[1129] Om kvalifikation inom ramen för Romkonventionen, se Kassis, s. 480–482.

[1130] Av EG-domstolens rättspraxis i C-280/90, *Elisabeth Hacker* mot *Euro-Relais Gmbh*, framgår bl.a. att ett avtal av blandad karaktär såsom hyra av semesterhus inklusive en del andra tjänster för ett paketpris, inte omfattades av den exklusiva domsrättsregeln i artikel 16 i Brysselkonventionen om bl.a. sakrätt i fast egendom. Se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 132–133.

[1131] Om kvalifikation enligt lex causae, se Bogdan, Svensk IP, s. 59–60; Dicey & Morris, s. 36–37 och Lipstein, IECL 1999, s. 6.

[1132] Se Bogdan, a. a., s. 61–62 och prop. 1982/83:117, s. 20.

[1133] Se SEC (1999) 1795 final, s. 9.

men avseende en annan tidsperiod och en annan köpare, till följd av en lagvalsklausul underställt engelsk rätt, verkar det däremot inte vara möjligt att kvalificera tvisten som avseende sakrätt i fast egendom. Enligt engelsk rätt kan inte fler än fyra personer registreras i fastighetsregistret avseende samma fastighet.[1134] När det handlar om timeshare kan däremot så många som 52 personer ha förvärvat var sin andelsvecka i en och samma lägenhet.[1135]

Det kan således konstateras att såväl kvalifikation enligt lex fori som lex causae bör träda tillbaka till förmån för den autonoma kvalifikationen när det gäller lagvalsregler av EG-rättsligt ursprung.

7.3.5 När kvalifikationen genomförts

Efter det att ett problem har kvalificerats som hemmahörande i en viss svensk lagvalsregels tillämpningsled, prövas problemet enligt den av lagvalsregeln utpekade rättsordningen. Regler i denna rättsordning, som angår det aktuella problemet, tillämpas utan hänsyn till sin plats och benämning i den tillämpliga rättsordningen. Detta betyder att en fråga som av en svensk domstol t.ex. har kvalificerats som avseende nyttjanderätt i fast egendom i princip skall prövas enligt lex rei sitae i sin helhet, oavsett om de relevanta reglerna enligt den främmande rättsordningens systematik tillhör en helt annan avdelning av rättsordningen.[1136]

7.3.6 Förarbeten och doktrin

Det är mot den ovan beskrivna bakgrunden knappast förvånande att kvalifikation av timeshare-tvister lett till diskussion.[1137] Diskussionen har i princip handlat om huruvida rättsliga problem i anledning av ett timeshare-avtal hör hemma under en lagvalsregel om tjänst eller en lagvalsregel om sakrätt i och nyttjanderätt till fast egendom (t.ex. köp och hyra), alltså den situation som nyss berördes i avsnitt 7.3.2.

Den härskande meningen synes vara att rättsliga problem i anledning av timeshare-avtal bör kvalificeras som avseende nyttjanderätt till fast

[1134] Se SEC (1999) 1795 final, s. 9.

[1135] Från säljarens sida är försäljning av timeshare närmast att betrakta som ett alternativ till uthyrning av hotellrum eller stugor. Säljaren kan i princip dela upp uthyrningen i 52 delar, en för varje vecka på året, och sälja varje andel till olika personer. TemaNord 1996:646, s. 37.

[1136] Se Bogdan, Svensk IP, s. 63.

[1137] Se t.ex. Böhmer, s. 156; Jayme & Kohler, Rev. crit. dip. 1995, s. 29–31; Basedow, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 31–32; Kropholler, s. 429; Firsching & von Hoffmann, s. 400–401 och Pålsson, Romkonventionen, s. 63.

egendom.[1138] Så bör i vart fall saken lösas om rättsfrågan har ett direkt samband med timeshare-avtalet, t.ex. betalning av köpeskillingen. Inom ramen för Romkonventionen blir konsekvensen att tvister om timeshare-avtal som regel inte omfattas av artikel 5 Romkonventionen om vissa konsumentavtal. Denna skyddsbestämmelse är som bekant begränsad till avtal om köp av varor och tjänster samt kreditköp avseende sådana förpliktelser. I stället får en dylik tvist bedömas enligt konventionens allmänna regler i artikel 3 eller 4. Denna tolkning förefaller ha stöd i förarbetena till den svenska lagen om tidsdelat boende. Där anges att artikel 5 i Romkonventionen endast är tillämplig på avtal om tillhandahållande av varor eller tjänster, varför den inte kan tillämpas på avtal om upplåtelse eller överlåtelse av timeshare-lägenheter.[1139] Det har därför antagits att presumtionsregeln i artikel 4.3 i Romkonventionen gäller för dylika tvister.[1140] Även Pålsson synes vara inne på samma linje.[1141] Samma uppfattning verkar också delas av Basedow, Böhmer, Kropholler, Roth och Martinek i tysk doktrin.[1142]

En annan ståndpunkt som har gjorts gällande i tysk doktrin är att tvister i anledning av timeshare-avtal bör kvalificeras som tjänsteavtal. Bakom ett timeshare-avtal "döljer sig ett paket" av successiva tjänster där semestermöjligheter och administration, tillgång till diverse servicefunktioner och fritidsaktiviteter, m.m., är blandade med kapitalplacering. De författare som förespråkar det nu diskuterade synsättet, bl.a. Jayme och Kohler och Martiny, förefaller vilja skydda köpare genom den skyddsmässigt mest effektiva kvalifikationen, dvs. tillämpningen av artikel 5 i Romkonventionen.[1143] Är inte förutsättningarna i artikel 5.2 uppfyllda får rättsliga problem i stället underordnas artikel 3 eller 4.2 i Romkonventionen.

[1138] Se t.ex. Gutachten 1996, Nr. 5 s. 64; Pålsson, Romkonventionen, s. 63; Firsching & von Hoffmann, s. 400–401; Basedow, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 31–32 och Kassis, s. 480–481. Se även Böhmer, s. 79–81.

[1139] Prop. 1996/97:127, s. 43 och 51. Jämför dock a. prop., s. 11, där det talas om "paket av tjänster".

[1140] Prop. 1996/97:127, s. 43.

[1141] Se Pålsson, Romkonventionen, 62–63 och 80. Se även samma författare i SvJT 2000, s. 719.

[1142] Se Gutachten 1996 Nr 5, s. 64; Basedow, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 32; Böhmer, s. 156; Kropholler, s. 428; Roth, IPRax 1994, s. 170 och Martinek, NJW 1997, s. 1398. Kropholler anger dock att det undantagsvis kan bli så att ett avtal om timeshare-andelar kan kvalificeras som ett tjänsteavtal. Se även Firsching & von Hoffman, s. 400–401.

[1143] Se t.ex. Jayme, IPRax 1995, s. 234–236 och IPRax 1996, s. 150–152; Jayme & Kohler, IPRax 1996, s. 380–382 och IPRax 1997, s. 388; Rev. crit. dip. 1995, s. 30 och Martiny, Münchener Kommentar, s. 1670. Se även Sousa, s. 39–40 och BGH, Urt. vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93: IPRax 1994, s. 449–452, där ett timeshare-avtal ansågs falla under artikel 5.1 Romkonventionen.

7.3.7 EG-domstolens förhandsavgörande i Travel Vac-målet

7.3.7.1 Tvisten vid den nationella domstolen

Av intresse för kvalifikationsfrågan är EG-domstolens förhandsavgörande i *Travel Vac SL* mot *Antelm José Sanchis*.[1144] Avgörandet låter förstå att det finns ett visst utrymme för att kvalificera en tvist om ett timeshare-avtal som avseende tjänst.

I målet uppkom bl.a. frågan om ett avtal om såväl nyttjanderätt till en fastighet på tidsdelningsbasis som tillhandahållande av tjänster, som var av ett större värde än nyttjanderätten till den fasta egendomen, omfattades av direktivet (85/577/EEG) för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (hemförsäljningsdirektivet).

Frågan uppkom i en tvist mellan Travel Vac SL med säte i Valencia, Spanien, och Antelm José Sanchis, bosatt i Valencia. Tvisten gällde Sanchis rätt att säga upp sina förpliktelser enligt ett avtal som parterna hade ingått beträffande rätten att nyttja fast egendom på tidsdelningsbasis och därmed förknippade tjänster. Avtalet hade ingåtts efter att Travel Vac uppmanat Sanchis att infinna sig i Denia, en ort ca 100 km från Valencia, som inte var stället där Travel Vac normalt utövade sin affärsverksamhet.

Enligt avtalet hade Sanchis förvärvat 1/51 av en samägd möblerad lägenhet, som han hade ensamrätt till under en vecka per år. Travel Vac skulle enligt avtalet utföra vissa tjänster, t.ex. underhåll av fastigheten, administrationen av samägandet, nyttjandet av gemensamma tjänster avseende tomten samt medlemskap i Resort Condominium International (RCI), en internationell klubb med vars hjälp köparen kan byta semesterort i enlighet med klubbens regler. För dessa avtalsförpliktelser skulle Sanchis betala 1 090 000 spanska pesetas. Av dessa utgjorde 285 000 pesetas timeshare-andelens värde. Resterande belopp avsåg mervärdeskatt, samägandet av möblerna, de ovan nämnda tjänsterna och medlemskapet i RCI.

Avtalet innehöll också ett villkor om köparens rätt att frånträda avtalet inom sju dagar från den dag då avtalet undertecknats. Denna rätt skulle utövas genom ett skriftligt meddelande till säljaren, varvid 25 procent av det totala priset skulle erläggas i skadestånd.

Parterna hade kommit överens om att Sanchis på en bank skulle underteckna en bekräftelse av avtalet inom tre dagar från den dag då avtalet ingåtts. I stället för att infinna sig på banken begav Sanchis sig till Travel Vacs kontor i Valencia och förklarade muntligen att han ville frånträda avtalet.

Sedan Sanchis underlåtit att inlösa en växel på 90 000 pesetas ansökte

[1144] C-423/97, *Travel Vac SL* mot *Antelm José Sanchis*.

Travel Vac om utmätning hos honom vid en spansk domstol (Juzgado de Primera Instancia de Valencia).

Parterna var oense om huruvida hemförsäljningsdirektivet var tillämpligt på tvisten. Enligt Travel Vac avsåg det omtvistade avtalet förvärv av en sakrätt och en personlig rätt till den fasta egendomen, vilket omfattades av timeshare-direktivet och inte av hemförsäljningsdirektivet. Sanchis hävdade däremot att avtalet inte skapade någon rätt i fast egendom. Syftet med avtalet var att tillhandahålla köparen tjänster för att vederbörande skulle kunna använda en eller flera lägenheter runt om i världen genom att köpa en andel.

Den nationella domstolen vilandeförklarade målet och hänsköt bl.a. frågan om huruvida hemförsäljningsdirektivet var tillämpligt i det nu aktuella fallet till EG-domstolen.

Enligt den intervenerande spanska regeringen gällde frågan visserligen en sakrätt i fast egendom. Men eftersom rättigheterna rörande lös egendom var av större värde än de rättigheter som gällde fast egendom ansåg den spanska regeringen likväl att avtalet omfattades av hemförsäljningsdirektivet.[1145] Kommissionen var av den uppfattningen att det gemensamma nyttjandet av fastigheten endast var en del bland andra tjänster i avtalet vars föremål bestod av att tillhandahålla ett antal sammanhängande turisttjänster.[1146]

7.3.7.2 EG-domstolens bedömning

Enligt EG-domstolen skulle tolkningsfrågan besvaras så att hemförsäljningsdirektivet är tillämpligt på "ett avtal om nyttjanderätt till en fastighet på tidsdelningsbasis och tillhandahållande av tjänster som är av större värde än nyttjanderätten till fastigheten".[1147]

Domstolen lägger inledningsvis vikt vid att även om avtalet omfattas av timeshare-direktivet så utesluter det inte att ett avtal som delvis rör nyttjanderätt på tidsdelningsbasis kan omfattas av hemförsäljningsdirektivet, om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda. Varken timeshare-direktivet eller hemförsäljningsdirektivet innehåller någon regel som utesluter tillämpning av det andra direktivet.[1148] Enligt domstolen skulle en sådan

[1145] Se C-423/97, *Travel Vac* mot *Sanchis*, premiss 20.

[1146] Se C-423/97, premiss 21.

[1147] Se C-423/97, premiss 62.

[1148] För svensk rätts del kan nämnas att i 5 § i lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal föreskrivs "bestämmelserna om informationsskyldighet i 9–12 §§, om ångerrätt i 13–20 §§ och om lagval i 23 § gäller inte distansavtal och hemförsäljningsavtal om sådan upplåtelse eller överlåtelse som avses i lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende". Denna bestämmelse verkar inte stå i strid med EG-domstolens dom eftersom den svenska lagen om tidsdelat boende innehåller skyddsregler om information, ångerrätt och lagval.

ordning dessutom strida mot hemförsäljningsdirektivets syften. Att utesluta tillämpning av hemförsäljningsdirektivets skydd bara på grund av att avtalet i fråga faller under timeshare-direktivet skulle leda till att köparen inte får det skydd som ges i hemförsäljningsdirektivet trots att avtalet ingåtts utanför en säljares fasta affärslokal.[1149]

Hemförsäljningsdirektivet gäller visserligen inte avtal om uppförande, försäljning eller hyra av fast egendom eller avtal om andra rättigheter som rör fast egendom enligt artikel 3.2 a). Likväl fann EG-domstolen att då "avtalet inte endast avser en nyttjanderätt till fast egendom utan också tillhandahållande av olika tjänster som är av större värde än nyttjanderätten till fastigheten, omfattas nämnda avtal inte av det undantag som anges i artikel 3.2 a i direktivet".[1150]

I övrigt framhåller EG-domstolen att något skadestånd inte kan utgå. Skulle köparen efter att ha utnyttjat ångerrätten vara tvungen att betala ett skadestånd innebär det att köparen bestraffas för att ha använt sig av sin rätt att säga upp avtalet. Det skulle enligt EG-domstolen stå i strid med hemförsäljningsdirektivets syfte om att skydda köpare från att ingå oöverlagda ekonomiska förbindelser utan att ha en ångerrätt.[1151]

7.3.7.3 Förhandsavgörandet ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv

Förhandsavgörandet gällde en intern spansk tvist.[1152] Frågan var alltså hur tvisten beträffande det blandade timeshare-avtalet skulle klassificeras för den interna rättens syften. För EG-domstolen blev värdet på avtalets olika förpliktelser avgörande.

Det bör emellertid kunna antas att förhandsavgörandet kan vara vägledande även i gränsöverskridande situationer.[1153] Följden blir då att ett avtal som avser nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis, kombinerat med tjänsteförpliktelser vars värde överstiger värdet av nyttjanderätten, kan kvalificeras som ett tjänsteavtal. Har det dessutom ingåtts av en person för ändamål som faller utanför affärs- eller yrkesverksamhet kan det vara fråga om ett konsumentavtal om övriga villkor är uppfyllda.

Att låta värdet avgöra kvalifikationsproblemet är enkelt och rätlinjigt. Ett problem är dock att lösningen är lätt att manipulera. Säljaren förfogar över vilken lagvalsregel som blir tillämplig genom att i avtalet uppställa villkor om hur enskilda förpliktelser i avtalet skall värderas. Timeshare-

[1149] Se C-423/97, *Travel Vac* mot *Sanchis*, premiss 23.

[1150] C-423/97, premiss 25.

[1151] Se C-423/97, premiss 58.

[1152] Ett annat exempel på en intern timeshare-tvist ges i det danska avgörandet Østre Landsrets domme 12 juni. 1995: UfR 1995, s. 799–801. Timeshare-avtalet ogilitgförklarades enligt 36 § i den danska avtalsloven.

[1153] Så Pålsson, SvJT 2000, s. 719.

avtal kan då komma att bedömas enligt olika lagvalsregler trots att de i grunden har samma syfte, nämligen att för semesterändamål nyttja en särskild lägenhet under en viss begränsad tidsperiod varje år. Som senare skall visas i detta kapitel riskerar också en kvalifikation som resulterar i att en tvistefråga anses höra hemma under en lagvalsregel om tjänst medföra rättsosäkerhet. Om en tvistefråga gäller skötsel eller administration framstår det emellertid som främmande att kvalificera den som avseende nyttjanderätt i fast egendom.

Vissa likheter med argumentationen i Travel Vac-målet återfinner man i ett avgörande från den tyska högsta domstolen (BGH).[1154] Tvisten vid BGH gällde ett utlandsanknutet avtal avseende nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis och därmed förenade tjänster om skötsel, förvaltning och ett avgiftsfritt medlemskap i en bytesorganisation. BGH konstaterade att begreppet tjänst i artikel 29 i EGBGB (som motsvarar artikel 5 i Romkonventionen) visserligen skall tolkas vidsträckt. Trots det var det omtvistade avtalet inte ett tjänsteavtal.[1155] BGH fann att tjänsteförpliktelserna endast var sidoförpliktelser till huvudförpliktelsen om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis.[1156] Värdet på själva nyttjanderätten var 28 255 tyska D-mark, medan kostnader för de olika ovan nämnda tjänsterna avsåg ett belopp om 345 D-mark för varje vecka som timeshare-lägenheten nyttjades.

Det går inte att bortse från att en "vågskålssituation" någon gång skulle kunna uppstå om värdet på nyttjanderätten är likvärdigt med värdet på de med avtalet förknippade tjänsterna. Starka skäl talar då för att det omtvistade avtalsförhållandet bör kvalificeras på ett sätt som är förutsebart för parterna. Av betydelse är vidare att kvalifikationen kan förväntas få genomslag i andra europeiska domstolar.[1157] Resultatet skulle då bli internationellt enhetliga avgöranden.

Det kan finnas skäl för att kvalificera ett omtvistat timeshare-avtal som ett konsumentavtal avseende tjänst om avtalet har ingåtts av en privatperson för ändamål utanför affärsverksamhet. När ett timeshare-avtal förhandlas och ingås befinner sig köparen regelmässigt i en svagare position än säljaren. Försäljningsmetoderna kan vara överrumplande och köparen kan ha svårt att överblicka åtagandet i ekonomiskt och andra hänseenden. Köparen kan då vara i behov av att komma i åtnjutande av det rättsliga skyddet som finns i artikel 5 i Romkonventionen.

I sammanhanget bör nämnas att kvalifikationsproblemet till viss del

[1154] Se BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 612–615.

[1155] Den tyska högsta domstolen synes inskränka den vidsträckta tolkningen av konsumenttjänsteavtal som tidigare givits i BGH, Urt. vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93: IPRax 1994 s. 449. Se även Jayme, IPRax 1996, s. 149–152.

[1156] Se BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 613–614.

[1157] Om "les marges d'appréciation du juge", se Vrellis, Liber Amicorum Droz, s. 561–562.

har undvikits i Bryssel I-förordningen.[1158] Timeshare-avtal har nämligen förklarats falla in under de konsumentskyddande domsrättsreglerna i artiklarna 15–17, och inte under den exklusiva domsrättsregeln i artikel 22 om bl.a. fast egendom.[1159] Det gäller dock under förutsättning att avtalet ingåtts av en person för ändamål utanför affärs- eller yrkesverksamhet samt att övriga villkor är uppfyllda. I Bryssel I-förordningen jämställs med andra ord timeshare-avtal med andra mer traditionella typer av konsumentavtal. Då det är önskvärt att domsrättsregler överensstämmer med lagvalsregler, skulle Bryssel I-förordningens lösning kunna vara ett skäl som talar för att tvister också i lagvalsrättsligt hänseende kvalificeras som tjänst. Syftet med en sådan tillämpning vore alltså att uppnå viss enhetlighet vid bedömningen av domsrätt respektive lagval.

Vad som talar emot att kvalificera en timeshare-tvist som tjänst är att syftet med avtal i det normala fallet är att kunna använda en lägenhet för semesterboende. Detta liknar mer hyra än tjänst.[1160] Därtill kan man anse att när valet står mellan olika lagvalsregler i Romkonventionen, är lösningen av kvalifikationsfrågan inte så betydelsefull om de aktuella utpekade rättsordningarna finns i EES-stater. Fastighetslandets lag bör då kunna ges företräde utan att köparens intressen träds för nära. Köparen är i en sådan situation garanterad ett visst minimiskydd till följd av timeshare-direktivet och därpå grundade nationella regler.[1161]

Hänvisar däremot de i kvalifikationssammanhang aktuella lagvalsreglerna till en rättsordning inom EES-området och till en lag utanför detta område bör vid kvalifikationen de redan anförda förutsebarhets- och rättssäkerhetsaspekterna beaktas.

[1158] Se ovan avsnitt 3.2.3.1.

[1159] COM (1999) 348 final, s. 16: "Timeshare contracts are within Article 15 and not Article 22 (1)(a), unlike contracts for the sale of real property."

[1160] Det förekommer att timeshare-avtal likställs med hyresrättsliga avtal. Se LG Darmstadt, (nicht rechtskr.), Urt. vom 23.8.1995 – 9 O 62/95: IPRax 1996, s. 121–123, där en tvist om ett timeshare-avtal kvalificerades som ett hyresavtal. Där hade en talan om timeshare väckts vid svarandens hemvist, men avvisades till förmån för forum rei sitae på grund av att tvisten ansågs gälla ett hyresavtal. Se även LG Hamburg, Urt. vom 29.8.1991 – 302 O 68/91: IPRspr. 1991, nr. 40. Denna uppfattning kan dock inte anses åtnjuta något stöd enligt rådande svenska rättsuppfattning, om timeshare-andelen kan överlåtas mot betalning. Rent teoretiskt skulle hyresreglerna i JB kunna bli tillämpliga på avtal om upplåtelse eller överlåtelse av timeshare-andelar. Enligt 12 kap. 65 § JB skall den som uppsåtligen uppställer villkor om särskild ersättning för upplåtelse eller överlåtelse av en lägenhet eller eljest för överlåtelse av hyresrätten till sådan lägenhet dömas till böter eller fängelse i fall som inte är ringa. Se prop. 1996/97:127, s. 17.

[1161] I denna situation skulle man kunna säga att det inte uppstår någon konflikt mellan de aktuella staternas lagar, eftersom de innehåller en viss likartad minimiskyddsnivå. Det skulle man kunna likna vid vad som i den amerikanska intresseanalysen kallas en "false conflict". Se Currie, Selected Essays, s. 188–190. Se även Lipstein, IECL 1999, s. 20. Jämför nedan avsnitt 7.8.2.

7.3.8 Typfrämmande rättsinstitut

I gränsöverskridande avtal stöter man ibland på olika förmögenhetsrättsliga arrangemang som saknar motsvarighet i svensk rätt, t.ex. timeshare i form av medlemskap i en club/trust.[1162] Det förekommer också att ett avtal som kommer upp till bedömning i Sverige är förbjudet enligt svensk rätt, men tillåtet enligt lagen i det land där avtalsförhållandet har uppkommit. Ett sådant exempel är avtal där nyttjanderätten till fast egendom på tidsdelningsbasis förvärvats genom köp av aktier i ett bolag.[1163] Det handlar med andra ord om för oss typfrämmande rättsinstitut.[1164] Frågan är hur den tillämpliga lagen fastställs i dylika fall.

Från Romkonventionen har enligt artikel 1.2 g) undantagits bildandet av truster och det interna förhållandet mellan instiftare, trust-förvaltare och förmånstagare.[1165] Uttalanden i Giulianos och Lagardes rapport tyder dock på att det finns ett visst diskretionärt utrymme vid kvalifikationen: "The English word 'trust' is properly used to define the scope of the exclusion. On the other hand similar institutions under continental laws falls within the provisions of the Convention because they are normally contractual in origin. Nevertheless it will be open to the judge to treat them in the same way as the institutions of the common law countries when they exhibit the same characteristics".[1166]

Uttalandet ger intryck av att en domstol har en viss frihet att likväl kvalificera en rätt i en trust som en kontraktsrättighet som faller under Romkonventionen.[1167] Från svensk utgångspunkt förefaller denna lösning rimlig eftersom timeshare, förvärvad i form av trust, har samma ändamål som timeshare förvärvad genom en kontraktsrättighet.

Frågan är för övrigt om alla slag av trust-arrangemang faller utanför Romkonventionen. Undantaget i artikel 1.2 g) verkar inte gälla mellan en trust-förvaltare eller en förmånstagare och en tredje man.[1168]

[1162] Se t.ex. ARN Änr 1999-6894.

[1163] Enligt bostadsrättslagens (1991:614) 1 kap. 8 § får inte en juridisk person upplåta andelsrätt med vilken följer rätt att för begränsad tid besitta eller nyttja en bostadslägenhet.

[1164] I äldre svensk doktrin hävdades att mål om typfrämmande rättsinstitut inte kan prövas i Sverige. Talan borde avvisas på den grunden att det saknas ett svenskt rättskipningsintresse. Denna teori måste dock anses vara föråldrad och kan knappast längre anses åtnjuta stöd i svensk internationellt privaträttslig rättspraxis eller doktrin. Se mer ingående Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 332–359 och Bogdan, Svensk IP, s. 94–95. Se även Lipstein, IECL 1999, s. 16–20.

[1165] Se Kaye, s. 132–133 och Pålsson, Romkonventionen, s. 37.

[1166] Giuliano & Lagarde, s. 13. Om det s.k. substitutionsproblemet, se Bogdan, Svensk IP, s. 102–104. Detta innebär förenklat att ett rättsförhållande tillkommit enligt en rättsordning men dess rättsverkningar skall bedömas enligt ett annat rättssystem.

[1167] Denna kvalifikation gäller dock inte i de länder som ratificerat 1985 års Haagkonvention om tillämplig lag på truster och deras erkännande. Se även Dicey & Morris, s. 1203 och Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 297.

[1168] Se Kaye, s. 132; Pålsson, Romkonventionen, s. 37 och Dicey & Morris, s. 1089.

Skulle man likväl finna att dylika tvistefrågor hamnar utanför Romkonventionens tillämpningsområde synes det i vår tid av allmän internationalisering vara lämpligt att använda närbesläktade lagvalsregler – nämligen för stiftelser vad som gäller för truster.[1169] För de stiftelser som kräver registrering bör sålunda registreringslandets lag tillämpas. Beträffande de stiftelser som inte kräver registrering bör enligt min uppfattning lagen i det land där stiftelsen administreras tillämpas; allt i enlighet med vad som följer av den av oss icke tillträdda 1985 års Haagkonvention om tillämplig lag rörande trust, såvida ej annat avtalats.[1170]

Det förekommer att nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis förvärvas genom köp av aktier i ett bolag eller medlemskap och andelsrätt i en förening. En tvist om timeshare kan till sin natur då anses vara associationsrättslig, t.ex. om tvisten gäller frågor om begränsningar i rätten att sälja aktier eller andelar i en förening som ger köparen en nyttjanderätt.[1171] Romkonventionens artikel 1.2 e) undantar även associationsrättsliga avtal från sitt tillämpningsområde.[1172] Av samma skäl som anförts beträffande trust bör det finnas ett visst diskretionärt utrymme att kvalificera tvister om sådana avtal som kontraktsrättsliga.

Om en sådan kvalifikation inte är möjlig, är den allmänna uppfattningen i svensk doktrin att lagen i det land där ett bolag eller förening har registrerats (inkorporationsteorin) bör tillämpas.[1173] På associationsrättens område förefaller det även tillåtet att träffa avtal om tillämplig lag.[1174]

[1169] Se Lipstein, IECL 1999, s. 17–18, för en kortfattad komparativ redogörelse för hur olika kontinentaleuropeiska domstolar behandlat tvister grundade på trust.

[1170] Se artiklarna 6–8 i 1985 års Haagkonvention om tillämplig lag för truster och deras erkännande.

[1171] Se LG Essen, Urt. vom 10.3.1994 – 2 O 315/93: IPRax 1996, s. 120–121, där en talan väckt av en timeshare-bolag mot en tysk köpare avvisades på grund av den tyska domstolen inte ansåg sig behörig att pröva den associationsrättsliga frågan

[1172] Se vidare Pålsson, Romkonventionen, s. 36.

[1173] Bogdan, Svensk IP, s. 150. Se även Karlgren, s. 82–83 och prop. 1955:87, s. 22. Inkorporationsteorin har den fördelen att den lag som skall tillämpas är förutsebar och kan inte "bytas ut" genom att flytta verksamhetsstället. Enligt den motsatta sätesteorin skall lagen i det land där företaget har sitt huvudsakliga verksamhetsställe tillämpas på tvister hänförliga till dess verksamhet. I vissa länder, t.ex. Tyskland och Frankrike, är den juridiska personens säte avgörande för lagvalet. Se även C-81/87, *The Queen v H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust plc.*; Fletcher, s. 252–253; Schnyder, Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 63 och von Hoffmann, European PIL, s. 21–22.

[1174] Se Bogdan, Svensk IP, s. 153.

7.4 Skyddet mot lagvalsavtal enligt Romkonventionen

7.4.1 Vad syftar lagvalsklausuler till?

Det förefaller vara mycket vanligt att timeshare-avtal med anknytning till flera länder innehåller en lagvalsklausul.

Lagvalsklausulen har som regel tillkommit på säljarens initiativ och kan utpeka en objektivt sett närstående rättsordning, t.ex. säljarens lag. Den kan också utpeka en rättsordning som helt saknar anknytning till parterna eller timeshare-lägenheten. Tidigare var det vanligt att timeshare-avtal avseende lägenheter i Spanien innehöll en lagvalsöverenskommelse som hänvisade till lagen på Isle of Man. Det förekommer också lagvalsklausuler till andra s.k. "off shore-rättsordningar" (t.ex. Gibraltar eller kanalöarna: Guernsey och Jersey). Dessa beroende områden, för vilkas internationella relationer Storbritannien ansvarar, är inte i alla delar bundna av EG-rätten. Härmed följer att timeshare-direktivet inte automatiskt behöver genomföras som lag i dessa områden.[1175]

Att en säljare infogar ett lagvalsavtal i sitt standardavtal kan ha legitima skäl. Säljaren kan ha ett intresse av att internationell verksamhet regleras av samma regler, vidare kan bolagsrättsliga förhållanden ha spelat in, skatterättslig planering kan ha betydelse. Osv. Karakteristiskt är dock att den valda lagen ofta saknar ett särskilt skydd för timeshare-köpare, t.ex. rätten att frånträda ett avtal under en viss ångerfrist. I situationer där en EES-stats lag skulle ha varit tillämplig i avsaknad av lagvalsavtal kan köparen få ett sämre skydd än annars. Det ger anledning att misstänka att lagvalsklausuler i timeshare-avtal ofta har till syfte att kringgå skyddslagstiftning.

När det gäller timeshare-köpares rättsskydd mot lagvalsöverenskommelser finns i svensk internationell privaträtt tillgång till två olika typer av lagvalsregler. Å ena sidan finns den redan tidigare i denna studie berörda lagvalsregeln för vissa konsumentavtal i artikel 5 i Romkonventionen. Artikel 5 går som specialregel före den allmänna lagvalsregeln i konventionens artikel 3 om partsautonomi. Å andra sidan finns en annan lagvalsregel i 18 § i lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende med ursprung i timeshare-direktivet. Denna regel går före Romkonventionens lagvalsregler (artikel 20). Den förhindrar i vissa fall att en lagvalsklausul berövar köparen det skydd som följer av timeshare-direktivet och därpå grundade svenska regler.

[1175] Den 1 december år 1997 infördes vissa skyddsregler för timeshare-köpare i lagen på Isle of Man. Se också Gutachten 1996 Nr. 5, s. 65–66, för en närmare beskrivning av förhållandet mellan Storbritannien och dess beroende områden. Se även Pålsson, Romkonventionen, s. 80 not 161.

7.4.2 Den första skyddssituationen

Har kvalifikationen lett till att en timeshare-tvist anses höra hemma under den särskilda lagvalsregeln för vissa konsumentavtal i artikel 5 är huvudregeln att en lagvalsöverenskommelse inte får innebära att köparen berövas det skydd som hon skulle ha enligt hemvistlandets lag. Detta gäller dock bara om skyddssituationerna i artikel 5.2 är uppfyllda.[1176]

Vad beträffar den första skyddssituationen i artikel 5.2 förutsätter den som bekant att säljaren annonserat eller riktat ett särskilt anbud till köparen i hennes hemvistland och att köparen där vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna.

För att demonstrera detta kan man använda ett av de i avsnitt 7.1 presenterade exemplen. Makarna W har ingått ett avtal om köp av en timeshare-lägenhet på Bahamas med en där verksam säljare. Den valda lagen är lagen på Bahamas. Kan makarna med framgång åberopa inskränkningar i den valda lagen genom att hävda tillämpning av svenska regler, om saken prövas i Sverige? Vilka utsikter har makarna att frånträda avtalet?

För att Romkonventionens skydd mot lagvalsöverenskommelser skall komma i fråga krävs att säljaren på något sätt marknadsfört sig i Sverige eller att säljaren exempelvis per telefon eller brevledes riktat ett särskilt anbud till makarna i Sverige som de har tagit ställning till här, t.ex. genom att skriva under ett tillsänt avtal.[1177]

Finns den nödvändiga anknytningen till makarnas hemvistland Sverige måste man sedan ta ställning till om makarna har blivit berövade skyddet som svensk rätt ger i de aktuella tvistefrågorna. Följaktligen måste man göra en jämförelse mellan regler i den avtalade lagen på Bahamas och regler i svensk rätt.

Såvitt jag kan förstå finns inga regler om ångerrätt i lagen på Bahamas.[1178] Regler om ångerrätt finns däremot i 12 § i lagen (1997:218) om konsumentskydd vid tidsdelat boende. Enligt detta lagrum har makarna rätt att frånträda ett bindande avtal genom att lämna säljaren ett meddelande härom inom tio dagar (ångerrätt).[1179] Tillämpning av den valda lagen på Bahamas skulle alltså innebära att makarna har berövats det skydd de skulle ha enligt den annars tillämpliga svenska lagen. Därför skall de, enligt de slutsatser som drogs i avsnitt 3.3.3, tillåtas att stödja sig på tvingande regler i svensk rätt i stället för den avtalade lagen på Bahamas.[1180]

När det gäller makarna W:s möjlighet att ställa anspråk på säljaren för att hon inte lyckats sälja deras timeshare-andel bestäms även denna fråga

[1176] Allmänt om hur artikel 5 skall tillämpas, se avsnitt 3.3.1.1.

[1177] Om för avtalets ingående nödvändiga åtgärder, se avsnitt 4.3.2.4.

[1178] Informationen om lagen på Bahamas har jag hämtat på http://www.timeshare.org.uk/eurolaw.html/. Uppgiften är relevant per den 5 juni år 2002.

[1179] Meddelanden bör kunna lämnas skriftligen eller muntligen.

[1180] Det blir inte fråga om någon russinplockning. Se avsnitt 3.3.1.1.

i första hand av den valda lagen på Bahamas. Skulle svensk rätt visa sig vara mer förmånlig för makarna i detta hänseende kan de dock förlita sig på svenska regler om förutsättningarna i artikel 5.2 är uppfyllda.

Att någon har åtagit sig att försöka sälja en timeshare-andel är emellertid inte en garanti för att man också lyckas göra det.[1181] Makarna kan därför ha svårt att med någon framgång framställa ett sådant yrkande. Det är först om det går att bevisa att säljaren helt och hållet genom passivitet underlåtit att ens försöka som detta verkar vara möjligt.[1182]

När frågan gäller vilket skydd timeshare-köpare har mot för dem oförmånliga lagvalsöverenskommelser bör hållas i minnet att erbjudanden om att köpa timeshare-lägenheter ofta ges i samband med resor utomlands. Marknadsföring och affärskontakter sker i ett främmande land och under andra förhållanden än vad svenska köpare är vana vid. Därför är sällan den första skyddssituationen i artikel 5.2 uppfylld.[1183]

Följaktligen får herr och fru P i det första exempelfallet i avsnitt 7.1 finna sig i tillämpning av den valda lagen på Cypern. Paret har blivit kontaktade av en säljare på den spanska semesterorten och inte i hemvistlandet Sverige. Inte heller har paret vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärder i Sverige. Det är således cypriotisk lag som enligt artikel 3 i Romkonventionen avgör vilka rättsverkningar som timeshare-avtalet har.

Trots att det nu aktuella avtalsförhållandet har en nära anknytning till EU tillåter Romkonventionen att lagen i en icke-medlemsstat väljs som tillämplig. Innehåller den avtalade cypriotiska lagen inte regler om t.ex. ångerrätt eller förbudsregler om att under ångerfristen ta emot en förskottsbetalning, kan timeshare-direktivet förlora sin avsedda skyddande verkan.[1184] Av skäl som redan anförts ovan i avsnitt 4.3.4 är detta en olycklig konsekvens då paret med rätta borde kunna förvänta sig åtminstone det skydd som direktivet ger.

Cypriotisk lag reglerar emellertid inte alla frågor som uppkommer i anledning av tvisten mellan paret och den spanska säljaren. Från Romkonventionens tillämpningsområde har enligt artikel 1.2 c) bl.a. undantagits förpliktelser som följer av växlar. Denna typ av skuldförbindelser regleras av 1930 års Genèvekonvention för lösande av vissa lagkonflikter på växelrättens område, som har tillträtts av flertalet EU-stater, bland dem Sverige.[1185] Huvudregeln är att förpliktelser i anledning av en växel

[1181] Se t.ex. KOV Ink. 1999-12-15.

[1182] Se ARN Änr 1999-6117 SL.

[1183] Se t.ex. ARN Änr 1999-5084, s. 2.

[1184] Enligt cypriotisk lag finns såvitt kan bedömas inte några skyddsregler om ångerfrist eller förbud mot förskottsbetalning. Informationen om lagen på Cypern har jag hämtat på http://www.timeshare.org.uk/eurolaw.html/. Uppgift relevant per den 5 juni år 2002.

[1185] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 35.

styrs av lagen på betalningsorten.[1186] Har paret skrivit under en växel i Spanien kan säljaren belåna den och få ut pengar i en spansk bank. Begär sedan den spanska banken inkassering av växeln vid parets svenska bank torde inte den svenska banken kunna vägra att utföra uppdraget. Man kan hävda att växel är ett olämpligt betalningsmedel i konsumenträttsliga sammanhang; köparna kan i exempelfallet inte göra några invändningar gällande mot kreditgivaren/banken på grund av köpet med den spanska säljaren om betalning skett med växel.[1187]

Den valda cypriotiska lagen reglerar inte heller parets möjligheter att stoppa utbetalningar genom de tio utställda kontokortsslipparna om vardera 10 procent av köpeskillingen. Förhållandet mellan den svenska kreditgivaren/banken och paret regleras av svensk rätt. Här rör det sig närmast om bistatutsfrågor, dvs. bistatutet reglerar modaliteter (sättet).[1188] Banken är som huvudregel skyldig att verkställa betalningar som grundar sig på en kreditkortsslipp och som har skrivits under av kreditkortsinnehavarna. Möjligheterna att stoppa utbetalningar synes därför vara små.[1189] Däremot kan herr och fru P göra samma invändningar mot banken som utfärdat kreditkortet som de kan göra gällande mot den spanska säljaren, vilket följer av 16 § i konsumentkreditlagen (1992:830). Vilka närmare invändningar som de kan göra gällande mot den svenska banken avgörs dock av den avtalade cypriotiska lagen som gäller i förhållandet mellan det svenska paret och den spanska säljaren.

7.4.3 Den andra skyddssituationen

En mer sällsynt situation, som det verkar, är att utländska timeshare-säljare befinner sig i Sverige för att sälja timeshare-lägenheter belägna utomlands.[1190] Denna situation lär dock ha förekommit.[1191] Skydd mot lag-

[1186] Se 81 § i växellagen (1932:130). Om betalningsformen växel, se Mellqvist & Persson, s. 131–136. Se även Bogdan, Svensk IP, s. 261–263.

[1187] Se 17 § växellagen (1932:130). Se även ARN avgörande 1997-06-11; 1997-0597 där en bank som verkställt ett betalningsuppdrag som inkommit per fax avseende en timeshare-lägenhet på Gran Canaria ansetts betala med befriande verkan.

[1188] Om bistatut, se Bogdan, Svensk IP 3:e uppl., s. 197–198.

[1189] Banker har dock numera blivit uppmärksammade på att timeshare-köpare luras att skriva under flera kontokortsslippar. I vissa fall har betalning enligt den andra slippen och följande kunnat stoppas. Denna information har jag fått av Sverker Thorslund på Konsumentverket den 25 maj år 2001.

[1190] Det förekommer även att försäljning sker i Sverige. Svenska konsumentorgan motarbetade dock bestämt avarter av timeshare-försäljning under 1970- och 1980-talen, varför det förefaller vara få problem på den svenska marknaden. Se TemaNord 1995:646, s. 15, 35 och 44–45.

[1191] Se a. a., s. 34–35 och PM Timeshare, 95-03-27, från Konsumentverket, s. 5. Den stora marknaden för timeshare, som också ger upphov till de mest allvarliga konsumentproblemen, finns dock utanför de nordiska länderna.

valsöverenskommelser skulle då finnas i den utsträckning som en tvist kvalificerats som ett konsumentavtal om tjänst, och säljaren eller dennes representant mottagit köparens anbud i Sverige, se artikel 5.2 i Romkonventionen.[1192]

Denna skyddssituation kan med fördel diskuteras mot bakgrund av det redan i avsnitt 7.3.7.3 omnämnda avgörandet från den tyska högsta domstolen (BGH) som även i detta sammanhang kan anses ha stor relevans.[1193] I det aktuella fallet tolkade domstolen lagvalsregler i Romkonventionen som är gemensamma för EU-medlemsstaterna.[1194] Ur ett strikt svenskt perspektiv är domen belysande, eftersom det mig veterligt saknas svenska prejudikatfall på området.

Bakgrunden till tvisten var följande. Ett på Isle of Man registrerat bolag bedrev försäljning av timeshare-lägenheter på Kanarieöarna. Där hade bolagets representanter tagit kontakt med en tysk turist på semesterresa. Med löfte om en flaska champagne och två T-shirts blev turisten inbjuden till en informationsträff i ett bostadskomplex. På platsen undertecknade turisten ett på det tyska språket avfattat dokument i standardform, rubricerat som förklaring ("Erklärung") om förvärv av en timeshare-lägenhet.[1195] Enligt dokumentet förpliktade sig turisten att betala köpeskillingen och årliga skötsel- och förvaltningsavgifter till säljarens ombud i Tyskland. I dokumentet fanns vidare ett villkor som angav att köparen inte kunde frånträda åtagandet och att lagen på Isle of Man skulle tillämpas på rättsförhållandet. Där förklarades också att parterna hade läst och förstått villkoren på dokumentets baksida: "Der Erwerber kann diese Erklärung über den Wohnrechtserwerb nicht widerrufen (siehe Rückseite).

[1192] Se även Giuliano & Lagarde, s. 24.

[1193] Se BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 612–615. För en kritisk kommentar till domen, se Michaels & Kamann, JZ 1997, s. 601–609.

[1194] I domen redogör BGH på ett ingående sätt för den internationellt privaträttsliga reglering som kan aktualiseras i timeshare-tvister. Det verkligt avgörande skälet till BGH:s ingående analys verkar vara den splittrade rättspraxis som tyska underinstanser skapat i syfte att skydda det egna landets köpare. Från tysk rättspraxis, se t.ex. OLG Hamm, Urt. vom 1.12.1988 – 4 U 120/88: IPRax 1990, s. 242–245; LG Rottweil, Urt. vom 31.5.1995 – 3 O 1240/94: IPRspr. 1995 Nr. 28; LG Duisberg, Urt. vom 6.10.1994 – 8 O 129/93: IPRspr. 1994 Nr. 40; LG Stuttgart, Urt. vom 13.7.1995 – 19 O 21/95: IPRspr. 1995 Nr. 30; LG Weiden, Urt. vom 27.10.1995 –2 O 816/95: IPRspr. 1995 Nr. 35; LG Giessen, Urt. vom 14.2.1994 – 4 O 528/93: IPRspr. 1994 Nr. 28; LG Düsseldorf, Urt. vom 12.4.1994 – 10 O 513/93: IPRspr. 1994 Nr. 33 och LG Berlin, Urt. vom 9.11.1994 – 22 O 319/94: IPRspr. 1994 Nr. 42.

[1195] Enligt branschpraxis är det tydligen vanligt att köparen ger en ensidig förklaring ("Erklärung") som inte kan återkallas och som säljaren senare tar ställning till. Se Gutachten 1996 Nr. 5, s. 68.

Ich/wir habe(n) die Erklärung auf der Rückseite gelesen und verstanden. Dies gilt auch für die Anwendbarkeit des Rechts der Isle of Man".[1196]

Genom en banktransferering gjorde turisten en första delinbetalning till det tyska ombudet. Efter hemkomsten till Tyskland vägrade hon dock att göra ytterligare betalningar. Säljaren på Isle of Man väckte då talan mot henne vid tysk domstol med yrkande om fullgörelse av avtalet. I genkäromål yrkade turisten återbetalning av den gjorda inbetalningen.

BGH fann att den relevanta anknytningen till köparens hemvistland som förutsätts i artikel 5.2 i Romkonventionen och som ger köparen ett visst skydd mot lagvalsöverenskommelser saknades. Efter att ha konstaterat att den första skyddssituationen inte var för handen, förde BGH en grundlig diskussion om villkoren för att den andra skyddssituationen i artikel 5.2 skulle vara uppfyllda.

Såvitt jag har kunnat förstå, hade den tyska appellationsdomstolen ansett att säljaren mottagit turistens anbud i Tyskland genom att där ta emot betalning genom ombud. Således skulle turisten skyddas mot lagvalsöverenskommelser på sätt som anges i artikel 5.2 och den andra skyddssituationen.

BGH fann emellertid så inte vara fallet. När köparen (konsumenten) på eget initiativ begett sig utomlands och där lämnat anbud kan hon inte förvänta sig skyddet av hemvistlandets lag. Med "mottagande" i artikel 5.2 förstås enligt BGH situationer där säljaren har tillgång till ("Zugang") eller mottar ("Erhalt") köparens beställning.[1197] Den tyska domstolen synes ha ansett att mottagande av köparens anbud därför inte kan likställas med antagande av köparens anbud.[1198] Antagandet av köparens anbud i hennes hemvistland kan inte motivera tillämpning av hemvistlandets skydd enligt den andra skyddssituationen om mottagandet av anbudet skett dessförinnan i utlandet. Att säljaren genast på plats och ort i utlandet antar köparens anbud eller först senare i köparens hemvistland skulle med andra ord inte ändra bedömningen.[1199] Lagvalsklausulen som utpekar lagen på Isle of Man, som vid tidpunkten saknade ett särskilt skydd för timeshare-köpare, skulle alltså gälla.

Det omtvistade avtalet ingicks före ikraftträdandet av den tyska lag som genomför timeshare-direktivet varför köparen inte heller kunde påräkna något annat internationellt privaträttsligt skydd. Genom den utformning som det internationellt privaträttsliga skyddet nu verkar ha fått i tysk rätt skulle dock den tyska lagen om tidsdelat boende givit köparen ett visst

[1196] Se BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 613.

[1197] A. st.

[1198] A. st.

[1199] A. st. Se även Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 315–316.

skydd mot lagvalsklausuler.[1200] I 8 § i den tyska lagen anges att om ett avtal om timeshare-andelar eller ett avtal avseende finansiering av andelarna är underkastade utländsk rätt, så skall bestämmelserna i den tyska lagen likväl användas. Det gäller dock under förutsättning att timeshare-lägenheten är belägen i en EES-stat, eller att avtalet har tillkommit som en följd av säljarens annonsering eller liknande yrkesmässiga åtgärder inom EES-området. Därtill krävs att köparen har hemvist inom EES-området, och att hon har gjort sin beställning inom detta område.

Hade denna bestämmelse varit tillämplig på tvisten skulle köparen ha en ångerfrist på tio dagar. Hon skulle också kunna kräva att få tillbaka de belopp som betalats i förskott, dvs. betalningar som har gjorts innan ångerfristen på tio dagar löpt ut.[1201]

I tysk doktrin har målet kritiserats bl.a. på grund av att BGH inte i tillräcklig utsträckning beaktat målets EG-rättsliga aspekter.[1202] Enligt min mening saknar dock kritiken fog avseende domstolens tolkning av Romkonventionens regler. Den tyska domstolen har givit en hållbar och trovärdig tolkning av konventionens regler som stämmer väl överens med dess anda.

7.4.4 Inskräkningar som följer av artikel 5.4b)

När man försöker kartlägga Romkonventionens inställning till inskränkningar i parternas frihet att välja avtalsstatut i timeshare-avtal slås man av att det skydd som nyss har beskrivits, till stor del verkar försvagas av bestämmelsen i artikel 5.4 b) i konventionen. Det förefaller som om denna negativa konsekvens inte har blivit tillräckligt beaktad.

Enligt lagrummet skall artikel 5 inte tillämpas på avtal om utförande av tjänster, om tjänsterna uteslutande skall utföras i ett annat land än det där köparen har sitt hemvist.[1203] För att undantaget inte skall aktualiseras krävs alltså att någon del av tjänsterna utförs i köparens hemvistland. Skall tjänsterna uteslutande utföras i ett annat land kan inte en köpare förvänta sig något skydd mot lagvalsklausuler. I dessa fall finns en närmare anknytning till landet där tjänsterna utförs.[1204]

[1200] Gesetz über die Veräusserung von Teilzeitungsrechten an Wohngebäude (TzWrG) vom 20/12/96. Se BGBl. I 1996, s. 2154.

[1201] Om denna tyska bestämmelse, se Sousa, s. 218.

[1202] Se Michaels & Kamann, JZ 1997, s. 601–609.

[1203] Stadgandets förklaring ligger i att avtal skall underkastas den rättsordning vartill det har sin mest relevanta anknytning eller närmaste anknytning. Om denna undantagsbestämmelse, se Giuliano & Lagarde, s. 24–25. Jämför Jayme & Kohler, IPRax 1994, s. 408. Se även ovan avsnitt 5.4.2.

[1204] Se Giuliano & Lagarde, a. s.

När det gäller timeshare-avtal och därmed förknippade tjänster torde dessa som huvudregel utföras i det land där timeshare-lägenheten är belägen, och inte till någon del i köparens hemvistland. Service, skötsel, underhåll, tillgång till fritidsaktiviteter, osv., utförs normalt på den utländska semesterorten.

Till någon annan slutsats verkar man inte heller komma om timeshare-avtalet innehåller bytesmöjligheter till andra lägenheter runt om i världen. Inte heller då utförs någon del av tjänsterna som eventuellt är förknippade med avtalet i köparens hemvistland, såvida inte köparen byter till sig en timeshare-lägenhet i Sverige.

Även om ett timeshare-avtal kvalificerats som ett konsumentavtal avseende tjänst kan således köparen inte alltid räkna med ett skydd mot lagvalsöverenskommelser. Det står då parterna fritt att välja vilken lag som helst som tillämplig på avtalet enligt artikel 3 i Romkonventionen.[1205]

Undantagsbestämmelsen i artikel 5.4 b) anses inte omfatta finansieringsavtal av tjänster.[1206] Man skulle kunna föreställa sig att en säljare ställer en kredit till förfogande i köparens hemvistland.[1207] Med denna kredit skall hon finansiera köpet av timeshare-andelen i ett annat land. I denna situation skulle man eventuellt kunna anse att en viss del av avtalet utförs i köparens hemvistland, varför undantaget i artikel 5.4 b) inte bör gälla. Köparen bör då ges skydd mot lagvalsöverenskommelser i enlighet med artikel 5 såvitt gäller kreditavtalet.

[1205] Se ovan avsnitt 3.3.1.1.

[1206] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 73 not 146. Se också från tysk rättspraxis BGH, Urt. vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93: IPRax 1994, s. 449.

[1207] Se OGH, Beschl. vom 10.7.1996, 3 – O b 1267/96 w. Rättsfallet gällde fastställandet av tillämplig lag på ett kreditavtal avsett att finansiera ett timesharing-avtal som ingåtts mellan tyska konsumenter och en säljare med säte på Gibraltar. Avtalet hade förmedlats genom hemförsäljning av en tysk näringsidkare. Via denna näringsidkare ordnades även finansiering hos ett tyskt kreditbolag. Det tyska kreditbolag som finansierade timeshare-avtalet hade sedermera överlåtit fordran till ett österrikiskt kreditinstitut. Efter uteblivna betalningar stämde det österrikiska kreditinstitutet de tyska konsumenterna inför österrikisk domstol i enlighet med prorogationsöverenskommelsen. Den österrikiska högsta domstolen fastställde att en prorogationsklausul till österrikisk domstol inte är tillräcklig för att identifiera parternas överenstämmelse i vad gäller tillämpning av österrikisk lag. Domstolen kom vidare fram till att timeshare-avtalet och kreditavtalet skulle ses som en kontraktsrättslig enhet och att den lag som valts ifråga om timeshare-avtalet också skulle tillämpas beträffande kreditavtalet. Problematiskt i sammanhanget var att vid tidpunkten skulle autonoma österrikiska internationell privaträtt användas för att identifiera avtalsstatutet. Denna påbjöd renvoi, dvs. hänvisning i en lagvalsregel till en utländsk rättsordning anses inkludera både materiellrättsliga regler och lagvalsregler. Se även Kohlegger, Internationales Verbraucherschutz, s. 146–149, om österrikisk rätt.

7.5 Direktivbaserade lagvalsregler

7.5.1 Kompletterande skydd genom EG-direktiv

För att timeshare-köpare inte skall gå miste om timeshare-direktivets materiella skydd föreskriver artikel 9 att "medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att, oavsett vilken lagstiftning som är tillämplig, köparen inte berövas det skydd som ges genom direktivet om den berörda fasta egendomen är belägen inom EU".[1208] Syftet med bestämmelsen är att förhindra att lagvalet leder till att en köpare berövas det direktivenliga skyddet när timeshare-lägenheten finns inom EU.

I litteraturen har denna bestämmelse kritiserats, främst i anledning av att skyddets tillämpning kopplats till egendomens läge i stället för till den skyddsvärda köparens hemvist.[1209] I viss utsträckning är kritiken befogad. Direktivets skyddsreglering kan inte komma i fråga för användning när lägenheten är belägen utanför EU, men där det i övrigt finns en stark anknytning till gemenskapen. En sådan anknytning skulle t.ex. kunna föreligga om timeshare-lägenheter marknadsförts inom EU och säljaren och köparen har hemvist respektive etableringsställe där.[1210]

I svensk rätt har bestämmelsen genomförts i 18 § i lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende:

> "Om bostadslägenheten är belägen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och rättsordningen i ett land utanför samarbetsområdet är tillämplig gäller bestämmelserna i lagen i den mån de ger köparen ett bättre skydd."

Den svenska lagstiftaren har valt att tolka direktivbestämmelsen så att den avser både fall där parterna har utnyttjat friheten att välja lag och fall där så inte skett.[1211] Den senare situationen behandlas nedan under avsnitt 7.7.

Bestämmelsen i 18 § synes dock i första hand få betydelse för, och förbättra köparens rättsliga ställning i, timeshare-avtal som innehåller en lagvalsklausul. Detta gäller i vart fall när denna utpekar en rättsordning utanför EES-området, fastän timeshare-lägenheten är belägen inom det

[1208] Kritiskt Jayme & Kohler, Rev. crit. dip. 1995, s. 29.

[1209] A. st.

[1210] Allmänt Pålsson, Romkonventionen, s. 80 och Jayme & Kohler, IPRax 1994, s. 407–408 och IPRax 1997, s. 388.

[1211] Se prop 1996/97:127, s. 64. Om olika införlivandeformer av timeshare-direktivets internationellt privaträttsliga bestämmelse i artikel 9, se SEC (1999) 1795 final, s. 21–22.

området. Bestämmelsen är dock komplicerad, såväl till utformning som till innehåll. Den väcker frågor som vi redan tidigare i denna studie har konfronterats med. I vilket förhållande står 18 § i lagen om tidsdelat boende till Romkonventionens lagvalsregler och de andra direktivbaserade lagvalsreglerna i 13 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorslagen), 23 § lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen) och den föreslagna bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen (1990:932)? När gäller skyddet mot lagvalsöverenskommelser och hur tar det sig uttryck?

7.5.2 Systemrationalitet

Såsom bl.a. beskrivits ovan i avsnitt 4.3.4.2 lämnar Romkonventionen enligt artikel 20 företräde för lagvalsregler av EG-rättsligt ursprung. Lagvalsfrågan skall alltså i en timeshare-tvist främst avgöras av 18 § i lagen om tidsdelat boende. Eftersom skyddet i 18 § i lagen om tidsdelat boende endast synes ta sikte på civilrättsliga regler måste andra tvistefrågor avgöras av avtalsstatutet som det fastställts av Romkonventionens lagvalsregler.[1212] Den direktivbaserade lagvalsregeln i 18 § och Romkonventionen samverkar alltså.

Hänvisningen till lagens civilrättsliga regler torde avse lagens 7–17 §§. Där regleras bl.a. avtalets utformning, säljarens informationsskyldighet, ställande av säkerhet för byggnad under uppförande, köparens ångerrätt, köparens rätt att i vissa fall låta avtalet återgå, m.m. I övriga delar regleras avtalsförhållandet av avtalsstatutet som det utpekats av andra lagvalsregler.

När det gäller förhållandet till de andra direktivbaserade lagvalsreglerna verkar det finnas en viss risk för att 18 § i lagen om tidsdelat boende skulle kunna kollidera med den direktivbaserade lagvalsregeln i 13 § i avtalsvillkorslagen. Enligt 13 § i avtalsvillkorslagen gäller inte ett avtalsvillkor som anger att en lag utanför EES-området skall tillämpas i fråga om regler om oskäliga avtalsvillkor, om den eljest tillämpliga lagen är en lag inom EES-området och den lagen ger ett bättre skydd mot oskäliga avtalsvillkor.

Såvitt jag kan bedöma skulle regeln i 18 § lagen om tidsdelat boende och bestämmelsen i 13 § avtalsvillkorslagen kunna komma att överlappa

[1212] Se prop. 1996/97:127, s. 45.

varandra.[1213] Bestämmelsen i 18 § i lagen om tidsdelat boende avser att ge köpare i egenskap av konsumenter skydd genom att garantera rätten till bl.a. information och en viss ångerfrist. Regeln i 13 § avtalsvillkorslagen syftar till att ge en köpare skydd mot oskäliga avtalsvillkor.

Om ett timeshare-avtal innehåller ett avtalsvillkor som anger att köparen inte har rätt att ångra ett avtal kan villkoret vara i strid med båda de nu nämnda bestämmelserna.[1214] Frågan är då vilken bestämmelse som bör tillämpas om de inte kan tillämpas parallellt.

För svensk rätts del uppstår denna regelkonflikt troligtvis bara om båda bestämmelserna har åberopats av part i processen.[1215] För att lösa konflikten bör principen om lex specialis tillämpas, dvs. bestämmelsen i 18 § lagen om tidsdelat boende bör äga företräde framför 13 § i avtalsvillkorslagen, då den förra är speciallag i förhållande till den mer generella bestämmelsen i 13 §. Vad som talar för denna lösning är således att 18 § i lagen om tidsdelat boende särskilt utformats för timeshare-avtal.[1216] För denna lösning talar även att vissa bestämmelser i lagen har förklarats vara internationellt tvingande under de i 18 § angivna förutsättningarna.[1217] Att reglerna är internationellt tvingande innebär att de ovillkorligen skall tillämpas, trots att de inte är del av avtalsstatutet. Man skulle kanske därför kunna hävda att reglerna i lagen om tidsdelat boende väger tyngre än reglerna i avtalsvillkorslagen, varför de förra skall ges företräde.[1218]

7.5.3 Det komplicerade skyddet mot lagvalsklausuler

Den direktivbaserade lagvalsregeln är i grunden ett svar på de problem som förekommer på marknaden.[1219] Mot bakgrund av de problem som presenterades i början av detta kapitel så är behovet av en dylik lagvalsregel påtagligt.

[1213] Enligt 11 § avtalsvillkorslagen kan avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell förhandling jämkas eller lämnas utan avseende om villkoret medför en betydande obalans till en konsuments nackdel. Trots att regeln i 11 § inte direkt handlar om domstols behörighet kan den få betydelse för prorogationsvillkor i avtal med konsumenter oavsett om det är ett konsumentavtal som faller inom artiklarna 13–15 i Brysselkonventionen. Se prop. 1994/95:17, s. 47–48 och Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 125. Om oskäliga avtalvillkor: Bernitz, SvJT 1995, s. 632–637 och Weatherill, ERPL 1995, 316–318.

[1214] Om 13 § avtalsvillkorslagen, se även Bogdan, SvJT 1995, s. 198–201.

[1215] Se prop 1996/97:127, s. 64 och Bogdan, a. a., s. 199.

[1216] Om normhierarki i allmänhet, se Audit, s. 42–43 och Firsching & von Hoffmann, s. 16–20.

[1217] Se prop. 1996/97:127, s. 64.

[1218] Jämför dock nedan avsnitt 8.4.1.2.

[1219] Se prop. 1996/97:127, s. 12–13.

I vissa avseenden ger lagvalsregeln i 18 § en köpare ett mer förmånligt skydd mot lagvalsöverenskommelser än Romkonventionen. Skyddet gäller oavsett under vilka omständigheter ett timeshare-avtal har träffats och oavsett i vilket land en köpare har hemvist. Dock förutsätts att timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området. Bestämmelsen inskränker således den omfattande lagvalsfrihet som Romkonventionen ger uttryck för när det gäller timeshare-avtal. På grund av regelns utformning kan det ändå vara svårt att bedöma vilka situationer som avses.

Av stadgandets ordalydelse framgår att skyddet bara aktualiseras om den valda lagen är en rättsordning utanför EES-området, men timeshare-lägenheten är belägen i en EES-stat. Är den valda lagen en rättsordning i en EES-stat och är timeshare-lägenheten belägen inom eller utanför EES-området gäller inte skyddet. Lagvalsregeln i 18 § skyddar inte heller när en EES-stat vars lag är tillämplig inte i tid eller korrekt genomfört timeshare-direktivet i sin nationella rättsordning.[1220]

Att 18 § inte omfattar situationer där timeshare-lägenheten är belägen utanför EES-området är inte särskilt anmärkningsvärt. Svensk skyddslagstiftning av EG-rättsligt ursprung kan svårligen göra anspråk på en omedelbar tillämpning i alla fall där svenska köpares intressen berörs runt om i världen. Svensk skyddslagstiftning följer alltså inte med svenska resenärer i kappsäcken. Således gäller inte bestämmelsen makarna W:s tvist om en timeshare-lägenhet på Bahamas, även om saken skulle komma upp till prövning i Sverige. Timeshare-lägenheten är i exemplet belägen utanför EES-området.

Vad som emellertid kan anses vara anmärkningsvärt är att skyddet inte kommer i fråga i de fall där timeshare-lägenheten är belägen utanför EES-området, men marknadsföring har ägt rum inom detta område och såväl köparen som säljaren har sitt hemvist respektive säte inom EES-området.[1221] Det måste då anses finnas en sådan relevant anknytning till EES som skulle kunna motivera tillämpning av timeshare-direktivets skyddsreglering och därpå grundande nationella regler.[1222]

Det skydd som kommer till uttryck i 18 § i lagen om tidsdelat boende aktualiseras således enbart om timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området och den avtalade lagen är en rättsordning utanför detta om-

[1220] Se nedan avsnitt 7.8.2. Då kan parterna dock väcka talan om skadestånd mot den aktuella EU-staten i enlighet med Frankovich-doktrinen. Se C- 6/90 och 9/90, *Francovich och Bonifaci* mot *Italien*. Se närmare även Berniz & Kjellgren, s. 91–95.

[1221] Om den internationellt privaträttsliga bestämmelsen i timeshare-direktivet, se Howells & Wilhelmsson, s. 256–257.

[1222] Denna synpunkt verkar ha beaktats i den tyska lagen som genomför timeshare-direktivet, se ovan avsnitt 7.4.3. Enligt denna bestämmelse skall tyska skyddsregler om timeshare tillämpas om det finns en nära anknytning till EU.

råde. Är så fallet, och de svenska reglerna om tidsdelat boende ger köparen ett bättre skydd än den avtalade lagen, skall de svenska reglerna ovillkorligen tillämpas.

För att veta huruvida de svenska reglerna om tidsdelat boende är tillämpliga måste en jämförelse göras mellan de civilrättsliga reglerna om informationsskyldighet och ångerrätt i den svenska lagen och motsvarande regler i den valda lagen. Utmynnar jämförelsen i att svenska regler om tidsdelat boende ger köparen ett bättre skydd skall således de svenska reglerna i den situationen anses vara internationellt tvingande och ges omedelbart företräde.[1223]

I vissa fall kan detta tyckas föra för långt. Antag att en svensk domstol till följd av en prorogationsklausul skall pröva en timeshare-tvist mellan en säljare på Bahamas och en amerikansk köpare avseende en timeshare-lägenhet i Spanien. Det omtvistade avtalet innehåller en lagvalsklausul som utpekar lagen på Bahamas. I detta fall skall de svenska reglerna om tidsdelat boende direkt tillämpas som svenska internationellt tvingande regler. Den valda lagen är en rättsordning utanför EES-området, som enligt vad jag har förstått, innehåller en för köparen sämre reglering än svensk rätt.[1224]

I den nu beskrivna situationen kan man hävda att det inte finns något intresse av tillämpning av svenska regler, eftersom det saknas anknytning till Sverige. Den enda anknytning som finns hit är att saken prövas här till följd av ett prorogationsavtal. Av direktivet – och den anpassade svenska lagen – följer dock att alla köpare av timeshare-lägenheter inom EES-området, oavsett var de har hemvist, är försäkrade ett visst minimiskydd om saken prövas i Sverige.

Konsekvensen av att vissa regler om tidsdelat boende är internationellt tvingande är att regler i två rättsordningar kan komma att tillämpas på samma avtalsförhållande, s.k. dépeçage.[1225] Hithörande frågor och kritik har kortfattat beaktats i avsnitt 4.5.3 och gäller även i det nu diskuterade sammanhanget.

När innebörden av 18 § i lagen om tidsdelat boende appliceras på fallet ovan i avsnitt 7.1, där herr och fru P övertalats att köpa en timeshare-lägenhet i Spanien, blir följden att avtalet kan komma att prövas dels enligt tvingande regler i den avtalade cypriotiska lagen, dels enligt svenska regler i lagen. Ger svenska regler om tidsdelat boende paret ett bättre skydd än motsvarande cypriotiska regler, skall svenska regler tillämpas eftersom timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området. I övrigt gäller den avtalade cypriotiska lagens tvingande regler.

[1223] Se prop. 1996/97:127, s. 64.

[1224] Se ovan not 1178.

[1225] Om dépeçage, se ovan avsnitt 4.5.3.

Enligt de slutsatser som drogs i avsnitt 3.3.3 är det parets ansvar att avgöra vilket lands regler som är mest förmånliga, och således även att åberopa de svenska reglerna om tidsdelat boende.[1226] En sådan lösning kan visa sig mindre tillfredsställande. Antag att säljaren i exempelfallet stämt paret vid svensk domstol med yrkande om att paret skall förpliktas utge köpeskillingen. I samband med stämningsansökan inger säljaren utredning om innehållet i cypriotisk lag. Paret känner inte till 18 § i lagen om tidsdelat boende och åberopar därför inte denna skyddsbestämmelse i sin inlaga till rätten.[1227] Svenska regler ämnade att vara internationellt tvingande får då inte sin avsedda skyddsverkan på grund av att köpare inte har kunskap om 18 § i lagen som i den nu aktuella situationen avser att förläna vissa regler en internationellt tvingande karaktär.[1228] Denna brist skulle kunna botas genom en aktiv materiell processledning från domstolens sida. Detta spörsmål har dryftats ovan i avsnitt 3.3.3.3.

7.6 Kritik

Det är i dag ofrånkomligt att svenska myndigheter kan behöva ta upp till prövning tvister beträffande timeshare-lägenheter i andra EU-stater. Det kan då bli nödvändigt att ta ställning till en lagvalsöverenskommelses omfattning.

Timeshare-avtal har ofta ingåtts utomlands av en person som befinner sig i en underlägsen ställning i förhållande till säljaren. Avtalets syfte har att göra med en rättighet i relation till fast egendom. Köparens behov av rättsskydd ställs i dessa fall mot fastighetslandets intresse av att reglera egendom som finns inom dess territorium. Hur denna intresseavvägning skall äga rum inom ramen för Romkonventionen är oklart och beroende av hur kvalifikationsfrågan löses.

Även om man till förmån för köparen, och i linje med EG-domstolens avgörande i Travel Vac-målet (C-423/97), skulle kvalificera en tvist som ett konsumentavtal avseende tjänst verkar köparen endast i undantagsfall faktiskt erhålla skydd mot lagvalsklausuler. Romkonventionens särskilda lagvalsregel avseende vissa konsumentavtal undantar nämligen från sitt tillämpningsområde avtal om tjänster som uteslutande skall utföras i ett

[1226] Tvistar parterna om flera frågor, t.ex. avtalets giltighet, återbetalning av handpenning, osv. måste bedömningen av om reglerna i den svenska lagen ger dem ett bättre skydd göras separat för varje fråga. Se prop. 1996/97:127, s. 64.

[1227] Om åberopande, se Andersson, Dispositionsprincipen, s. 176–178 och 189–193.

[1228] Vissa förarbetsuttalanden till lagen om tidsdelat boende tyder dock på att svenska domstolar *skall åläggas* att tillämpa reglerna i lagen om förutsättningarna härför föreligger, se prop. 1996/97:127, s. 44. Jämför dock a. prop., s. 64.

annat land än köparens hemvistland, se artikel 5.4 b). Lagvalsfriheten verkar därför vara omfattande inom ramen för Romkonventionen och kan i Sverige endast inskränkas av eventuellt tillämpliga internationellt tvingande regler eller av ordre public-förbehållet.[1229]

Detta kan föra med sig att EG-rättslig skyddslagstiftning som kommer till uttryck i timeshare-direktivet (94/47/EG) och därpå nationellt grundade lagar kan kringgås trots att säljaren och köparen har etableringsställe respektive hemvist inom EU, och trots att timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området.

Lagvalsregeln i 18 § i lagen om tidsdelat boende avser att korrigera denna brist. En köpare får inte berövas det skydd som ges i lagen om tidsdelat boende om timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området. I dessa fall är det svenska skyddet "absolut" när tvisten väl kommer till prövning i Sverige, och skall tillämpas oavsett var köpare och säljare har hemvist respektive etableringsställe. Dessutom gäller det oavsett den anknytning som i övrigt finns till Sverige.

I övrigt kan det tyckas vara egendomligt att de civilrättsliga reglerna i den svenska lagen om tidsdelat boende gör anspråk på omedelbar tillämpning *i alla de fall* där timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området, även om det i övrigt inte finns någon anknytning till Sverige. Svenska regler om tidsdelat boende verkar därigenom ha ett mer vidsträckt territoriellt tillämpningsområde än vad som normalt följer av andra svenska internationellt tvingande regler. Dessa förutsätter normalt att det finns någon form av anknytning till Sverige för att komma i fråga för tillämpning.[1230]

Lagvalsregeln i 18 § i lagen om tidsdelat boende räcker dock inte till i alla avseenden. Det förekommer allt oftare att timeshare-avtal utformas att omfatta rättigheter som löper på kortare tid än tre år. Sådana avtal faller utanför det avsedda skyddet i 18 §, då de inte är att betrakta som konsumentavtal som omfattas av skyddsregleringen i lagen om tidsdelat boende. Skyddsreglering i 18 § förmår då inte svara mot oegentligheter på timeshare-marknaden. Det finns således ett behov av att genom lagstiftning utöka tillämpningsområdet för lagen om tidsdelat boende.

[1229] Dessa inskränkningar kommer att behandlas nedan i kap. 8.
[1230] Se avsnitt 8.4.2.3.

7.7 Fastställelse av tillämplig lag enligt Romkonventionen när lagvalsavtal saknas

7.7.1 Säljarens lag

När vi nu övergår till att studera en köpares rättsställning i ett timeshare-avtal som saknar en lagvalsklausul, måste den objektivt sett mest närstående rättsordningen utpekas. Vilken denna rättsordning skall antas vara beror på hur tvisten har kvalificerats.

Har tvisten kvalificerats som ett konsumentavtal avseende tjänst följer, om förutsättningarna i artikel 5.2 i Romkonventionen är uppfyllda, att köparens (konsumentens) lag skall tillämpas enligt artikel 5.3 i konventionen.

Detta gäller dock bara om någon del av tjänsterna som är förknippade med avtalet skall utföras i köparens land. I timeshare-sammanhang förefaller det endast gälla avtal där finansieringen av timeshare-lägenheten sker genom att säljaren ställer en kredit till köparens förfogande i hennes hemvistland. Farhågan, som redan uttryckts ovan i avsnitt 7.3.7.3 och 7.4.4 är alltså att många timeshare-avtal kommer att falla utanför artikel 5, trots att förutsättningarna i övrigt är uppfyllda. Anledningen är alltså att skyddet enligt artikel 5.4 b) inte omfattar avtal om tjänster som uteslutande skall utföras i ett annat land än köparens hemvistland.

Timeshare-avtalets närmaste anknytning måste i dessa fall fastställas enligt den allmänna presumtionsregeln i artikel 4.2.[1231] Enligt denna regel antas ett avtal ha sin närmaste anknytning till lagen i det land där den part, som skall utföra den prestation som är kännetecknande för avtalet, har sitt hemvist vid avtalsslutet eller, om det gäller ett bolag, en förening eller annan juridisk person, sin centrala förvaltning. Ingås avtalet som ett led i den partens affärsverksamhet skall avtalet anses ha sin närmaste anknytning till 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.[1232]

Romkonventionen utgår från att den prestation som inte utgörs av pengar är den karakteristiska prestationen, då den anses vara mer komplicerad.[1233] Det torde inte råda någon tvekan om att det är säljaren av timeshare-andelen som svarar för den prestation som ger avtalet dess karaktär.

Vanligt är dock att timeshare-säljare har central förvaltning i ett annat land än det där själva timeshare-lägenheten är belägen. Det förekommer t.ex. att säljare av lägenheter i Spanien har sin centrala förvaltning på

[1231] Se härom Vischer, Liber Amicorum Droz, s. 499–513.
[1232] Se Giuliano & Lagarde, s. 20–21.
[1233] Se ovan avsnitt 4.6.2.

Bahamas eller Isle of Man. I exempelfallet ovan i avsnitt 7.1 med den svenska turisten som i Grekland förvärvat en timeshare-lägenhet som fortfarande efter fyra år inte är färdigbyggd skulle lagen på Bahamas vara tillämplig, om säljaren har sin centrala förvaltning där. Detta är knappast någon lämplig eller ens förutsebar lösning på lagvalsfrågan.

De argument som bär upp tillämpningen av säljarens lag enligt presumtionsregeln om den karakteristiska prestationen gör sig inte självklart gällande med samma styrka om avtalet skall fullgöras i ett helt annat land än det där säljaren har sin centrala förvaltning. I detta fall har inte nödvändigtvis avtalsförhållandet sin mest relevanta anknytning till säljarens lag. En stark anknytning kan anses föreligga till det landet där avtalet skall fullgöras. Säljaren måste nämligen anpassa sin verksamhet till bl.a. det landets marknadsrättsliga och skatterättsliga reglering.

I en situation som den föreliggande skulle man kunna tillgripa regeln i artikel 4.5 som anger att presumtionen kan hävas om det av de samlade omständigheter framgår att avtalet har en närmare anknytning till ett annat land än det som utpekats av presumtionsregeln. Av skäl som redan tidigare framhållits (i avsnitt 4.6.2) verkar emellertid inte denna lösning vara aktuell.

Har säljaren däremot ett huvudsakligt verksamhetsställe i något annat land blir i stället detta verksamhetsställe avgörande för vilket lands lag som objektivt sett har den närmaste anknytningen till avtalet. Har t.ex. säljaren sitt huvudsakliga verksamhetsställe på Cypern (men central förvaltning på Bahamas) skall cypriotisk lag bestämma vilka påföljder köparen kan göra gällande mot säljaren.

Är det åter så att parterna har avtalat om att tjänsterna skall fullgöras från ett annat verksamhetsställe är i stället lagen i "fullgörelselandet" tillämplig. Har säljaren i exempelfallet verksamhetsställe i Grekland som enligt avtalet medverkar i fullgörelsen skall alltså grekisk lag tillämpas.

Den nu beskrivna ordningen kan inte betraktas som tillfredsställande. Har en timeshare-tvist kvalificerats som avseende tjänst är de "valbara" rättsordningarna för många för att man enkelt och tydligt skall kunna förutse vilket lands lag som är tillämplig. Det i internationellt privaträttsliga situationer förekommande "Handeln unter falschem Recht", dvs. att man utgår från att en annan (fel) lag gäller, synes lätt kunna aktualiseras i sammanhanget.

Det kan följaktligen hävdas att det inte ter sig som särdeles lämpligt att kvalificera en timeshare-tvist som avseende tjänst i nu aktuellt sammanhang, i vart fall inte när parterna tvistar om avtalets giltighet eller andra prestationer som har med själva semesterboendet att göra.

7.7.2 Lex rei sitae

Har en tvist däremot kvalificerats som sakrätt i eller nyttjanderätt till fast egendom utpekar artikel 4.3 lagen i det land där timeshare-lägenheten är belägen (lex rei sitae).[1234] Det är då till detta land som ett timeshare-avtal antas ha sin närmaste anknytning. Lagvalsregeln i artikel 4.3 i Romkonventionen har utformats för att omfatta såväl äganderätt, olika former av nyttjanderätt (t.ex. hyra) som andra rättigheter i fast egendom.[1235]

I samband med timeshare-avtal leder denna regel till ett förhållandevis förutsebart resultat beträffande tillämpliga regler, och därmed även till internationellt enhetliga avgöranden. Det är också ur lämplighetssynpunkt en praktisk reglering. Kontraktsrättsliga frågor i anledning av timeshare-avtalet kommer att bedömas enligt samma lag som gäller fastighetsrättsliga och sakrättsliga frågor, i allmänhet inbegripet tredje mans ställning.[1236] Man behöver då inte heller ta ställning till vilka rättigheter som kan anses som kontraktsrättsliga eller sakrättsliga, en distinktion som inte är densamma i alla länder.[1237]

Möjligheten att enligt artikel 4.5 i Romkonventionen häva presumtionen synes mig vara liten, när den på ett timeshare-avtal tillämpliga lagen fastställts enligt artikel 4.3.[1238] Det är således svårt att påstå att de sam-

[1234] Se artikel 9.6 i Romkonventionen som anger under vilka förutsättningar avtal som avser sakrätt i eller nyttjanderätt till fast egendom underkastas sådana tvingande formkrav som ställs enligt lex rei sitae. Om lex rei sitae, se Lando, IECL 1976, s. 86 och Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 311.

[1235] Se prop. 1997/98:14, s. 42 och Pålsson, Romkonventionen, s. 63.

[1236] Av intresse i sammanhanget är t.ex. EG-domstolens avgörande i C-241/83, *Erich Rösler* mot *Horst Rottwinkel*. Fallet gällde tolkningen av artikel 16.1 Brysselkonventionen och ersättningsanspråk mot en hyresgäst. EG-domstolen förklarade att varje avtal om nyttjanderätt till fast egendom, oavsett om avtalet endast löper på en kortare tid och rör hyra av semesterbostad gäller fastighetslandet exklusiva behörighet. Det avser även samtliga frågor rörande parternas förpliktelser. Se närmare Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 132 och Romkonventionen, s. 63. Jämför ovan fall not 1130, där EG-domstolen synes ha intagit en mer restriktiv tolkning.

[1237] Se Lando, IECL 1976, s. 144: "[T]here are situations where the lex situs should apply without exceptions. Contracts for the grant of lease, for the sale of flats or dwelling houses, and for a loan to be secured by a mortgage of land are in some countries regulated by mandatory provisions the purpose of which is to control the housing market and the capital market and to provide protection for the weak tenant, buyer or mortgagor. In these countries the governmental interest in having the lex rei sitae applied is so significant that this law should govern irrespective of a diverging intention of the parties or of the existence of elements which connect the transaction with another country. This principle, it is submitted, should apply to contracts involving the sale, lease or the grant of a mortgage of land whether they are consumer contracts or 'commercial' contracts."

[1238] Om artikel 4.5 i Romkonventionen, se Giuliano & Lagarde, s. 21–22. Se även prop. 1997/98:14, s. 42–43 och Pålsson, Romkonventionen, s. 65–68.

lade omständigheterna pekar på ett annat land än fastighetslandet, med mindre fråga är om fall av korttidshyra om hyrestagaren och uthyraren har hemvist i samma land även om timeshare-lägenheten är belägen i ett annat land.[1239]

7.7.3 "Home ward-trend"

7.7.3.1 Köparens lag reglerar avtalets existens

Med tanke på de förhållandevis stora skillnader som har förelegat mellan olika länders skyddslagstiftning avseende timeshare är det kanske inte förvånande att nationella domstolar varit uppfinningsrika i syfte att skydda det egna landets timeshare-köpare.

Ett exempel härpå är ett tyskt avgörande från år 1995.[1240] I korthet gällde tvisten ett timeshare-avtals giltighet. En tysk turist hade ingått avtal med en spansk säljare om en timeshare-lägenhet på Lanzarote, Spanien. Efter två dagar ångrade turisten sig och meddelade säljaren skriftligen att hon ville frånträda avtalet. Säljaren vägrade emellertid att betala tillbaka köpeskillingen och yrkade fullgörelse av avtalet vid tysk domstol.

Eftersom parterna inte hade kommit överens om tillämplig lag fann den tyska domstol som prövade tvisten att den lag till vilket avtalet hade sin närmaste anknytning skulle tillämpas enligt artikel 28 EGBGB (artikel 4 i Romkonventionen). Den närmaste anknytningen fanns enligt domstolen till spansk lag. Det var där avtalet hade träffats, och det var där lägenheten skulle användas. Dessutom, tillade domstolen, var det i Spanien som säljaren hade sitt huvudsakliga verksamhetsställe.

Domstolen verkar här ha gjort en förutsättningslös avvägning av avtalets anknytningar till de aktuella länderna. Presumtionen i artikel 4.2 om att lagen i det land där säljaren har sitt huvudsakliga verksamhetsställe skall tillämpas, verkar närmast ha varit av sekundär betydelse, i stället för den vägledande presumtionsregel den är avsedd att vara.[1241]

Trots att spansk lag var avtalsstatut fann domstolen att tyska regler skulle tillämpas på frågor om avtalets existens enligt artikel 31 Abs. 2 EGBGB (artikel 8.2 i Romkonventionen).[1242] Av detta stadgande framgår

[1239] Se Giuliano & Lagarde, s. 21 och Pålsson, Romkonventionen, s. 67–68. Se även RH 1986:55 där en tvist om en bostadslägenhet (hyra) i Spanien prövades i Sverige.

[1240] Se LG Koblenz, Urt. vom 23.5.1995 – 4 HO 158/94: IPRspr. 1995 nNr. 27.

[1241] Den tyska domstolen synes närmast ha fallit tillbaka på en metod liknande den s.k. individualiserande metoden och vägt avtalets olika anknytningar till de olika rättsordningarna. Om denna metod, se ovan avsnitt 3.3.1.1.

[1242] För en liknande bedömning, se LG Rottweil, Urt. vom 31.5.1995 – 3 O 1240/94: IPRspr. 1995 Nr. 28; LG Stuttgart, Urt. vom 13.7.1995 – 19 O 21/95: IPRspr. 1995 Nr. 30 och LG Giessen, Urt. vom 14.2.1994 – 4 O 528/93: IPRspr. Nr. 28.

att en part kan åberopa lagen i hemvistlandet för att få fastställt att hon inte samtyckt till avtalet eller en avtalsbestämmelse om det framgår av omständigheterna att det inte skulle vara rimligt att avgöra verkan av hennes uppträdande enligt den tillämpliga lagen.[1243] Domstolen fann att det i det aktuella fallet inte skulle vara lämpligt att bedöma frågan enligt spansk lag.

Spansk lag saknade vid tidpunkten för avtalets ingående bestämmelser om ångerrätt som fanns enligt tysk lag. Den tyska lagen hade åberopats av köparen för att visa att hon inte på ett verksamt sätt hade samtyckt till avtalet. Genom att skriftligen meddela säljaren att hon ville frånträda avtalet saknades enligt tysk rätt, om jag förstått saken rätt, samtycke till avtalet.[1244] Turisten skulle därför inte vara bunden av avtalet.

Därtill förutsatte domstolen att artikel 31 Abs. 2 i EGBGB (artikel 8.2 i Romkonventionen) påfordrar en intresseavvägning, dels av parternas intressen, dels av den internationella handelns intressen. I det aktuella fallet talade en sådan avvägning inte till stöd för tillämpning av spansk lag. I stället talade nästan alla omständigheter för att tillämpa tysk lag.[1245] Avgörande för domstolen var att köparen hade förhandlat med tyskar, avtalsspråket vara tyska, köpeskillingen i avtalet hade angivits i tyska D-mark, ett växelformulär utformat på det tyska språket hade använts, osv. Dessa omständigheter rättfärdigade därför enligt domstolen att avtalet skulle bedömas enligt tysk rätt.

Med beaktande av det tidigare i avsnitt 7.4.3 berörda avgörandet från år 1997 från den tyska högsta domstolen (BGH), ersätts dock denna bedömning av BGH:s avgörande där artikel 31 Abs. 2 EGBGB tolkades på ett motsatt sätt. BGH förklarade att tyska regler om ångerrätt inte kunde tillämpas genom denna bestämmelse.[1246] Bestämmelsen angår inte ett avtals giltighet utan blott dess existens.[1247] Syftet med artikel 31 Abs. 2 EGBGB är att säkerställa att en part inte blir bunden av ett avtal på ett sätt som inte är möjligt enligt den lag parten är förtrogen med. Sålunda

[1243] Huvudregeln enligt artikel 8.1 anger att förekomsten och giltigheten av ett avtal eller avtalsbestämmelse i ett avtal skall avgöras enligt den lag som skulle tillämpas enligt Romkonventionen, om avtalet eller bestämmelse var giltig. Se närmare Jacquet, Europeanisation, s. 31, som diskuterar artikel 8.2 i Romkonventionen och dess dépeçage-liknande effekter.

[1244] "Ein derartige 'Widerruf' führt demnach zum Fehlen der Zustimmung der Partei zum Vertragsschluss", skriver domstolen i LG Koblenz, Urt. vom 23.5.1995 – 4 HO 158/94: IPRspr. 1995 Nr. 27, s. 47.

[1245] A. st.

[1246] Se BGH 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 612–615. För samma slutsats, se Gutachten 1996 Nr. 5, s. 63–64. Se även Mäsch, IPRax 1995, s. 371–374.

[1247] "Der irrige Glaube an ein gesetzliches Widerrufsrecht i.S. des HaustürWG soll durch Art. 31 Abs. 2 EGBGB nicht beahtlich werden": Gutachten 1996 Nr. 5, a. s.

tar bestämmelsen främst sikte på fall där ett bindande avtal kan komma till stånd genom passivitet från ena partens sida.[1248] Om det hade varit så att det spanska avtalsstatutet föreskrev bundenhet genom passivitet – t.ex. att köparen varit tvungen att avböja ett skriftligt anbud skriftligen – skulle köparen enligt denna bestämmelse kunna bli fri från avtalet om sådan bundenhet inte fanns i tysk rätt.

7.7.3.2 Köparens lag tillämpas trots att någon skyddssituation inte föreligger

Ett flagrant exempel på ett fall där lagen i köparens hemvistland tillämpades trots att förutsättningarna härför saknades enligt Romkonventionen ges i ett franskt rättsfall.[1249]

Två franska turister hade under en semesterresa i Spanien träffat avtal med ett spanskt bolag om förvärv av en timeshare-lägenhet där. Köparna ångrade sig emellertid och ville frånträda avtalet. Det spanska bolaget väckte då talan vid fransk domstol, trots att avtalet innehöll en prorogationsklausul där det förklarades att tvist i anledning av avtalet skulle upptas vid en viss angiven spansk domstol.

Bolaget yrkade visst skadestånd. I genkäromål yrkade köparna å sin sida återbetalning av handpenning och vissa erlagda avgifter samt att avtalet skulle ogiltigförklaras. Till grund för sin talan anförde köparna att de inte givits tillfälle att samtycka till avtalet, att översättningen av avtalet inte överensstämde med originalkontraktet och att avtalet inte hade undertecknats av dem. Vidare ansåg de att det avtalsvillkor som informerade om ångerrätten var oklart utformat.

Då det spanska bolaget valt att, i strid med prorogationsklausulen, väcka talan vid fransk domstol fann den franska domstolen sig behörig. Eftersom den var behörig skulle tvisten också bedömas enligt fransk rätt. Enligt fransk rätt ogiltigförklarades avtalet och bolaget förpliktades betala tillbaka vissa belopp.

Enligt Romkonventionen, som också gäller i Frankrike, borde spansk lag ha tillämpats eftersom skyddssituationerna i artikel 5 inte förelåg. Spansk lag är såväl lagen i det land där timeshare-lägenheten är belägen som säljarens lag enligt artiklarna 4.2–3 i Romkonventionen.

Fallet illustrerar "lex forism" eller en "home ward-trend", dvs. en tillämpning av forumlandets lag för att skydda det egna landets köpare genom att dom grundas på lex fori trots att förutsättningar härför saknas enligt gällande lagvalsregler.[1250] Att en domstol finner sig behörig att

[1248] Se Bogdan, Svensk IP, s. 251–252 och Pålsson, Romkonventionen, s. 92–93.

[1249] INFO-C6/DECEMBER 97, uppgift från dåvarande KO Axel Edling daterat 20 januari 1999.

pröva en viss tvist innebär inte att forumlandets lag automatiskt blir tillämplig.[1251] Om den tillämpliga lagen görs beroende av i vilket land talan väcks, uppmuntrar det till "law shopping through forum shopping", dvs. att talan väcks vid den domstol som tillämpar de för käranden mest förmånliga lagvalsreglerna.[1252] Romkonventionen har uttryckligen avsett att motverka detta.[1253] Om inte de gemensamma europeiska lagvalsreglerna i Romkonventionen respekteras kan inte heller den inre marknaden fungera. Det leder till brister i möjligheten att förutse den tillämpliga lagen och undergräver strävan att nå internationellt enhetliga avgöranden.

7.8 Direktivbaserade lagvalsregler

7.8.1 Kompletterande skydd genom EG-direktiv

Den redan omtalade direktivbaserade lagvalsregeln i 18 § i lagen om tidsdelat boende inverkar inte bara i situationer där det finns en lagvalsklausul. Den kan också aktualiseras när tillämplig lag anges av en objektiv lagvalsregel. I vart fall principiellt sett innebär bestämmelsen omfattande inskränkningar i tillämpningen av Romkonventionen.[1254] I svensk doktrin finns litet skrivet om verkningarna av fall där lagvalsavtal saknas.[1255] Syftet med bestämmelsen är i alla händelser att försäkra att en köpare i egenskap av konsument *inte i något fall* förlorar det skydd som det bakomliggande direktivet avser att ge, om timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området.

Av stadgandets ordalydelse framgår (se ovan avsnitt 7.5.1) att om timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området och rättsordningen i ett land utanför detta område är tillämplig, gäller bestämmelserna i lagen

[1250] För en beskrivning av fransk rättspraxis beträffande förutsättningar för tillämpning av utländsk lag, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 84–86.

[1251] Avgörandet förefaller även vara oförenligt med den franska ståndpunkten att lagvalsregler som har EG-rättsligt eller konventionsursprung tillämpas självmant av en fransk domstol. Om problem i fransk rätt härvidlag, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 84–86; Hartley, ICLQ 1996, s. 278–282 och de Boer, Rec. des Cours 1996:257, s. 262–266.

[1252] Här kan även inflikas att prorogationsklausuler inte kan likställas med parternas lagvalsavtal. Att parterna har valt en behörig domstol kan inte jämställas med ett lagvalsavtal om tillämpning av detta lands lag.

[1253] Se Giuliano & Lagarde, s. 5.

[1254] Om förhållandet mellan direktivbaserade lagvalsregler och Romkonventionen, se ovan avsnitt 4.5.2.

[1255] Pålsson, Romkonventionen, s. 80, har emellertid något berört frågan.

om tidsdelat boende i den mån de ger köparen ett bättre skydd. Paragrafen avser inte att fullständigt reglera lagvalet. På de timeshare-fall som inte omfattas av bestämmelsen tillämpas den lag som utpekats av tillämplig lagvalsregel.[1256]

Det kan konstateras att 18 § inte är tillämplig om timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området och det rättsliga problemet har kvalificerats som en sakrätt i eller nyttjanderätt till fast egendom. Då kan inte en lag utanför EES-området bli tillämplig enligt artikel 4.3 i Romkonventionen. Inte heller är bestämmelsen tillämplig om timeshare-lägenheten är belägen utanför EES-området – oavsett hur tvistefrågorna har kvalificerats.

Det är bara om tvistefrågorna har kvalificerats som hemmahörande under en lagvalsregel avseende tjänst och den utpekade lagen är en rättsordning utanför EES-området som bestämmelsen i 18 § kan komma i fråga. Med andra ord omfattar 18 § bara situationer där artikel 5.3 utpekat köparens lag eller där artikel 4.2 pekat ut säljarens lag, och lagen är en rättsordning utanför EES-området. Härmed kan återknytas till exempelfallet i avsnitt 7.1 där en svensk timeshare-köpare vill häva ett avtal med en säljare som inte färdigställt en lägenhet i Grekland sedan fyra år gått efter avtalets ingående. Om vi antar att säljaren har sin centrala förvaltning och sitt huvudsakliga verksamhetsställe på Bahamas skall enligt artikel 4.2 i Romkonventionen lagen på Bahamas presumeras vara den objektivt tillämpliga lagen. I detta fall kan köparen förlita sig på skyddet i lagen om tidsdelat boende enligt 18 § om dessa svenska regler ger ett bättre skydd än den annars tillämpliga lagen. De svenska reglerna är då internationellt tvingande, oavsett anknytningen till Sverige.

En svårighet som redan nämnts kan vara att avgöra vilken lag som är mest förmånlig i det enskilda fallet. Vad som ovan i avsnitt 4.5.3 anfördes i hithörande hänseende gäller även i nu aktuellt hänseende.

Att den objektivt tillämpliga lagen gäller beträffande övriga frågor innebär även i detta sammanhang att regler i två rättsordningar kan bli tillämpliga vid sidan av varandra, s.k. dépeçage.[1257]

[1256] Se även avsnitt 3.3.1.2.

[1257] För min kritik, se ovan avsnitt 4.5.4.

7.8.2 "Det spanska problemet"

Är en timeshare-lägenhet belägen inom EES-området och den tillämpliga lagen tillhör en rättsordning i en EES-stat aktualiseras inte bestämmelsen i 18 § i lagen om tidsdelat boende. Man kan då förmoda att en köpare har minst det skydd som timeshare-direktivet och därpå grundade nationella regler ger – ett behov av ett särskilt internationellt privaträttsligt skydd föreligger då inte. När det gäller timeshare-direktivet kan ett sådant antagande emellertid slå fel. Det var endast två länder, Tyskland och Storbritannien, som i tid genomförde direktivet i sina nationella rättsordningar.[1258]

Att EU-medlemsstaterna inte i tid genomfört timeshare-direktivet i nationell rätt har fått allvarliga konsekvenser för köpares rättsliga ställning, särskilt i förhållande till Spanien. Spanien har sagts vara det andra landet i världen när det gäller försäljning av timeshare; följaktligen är det många köpare från olika europeiska länder som har förvärvat en andel i en timeshare-lägenhet i Spanien.[1259]

Till följd av att Spanien inte i tid genomfört timeshare-direktivets skyddsregler i spansk rätt, dvs. senast den 30 april år 1997, berövades köpare det skydd som består i en viss ångerfrist om 10 dagar, förbud mot förhandsbetalning under ångerfristen, visst skydd i samband med kreditavtal, osv.[1260] Många köpare från olika europeiska länder blev således bundna vid avtal som de inte har fått tillräcklig information om, avtal som de inte har råd med eller behov av till följd av oskäliga och överrumplande försäljningsmetoder.

En fråga av stor praktisk betydelse är hur de faktiska möjligheterna ser ut för att en köpare skall kunna få ett rättsligt skydd av befintliga EG-rättsliga regler i en dylik situation. Ett direktiv som inte blivit genomfört i den stat vars lag gäller kan nämligen inte åberopas i ett enskilt förhållande mellan köpare och säljare.[1261]

I förhållande till Spanien är det nödvändigt att skilja mellan olika situationer.[1262] De köpare som förvärvade timeshare-lägenheter i Spanien efter det att tiden gått ut för att genomföra direktivet, dvs. efter den 30 april år 1997, men före ikraftträdandet av den spanska timeshare-lagen den 7 januari år 1999, kan rikta anspråk mot den spanska staten för brott mot

[1258] Timeshare-direktivet skulle vara genomfört i medlemsstaternas nationella rättsordning den 30 april år 1997.

[1259] Se "Förfrågan om gällande spansk rätt beträffande s.k. timesharing", Sveriges Ambassad Madrid, UD/IRK 1997-07-31, R 133 Ds.

[1260] Om det spanska rättssystemet med "foralrätter", se Jayme, IPRax 1990, s. 220–221.

[1261] Se EG-domstolens avgörande C-6/90 och 9/90, *Francovich och Bonifaci* mot *Italien*.

[1262] Se Ley 42/1998, de 15 de Dieciembre, sobre drechos de aprovechamiento por turno de bines inmeubles de uso turìstico y normas tributarias.

Romfördraget.[1263] Såvitt bekant pågår nu en sådan skadeståndsprocess mot den spanska staten.[1264] En sådan utväg framstår dock som en mycket kostsam och tidskrävande procedur för att genomdriva EU:s konsumentskyddslagstiftning.

De köpare som har förvärvat timeshare-lägenheter i Spanien före den 30 april år 1997 eller efter den 7 januari år 1999 då den spanska timeshare-lagen trädde i kraft måste däremot ställa sina anspråk mot säljaren, t.ex. på grund av att säljaren i avtalet utfäst en ångerfrist som köparen sedan nekats att använda.[1265]

Vad som är nedslående är att skyddslagstiftningen, i synnerhet i Spanien, inte verkar ha påverkat timeshare-säljares beteende på marknaden. Det förekommer exempelvis fortfarande att säljare tar ut förskottsbetalning under ångerfristen och använder sig av andra oskäliga försäljningsmetoder, som timeshare-direktivet avsett att motverka.[1266] Man tvingas således dra den slutsatsen att det kan dröja samt kräva särskilda åtgärder för att en skyddslagstiftning skall kunna få den avsedda effekten på marknaden.[1267]

[1263] En medlemsstat är skyldig att ersätta de skador som de har vållat enskilda på grund av att ett direktiv inte har införlivats med nationell rätt. För att denna skyldighet skall inträda har tre villkor uppställts. För det första måste målsättningen med direktivet vara att ge enskilda rättigheter. Innebörden av dessa rättigheter måste vidare kunna fastställas på grundval av direktivets bestämmelser. Slutligen måste det föreligga ett orsakssamband mellan medlemsstatens åsidosättande av skyldigheten och den uppkomna skadan. Se C-192/94, *El Corte Inglés s.a.* mot *Cristina Blázquez Rivero* och de förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, 189/94 och 190/94, *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula och Trosten Knor* mot *Bundesrepublik Deutschland.*

[1264] Test-Achats, en belgisk konsumenttidskrift, har å belgiska timeshare-köpares vägnar väckt talan mot den spanska staten om fördragsbrott. Syftet är att få tillbaka förskottsbetalning som erlagts i strid med timeshare-direktivet samt skadestånd. Informationen har erhållits från Sverker Thorslund på KOV den 17 juni år 1999.

[1265] För norska timeshare-köpares del har en norsk advokat väckt talan mot ett timeshare-företag på Teneriffa. Den rättsliga grunden för käromålet är att bolaget i avtal utlovat köpare en viss ångerrätt som sedan har nekats. Informationen har erhållits av Sverker Thorslund på KOV den 24 augusti år 2000.

[1266] Ett svenskt par hade förvärvat en timeshare-andel i Alcudia år 1999 och mot bättre vetande gjort en förskottsinbetalning. Trots att den spanska lagen föreskriver att avtal upphör att gälla om säljaren tar ut en förskottsbetalning och att säljaren tvingas återbetala den dubbla handpenningen avskräcker inte detta. Det vara först sedan paret anlitat en advokat i Spanien som en förlikning nåddes med bolaget. Bolaget återbetalade bara handpenningen, inte den dubbla summan som faktiskt föreskrivs i spansk lag. Denna information har jag fått av Sverker Thorslund på KOV den 8 april 2002.

[1267] I ARN:s beslut 2001-04-27, Änr 2000-6503, rekommenderade nämnden ett försäkringsbolag att hemförsäkringens rättsskyddsmoment skall gälla för rättstvister om avtal om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis i utlandet.

7.9 Kritik

Vad som ovan anförts om fastställandet av tillämplig lag i avsaknad av parternas avtal om saken visar en brokig bild av lagvalet. Bakom splittringen finns svårigheter med kvalifikation av timeshare. Romkonventionens lagvalsregler är kanske inte heller helt lämpade för att lösa lagkonflikter avseende timeshare-avtal som har drag av flera avtalstyper. Konsekvensen blir att det är svårt att förutse hur lagvalet kommer att bedömas.

Den direktivbaserade lagvalsregeln i 18 § i lagen om tidsdelat boende avser att säkerställa att en köpare får minst det skydd som svenska regler om tidsdelat boende ger om timeshare-lägenheten är belägen inom EES-området, när en tredje stats lag är tillämplig. Svenska regler om tidsdelat boende fungerar då som en "måttstock" mot vilka de eljest tillämpliga reglerna skall ställas. Paragrafen ger således uttryck för en materialiserad och resultatorienterad internationell privaträtt. Trots att 18 § har ett förhållandevis vidsträckt skyddsområde (den gäller såväl situationer där det finns en avtalad lag som fall där en sådan saknas) måste den bedömningen göras att skyddet inte verkar ha fått ett reellt genomslag i handeln med timeshare.

Även om reglerna om tidsdelat boende i den svenska lagen är tillämpliga synes svenska köpare av timeshare-lägenheter utomlands ändå inte komma i åtnjutande av detta skydd, utan köpare drabbas alltjämt av aggressiva och oseriösa försäljningsmetoder. Orsaken är att timeshare-tvister sällan kommer till domstolsprövning i Sverige varför reglerna inte får sin avsedda skyddande verkan. Den rådande situationen är med andra ord inte helt tillfredsställande. Ytterligare åtgärder beträffande tillsynen av reglernas effektiva efterlevnad behöver vidtas, eftersom de privaträttsliga skyddsreglerna inte följs.

8 Internationellt tvingande regler och ordre public-förbehållet

8.1 Bakgrund

8.1.1 Avtalsstatutet är inte ensamt tillämpligt

I ett gränsöverskridande avtal påverkas en konsuments rättsliga ställning av s.k. internationellt tvingande regler. Med sådana regler förstås i avtalsförhållanden regler som är avsedda att tillämpas oavsett vilken lag som i övrigt är tillämplig på avtalet.[1268] Dessa regler behöver inte omfattas av lagvalsreglers hänvisning. I huvudsak handlar det om regler som skyddar politiska, ekonomiska eller sociala intressen.[1269] Av betydelse för denna studie är att det bl.a. är fråga om regler som har ett uttalat skyddssyfte, t.ex. regler avsedda att skydda personer i deras egenskap av konsumenter.[1270]

Internationellt tvingande regler skall skiljas från "vanliga" internt tvingande regler.[1271] I fall som saknar utlandsanknytning tillämpar svenska domstolar och andra rättstillämpande myndigheter tvingande regler i svensk rätt. Parterna får inte genom avtal kringgå, ändra eller begränsa dessa tvingande reglers innehåll.[1272] Har ett konsumentavtalsförhållande anknytning till flera länder kan parterna emellertid avtala om vilket lands lag som skall tillämpas på deras förhållande och därigenom normalt på ett giltigt sätt undvika tvingande lagregler i den rättsordning som eljest

[1268] Pålsson, Romkonventionen, s. 114. Se även Eek, Lagkonflikter i tvistemål, s. 265–270 och Bogdan, TfR 1982, s. 34–41.

[1269] Se härom t.ex Juenger, Rec. des Cours 1985:IV, s. 278. Se även Vischer, RabelsZ 1989, s. 440, 443–444 och 449.

[1270] Se Bogdan, TfR 1982, s. 35; Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 244 och Pålsson, Romkonventionen, s. 118. Hartley skriver i Rec. des Cours 1996:VI, s. 373: "At least in England, most consumer-protection rules that are domestically mandatory would also be internationally mandatory."

[1271] Se Pålsson, a. a., s. 114–115.

[1272] En part kan dock avstå från en rättighet sedan den väl aktualiserats, se ovan avsnitt 3.2.6.2.

skulle ha tillämpats på avtalet. I stället blir tvingande regler i den avtalade lagen tillämpliga.[1273]

Till skillnad från internt tvingande regler kan internationellt tvingande regler inte avtalas bort i utlandsanknutna fall. Internationellt tvingande regler kräver sin egen omedelbara tillämplighet oavsett om parterna kommit överens om tillämplig lag.[1274] Detsamma gäller även i de fall parterna inte har avtalat om tillämplig lag och avtalsstatutet måste utpekas av en i sådana situationer tillämplig lagvalsregel.[1275] Det sagda förutsätter dock naturligtvis att en regel som är avsedd att ha en internationellt tvingande karaktär också respekteras av domstolar och andra myndigheter i det land där en utlandsanknuten rättstvist slits.

Karakteristiskt för internationellt tvingande regler är att de inte behöver tillhöra *avtalsstatutet* för att beaktas. Internationellt tvingande regler kan återfinnas i *forumlandets lag*, om detta lands lag inte är avtalsstatut. Sådana regler kan också återfinnas i en *utländsk lag* som inte är avtalsstatut när avtalsförhållandet uppvisar en nära anknytning till det landet.[1276]

Internationellt tvingande regler skiljer sig från det traditionella negativa s.k. ordre public-förbehållet. Ordre public-förbehållet innebär att forumlandets domstolar eller myndigheter har rätt att vägra att tillämpa en regel i ett utländskt avtalsstatut om tillämpningen i det enskilda fallet skulle stå i uppenbar strid med grunderna för det egna landets rättsordning.[1277] Motsvarande gäller ett avgörande som meddelats av en utländsk myndighet.

Ordre public-förbehållet aktualiseras alltså först efter det att avtalsstatutet fastställts med hjälp av lagvalsregler, och därefter utretts.[1278] Internationellt tvingande regler innebär däremot att vissa bestämmelser inom

[1273] Artikel 5 i Romkonventionen uppställer dock vissa begränsningar i partsautonomin. Se t.ex. ovan avsnitt 3.3.1.1.

[1274] Om partsautonomi och internationellt tvingande regler, se Fletcher, s. 169–170.

[1275] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 115; Bonomi, YPIL 1999, s. 224 och Philip, EU-IP, s. 178.

[1276] Se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 241. Se även Vischer, Rec. des Cours 1992:I s. 166–169.

[1277] Hartley, Rec. des Cours 1997:VI, s. 350: "[Public policy] thus departs from traditional choice-of-law methodology in two respects: it is concerned with the purpose and effect of legal rules; and it is unashamedly pro forum. For these reasons, it has been tolerated, but never welcomed, by traditional writers." Se även Lagarde, IECL 1994, s. 3.

[1278] I den internationellt privaträttsliga litteraturen förekommer att man skiljer mellan prohibitiv och permissiv användning av ordre public. Prohibitiv ordre public förbjuder något som avtalsstatutet tillåter, medan permissiv ordre public tillåter något som avtalsstatutet förbjuder. Se härom Bogdan, Svensk IP, s. 77–78 och Lagarde, IECL 1994, s. 9. I det följande beaktas dock bara ordre public-förbehållet i den negativa betydelsen där det handlar om att vägra tillämpa en utländsk regel som tillhör avtalsstatutet.

sitt tillämpningsområde skall komma till omedelbar användning eventuellt oberoende av lagvalsregler. Att en regel är internationellt tvingande innebär dock inte nödvändigtvis att den måste tillämpas i *alla* situationer. Det kan vara så att en regel klassificeras som internationellt tvingande i sådana situationer som har en viss särskild anknytning till det land i vars lag den ingår, men att den inte gör anspråk på tillämpning i situationer där det bara finns en svag eller ingen anknytning alls till laglandet.[1279] I denna mening kan internationellt tvingande regler sägas likna ordre public-förbehållet: de är beroende av förutsättningarna i det enskilda fallet.

Man skulle kunna placera in ordre public-förbehållet, internationellt tvingande regler och internt tvingande regler efter deras "styrka" enligt följande:

1. Det negativa ordre public-förbehållet värnar om grunderna för den egna rättsordningen. Det handlar i detta sammanhang om rätten att vägra tillämpa en utländsk rättsregel på grund av att resultatet av tillämpningen skulle stå i uppenbar strid mot vissa grundläggande regler eller rättsprinciper i exempelvis den svenska rättsordningen.
2. Internationellt tvingande regler kan beskrivas som en mildare variant av skyddshänsyn.[1280] Det handlar om en snäv krets av särskilt tvingande regler som alltid, eller i vissa situationer, måste beaktas oavsett vilken lag som är tillämplig.
3. Internt tvingande regler är i internationellt privaträttsliga sammanhang den svagaste skyddsformen. Reglerna kan åsidosättas i gränsöverskridande situationer genom val av en annan lag som avtalsstatut. I stället blir tvingande regler i avtalsstatutet tillämpliga.

8.1.2 Frågeställningarna

För svensk rätts del väcker internationellt tvingande regler nya men komplicerade frågor. Ett problem med internationellt tvingande regler är ovissheten om vilka regler som överhuvudtaget har denna karaktär. Problematiskt är vidare när de är avsedda att komma till användning och vilka rättsverkningar de får. Frågorna blir brännande om svenska konsumenträttsliga regler i ett visst fall ger ett bättre skydd än regler i den tillämpliga utländska lagen. Kan de svenska reglerna då anses vara internationellt tvingande?

Antag att en svensk domstol eller annan rättstillämpande myndighet får till bedömning en konsumenttvist där en utländsk rättsordning är till-

[1279] Pålsson, Romkonventionen, s. 115.

[1280] I litteraturen har även internationellt tvingande regler beskrivits som ordre public-lagar. Se Bogdan, Svensk IP, s. 78.

lämplig, och en svensk konsuments intressen berörs. Den tillämpliga rättsordningen kanske innehåller en lägre konsumentskyddsnivå än den som svensk rätt ger uttryck för, och den berörda konsumenten kan vara angelägen att vissa svenska konsumentskyddsregler tillämpas. Nedan ges några exempel.

- Kan konsumenten med tillämpning av den svenska lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende (lagen om tidsdelat boende) få ett timeshare-avtal med en spansk näringsidkare hävt?
- Kan konsumenten med framgång hävda att svenska regler om ångerrätt i lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen) är internationellt tvingande och därför skall tillämpas oavsett att en utländsk lag är avtalsstatut?
- Kan konsumenten få ett avtalsvillkor åsidosatt, med tillämpning av svensk rätt, när hon inför svensk domstol blivit instämd av en bank med säte i Luxemburg till följd av ett kreditavtal som lyder under lagen i Luxemburg?

Frågan kan också ställas om det finns anledning för en svensk myndighet att överväga en tillämpning av vissa utländska skyddsregler när svensk lag är avtalsstatut. Internationellt tvingande regler har hittills tilldragit sig en förhållandevis begränsad uppmärksamhet i svensk doktrin.[1281] Reglerna synes emellertid öka i antal – främst genom EG-rättens inflytande på svensk rätt. Sålunda kan de komma att bli ett vanligt inslag i det praktiska rättslivet och därmed påverka konsumenters rättsliga ställning.

Gränsöverskridande konsumentavtal kan också aktualisera den negativa funktionen hos ordre public-förbehållet. Under vilka förutsättningar kan en konsument med framgång åberopa att ett tillämpligt utländskt avtalsstatut strider mot grunderna för den svenska rättsordningen? Även om ordre public-förbehållet haft ringa betydelse inom avtalsrätten och sällan kommit till användning i rättspraxis berättigar inte detta till en generell slutsats att konsumenträtten inte skulle beröras. Syftet med konsumentskyddsregleringen är att slå vakt om de särskilda skyddshänsyn som lagstiftaren lagt till grund för rättsområdet.[1282] Sådana starka skyddshänsyn saknas inom avtalsrätten generellt.

[1281] Se dock t.ex. Bogdan, TfR 1982, s. 34–41, Lov og Rett 1996, s. 114–122, Svensk IP, s. 78–79 och 247–250 och SvJT 2001, s. 339–342; Pålsson, NordTIR 1980, s. 164–165, SvJT 1993, s. 59–61 och Romkonventionen, s. 114–126; Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 240–251, SvJT 1995, s. 376–378 och ERT 2001, s. 403–412 och M. Hellner, s. 296–326. Se även prop. 1975/76:81, s. 130–131; prop. 1996/97:127, s. 64 och prop. 1997/98:14, s. 46.
[1282] Om dessa överväganden, se ovan avsnitt 2.2.1 och 2.3.2.

8.2 Något om Romkonventionens lösningar

8.2.1 Internt och internationellt tvingande regler

I Romkonventionen uppmärksammas tvingande regler i olika artiklar. I artikel 3.3 definieras tvingande regler på samma sätt som är brukligt i svensk rätt, nämligen som regler som inte kan avtalas bort (indispositiva regler). Artikel 3.3 lyder:

> "Den omständigheten att parterna har valt en utländsk lag skall, oavsett om de också har avtalat om behörighet för en utländsk domstol eller inte, när alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för valet har anknytning till ett enda land, inte hindra tillämpning av sådana regler i det landet som inte kan avtalas bort, härefter benämnda tvingande regler."

Artikeln avser de regler som ovan (avsnitt 8.1) kallats internt tvingande regler och som inte kan avtalas bort i avtalsrelationer som bara har anknytning till ett land.[1283]

I artikel 7 i Romkonventionen används begreppet tvingande regler i en annan betydelse.[1284] Bestämmelsen handlar bara om internationellt tvingande regler trots att rubriken till artikeln lyder "Tvingande regler".[1285] Bestämmelsens utformning ger en god föreställning om vad saken gäller:

1. "När lagen i ett visst land tillämpas enligt denna konvention kan tvingande bestämmelser i lagen i ett annat land till vilket situationen har nära anknytning tillerkännas verkan, om och i den utsträckning som enligt lagen i det senare landet dessa regler skall tillämpas oavsett vilken lag som är tillämplig på avtalet. Vid bedömningen av om sådana tvingande regler skall tillerkännas verkan skall hänsyn tas till deras art och syfte liksom till följderna av att de tillämpas eller inte tillämpas.
2. Denna konvention skall inte begränsa tillämpningen av regler i domstolslandets lag när de är tvingande oavsett vilken lag som i övrigt skall tillämpas på avtalet."

[1283] Om artikel 3.3 i Romkonventionen, se Hartley, Rec. des Cours 1997:VI, s. 366–369.

[1284] Internationellt tvingande regler har också uppmärksammats i andra internationellt privaträttsliga instrument. Se artikel 16 i 1978 års Haagkonvention om tillämplig lag på agenter; artikel 16 i 1985 års Haagkonvention om tillämplig lag beträffande truster och erkännande av truster; artiklarna 18 och 19 i 1987 års schweiziska internationellt privaträttsliga lag och artikel 11 i den inter-amerikanska konventionen om tillämplig lag på internationella avtal.

[1285] För fullständighetens skull bör nämnas att Romkonventionen innehåller ytterligare en bestämmelse om tvingande regler i artikel 9.6. Denna regel föreskriver att "ett avtal som avser sakrätt i fast egendom eller nyttjanderätt till fast egendom [skall] vara underkastat sådana tvingande formkrav som ställs enligt lagen i det land där egendomen är belägen, om sådana krav ställs enligt den lagen oavsett i vilket land avtalet har ingåtts och oavsett vilken lag som gäller för avtalet".

Romkonventionen identifierar inte närmare vad som avses med internationellt tvingande regler, utan anger enbart förutsättningarna för deras tillämplighet. Artikel 7.2 Romkonventionen avser en direkt tillämpning av internationellt tvingande regler i forumlandets lag, medan artikel 7.1 anger kriterierna för att använda motsvarande regler i en rättsordning som varken är lagen i forumlandet eller avtalsstatutet. Artikel 7 är en regel av eget slag, eftersom den inte utpekar något avtalsstatut utan bara öppnar vägen för tillämpning av vissa enstaka, särskilt viktiga regler.[1286]

Vid ett närmare studium av regelns första och andra punkt visar det sig att villkoren för att tillämpa internationellt tvingande regler formulerats olika. Enligt punkten 1 är det fråga om *en möjlighet att kunna* ta hänsyn till vissa internationellt tvingande regler i en utländsk rättsordning som inte är avtalsstatut, men som har en annan nära anknytning till avtalsförhållandet. Enligt punkten 2 handlar det om att domstolar och myndigheter *inte skall vara förhindrade* att låta internationellt tvingande regler i den egna rättsordningen få genomslag i rättstillämpningen även på bekostnad av den lag som har anvisats av Romkonventionens lagvalsregler. Trots skillnaderna i utformning verkar båda reglerna ge ett tämligen stort utrymme för skönsmässiga bedömningar.

8.2.2 Två lagvalsmetoder och en nödbroms

Man kan hävda att Romkonventionen innehåller två parallella internationellt privaträttsliga metoder för att lösa lagvalsfrågan.[1287] Å ena sidan har vi den savignyska metoden[1288], uppenbarad i form av tvåsidiga lagvalsregler som antingen utpekar forumlandets lag eller en utländsk rättsordning (se artiklarna 3–6 Romkonventionen). Varje rättsordning är enligt detta synsätt likvärdig och skall tillämpas under samma förutsättningar. Å andra sidan har vi de internationellt tvingande reglerna som inte passar

[1286] Se Plender, s. 151–157. Jämför dock M. Hellner, s. 312. Han synes inte dela denna uppfattning, utan anser att artikel 7 är en lagvalsregel.

[1287] Se Bucher, Rec. des Cours 1993:II, s. 64–65.

[1288] Friederich Carl von Savigny utgav år 1849 verket "System des heutigen Römischen Rechts". I det åttonde bandet av detta stora verk presenterade han idéer om att lagvalet skulle utgå från det rättsförhållande som skulle bedömas, inte huruvida lagars tillämpningsområde kunde utsträckas till utlandsanknutna situationer. Savignys inflytande på svensk, och europeisk, internationell privaträtt visar sig ännu idag i form av tvåsidiga lagvalsregler där inhemsk och utländsk rätt skall komma till användning under samma förutsättningar. Om Savigny, se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 51–56; M. Hellner, s. 44–57 och Thue, TfR 1965, s. 589–590.

in i detta mönster.[1289] Reglerna är omedelbart tillämpliga, alltid eller i vissa situationer, i princip utan förmedling av en tvåsidig lagvalsregel, under de förutsättningar som anges i artikel 7 i Romkonventionen.[1290]

Internationellt tvingande regler ersätter inte nödvändigtvis bestämmelser i det av en lagvalsregel anvisade avtalsstatutet utan kan även komplettera dessa.[1291] Skulle emellertid internationellt tvingande regler som gör anspråk på direkt tillämpning vara oförenliga med bestämmelser i avtalsstatutet måste ett ställningstagande göras för eller emot en tillämpning av regler i avtalsstatutet respektive internationellt tvingande regler i forumlandets lag eller i en utländsk rättsordning.[1292] I en sådan konkurrenssituation finns anledning att tro att en svensk domstol eller annan myndighet kommer att ge företräde för svenska internationellt tvingande regler. På samma sätt torde utländska domstolar och myndigheter prioritera internationellt tvingande regler i den egna rättsordningen.

Lösningen av en gränsöverskridande tvist inom ramen för Romkonventionens tillämpningsområde kan således sägas vara beroende dels av reglerna i avtalsstatutet som utpekats av konventionens lagvalsregler och dels av internationellt tvingande regler i forumlandets lag eller i en utländsk rättsordning. Romkonventionen kan av detta skäl anses ge uttryck för en "metodologisk pluralism". Till följd härav kommer sannolikt s.k. dépeçage, där regler från flera rättsordningar tillämpas på ett och samma avtalsförhållande, att bli vanligare.[1293]

Romkonventionen innehåller därtill ett traditionellt ordre public-förbehåll i artikel 16[1294]:

> "Tillämpning av en regel i den lag som anvisas i denna konvention får vägras endast om en sådan tillämpning är uppenbart oförenlig med grunderna för domstolslandets rättsordning."

Ordre public-förbehållet är en nödbroms, en sista utväg, mot en tillämpning av utländska regler om dessa medför ett resultat som skulle strida mot grundläggande rättsprinciper i tillämpningslandet.[1295]

[1289] Se M. Hellner, s. 70–80, om "säranknytningsläran" av tysk härkomst enligt vilken internationellt tvingande regler inte bör omfattas av sedvanliga lagvalsregler utan i stället skall ges en särskild egen anknytning.

[1290] Se t.ex. Diamond, Rec. des Cours 1986:IV, s. 291–298.

[1291] Se Kassis, s. 453.

[1292] Om konflikter mellan internationellt tvingande regler med ursprung i olika rättsordningar, se Mayer, s. 93.

[1293] Om dépeçage Pålsson, Romkonventionen, s. 45–46. Se också ovan avsnitt 4.5.3.

[1294] Om artikel 16, se t.ex. Giuliano & Lagarde, s. 38; prop. 1997/98:14, s. 52; Kassis, s. 437–443 och Kaye, s. 345–350.

[1295] Ordre public-förbehållet anses gälla i svensk internationell privaträtt även utan uttryckligt lagstöd. Se t.ex. Bogdan, Svensk IP, s. 72 och Eek, Lagkonflikter i tvistemål, s. 241.

Artikel 16 bör inte bara anses omfatta dispositiva och internt tvingande regler i ett utländskt avtalsstatut som utpekats av konventionens lagvalsregler. Ordre public-förbehållet bör också kunna användas mot internationellt tvingande regler i det utländska avtalsstatutet eller i ett tredje lands lag.[1296] Det vore egendomligt om en utländsk regel, som i sitt ursprungsland anses internationellt tvingande, skulle tillämpas av en svensk domstol trots att tillämpningen skulle vara i uppenbar strid med grunderna för den svenska rättsordningen.

En annan sak är att ordre public-förbehållet sannolikt inte behöver tillgripas mot utländska internationellt tvingande regler i en rättsordning som inte är avtalsstatut. Artikel 7.1 ger nämligen en domstol eller annan rättstillämpande myndighet en förhållandevis stor diskretionär befogenhet att bedöma huruvida internationellt tvingande regler skall tillerkännas någon verkan.[1297] Vid prövningen av om internationellt tvingande regler skall tillerkännas verkan eller inte, kan hänsyn tas till följderna av reglernas tillämpning. Skulle tillämpningen förutses kunna leda till resultat som framstår som oacceptabla kan man helt enkelt låta bli att tillerkänna dessa internationellt tvingande regler verkan.

Men hur kan det komma sig att regler som är till den grad tvingande ändå inte skall beaktas? Artikel 7.1 är en fakultativ bestämmelse som ger rättstillämparen rätt att laga efter läglighet. Vid Romkonventionens tillkomst ansågs det vara så kontroversiellt att beakta internationellt tvingande regler i ett tredje lands rättsordning att artikel 7.1 utformades som en frivilligt tillämplig bestämmelse.[1298] Konventionsstaterna gavs också rätt att reservera sig mot artikeln.[1299]

8.3 Identifieringen av internationellt tvingande regler

8.3.1 Rekvisit och exempel

I det föregående har frågan vilka regler som kan vara internationellt tvingande i huvudsak lämnats öppen. I grova drag handlar det om två typer av regler: (1) privaträttsliga regler som vanligen tar sikte på att

[1296] Ordre public-förbehållet kan naturligtvis inte användas för att underkänna verkan av landets egna internationellt tvingande regler.

[1297] Se nedan avsnitt 8.4.2.1.

[1298] Se Giuliano & Lagarde, s. 28.

[1299] Reservationsförklaringar i enlighet med artikel 22 i Romkonventionen har avgivits av Irland, Luxemburg, Tyskland och Storbritannien. Kritiskt Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 324.

skydda en typiskt sett svagare part i ett rättsförhållande[1300] och (2) offentligrättsliga regler som t.ex. avser bestämmelser om marknadsföring, export- och importförbud eller om den nationella valutan.[1301] Även Romkonventionens utgångspunkt synes vara att internationellt tvingande regler kan vara av privaträttslig eller offentligrättslig natur.[1302] Det sagda framgår visserligen inte av konventionstexten, men får anses följa av bestämmelsens tillkomsthistoria.[1303]

Även om det numera kan hållas för allmänt accepterat i svensk doktrin att både privaträttsliga och offentligrättsliga regler kan vara internationellt tvingande gjorde man i äldre svensk doktrin ofta en annan bedömning.[1304] Det ansågs att endast offentligrättsliga regler i forumlandets lag kunde vara direkt tillämpliga i internationellt privaträttsliga situationer. I övrigt skulle ett avtalsförhållande lyda under den av en lagvalsregel utpekade lagen. Användningen av utländska offentligrättsliga regler var utesluten.[1305]

[1300] Diskussionen har bl.a. gällt privaträttsliga regler som har ett mer allmänt skyddssyfte, t.ex. 36 § avtalslagen (1915:218). Se Bogdan, Lov og Rett 1996, s. 118–122 och Pålsson, SvJT 1993, s. 60. Se även Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 157–158; Kassis, s. 446; Kleinschmidt, s. 270; Kaye, s. 252 och von Bar, s. 230–232. Från tysk rättspraxis, se LG Tübingen, Beschl. vom 8.2.1995 – 7 O 219/94: IPRspr. Nr. 24, där en allmän skyddsbestämmelse om tro och heder i den tyska civillagboken (BGB, § 138) förklarats vara internationellt tvingande i anledning av sitt syfte att förhindra missbruk av avtalsfriheten. Se även LG Detmold, Urt. vom 29.9.1994 – 9 O 57/94: IPRspr. 1994 Nr. 39 och LG Duisburg, Urt. vom 6.10.1994 – 8 O 129/93: IPRspr. 1994 Nr. 40. I avgörandet från LG Weiden, Urt. vom 27.10.1995 – 2 O 816/95: IPRspr. Nr. 35, förklarades att reglerna i den tyska hemförsäljningslagen var internationellt tvingande, i vart fall när säljaren vände sig till tyska köpare och timeshare-andelar förvaltades av ett tyskt "Treuhandelsgesellschaft". En annorlunda ståndpunkt återkommer i LG Düsseldorf, Urt. vom 12.4.1994 – 10 O 513/93: IPRspr. 1994 Nr. 33. Jämför även BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 612–615. Mer om det sistnämnda avgörandet ovan i avsnitt 7.4.3 och 7.7.3.1.

[1301] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 115; Bogdan, Lov og Rett 1996, s. 118 och TfR 1982, s. 35–36 och Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 244. Se även Vischer, IECL 1999, s. 5; Bonomi, YPIL 1999, s. 232–233; Firsching & von Hoffmann, s. 413; Juenger, Rec. des Cours 1985:IV, s. 201.

[1302] Se prop. 1997/98:14, s. 46.

[1303] Se Giuliano & Lagarde, s. 26–28. Se även Pålsson, Romkonventionen, s. 115 och Jackson, Contract Conflicts, s. 64–65. Philip anser däremot inte att Romkonventionen angår offentligrättsliga regler överhuvudtaget, se Philip, Contract Conflicts, s. 87.

[1304] Se t.ex. prop. 1964:149, s. 20. Se även Eek, Lagkonflikter i tvistemål, s. 247–251 och Hjerner, s. 411–422.

[1305] Som redan nämnts innehåller Romkonventionen en bestämmelse om internationellt tvingande regler i ett tredje lands lag (artikel 7.1) och en om sådana regler i forumlandets lag (artikel 7.2). Däremot saknar Romkonventionen en regel om internationellt tvingande regler i avtalsstatutet. Man får emellertid förmoda att internationellt tvingande regler av privaträttslig karaktär direkt tillämpas om de tillhör avtalsstatutet. Offentligrättsliga regler

Att bestämma vilka regler som är internationellt tvingande på grundval av en indelning i privaträtt och offentlig rätt framstår idag som föråldrad. Gränsdragningen mellan privaträttsliga och offentligrättsliga regler har blivit svårare att göra på grund av att en del regler befinner sig i en gråzon mellan offentlig rätt och privaträtt.[1306] Som exempel på lagstiftning som befinner sig i en sådan gråzon nämns lagstiftning av socialpolitisk karaktär, t.ex. inom konsumenträtten.[1307]

Vidare kan offentligrättsliga regler ha privaträttsliga verkningar, de kan t.ex. vara av betydelse för ett avtals giltighet eller verkan. Ett exempel erbjuder den marknadsrättsliga bestämmelsen i 6 § konsumentkreditlagen. Där anges att en kreditgivare skall lämna information om bl.a. den effektiva räntan för krediten. Den kreditgivare som inte fullgjort sin informationsskyldighet kan drabbas av marknadsrättsliga sanktioner.[1308] Den omständigheten att konsumenten inte har fått den föreskrivna informationen skulle också i vissa fall kunna få privaträttsliga verkningar på så sätt att ett avtal eller avtalsvillkor anses oskäligt enligt 36 § avtalslagen (1915:218) i förening med 11 § i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorslagen). Som exempel har angivits ett fall där "den effektiva räntan i marknadsföringen av ett avbetalningsköp anges i många procent för lågt".[1309]

---

i avtalsstatutet synes emellertid inte komma i fråga för tillämpning då de i princip inte omfattas av avtalsstatutet som utpekats av Romkonventionens lagvalsregler. Frågan är dock om devisen att utländska offentligrättsliga regler inte kan tillämpas är försvarlig. I avtalsförhållanden skyddas konsumenter inte bara av privaträttsliga regler utan även av offentligrättsliga regler, t.ex. beträffande marknadsföring. Tillsammans bildar privaträttsliga och offentligrättsliga regler en enhet. Att enbart tillämpa avtalsstatutets privaträttsliga regler men inte de offentligrättsliga kan leda till motstridiga resultat. Vidare vore det ju märkligt om offentligrättsliga regler i ett tredje lands lag eller i forumlandets lag (om detta ej är avtalsstatut) behandlas mer förmånligt enligt artikel 7 än offentligrättsliga regler i avtalsstatutet. Se vidare Bogdan, Svensk IP, s. 249.

[1306] Traditionellt brukar dock skillnaden mellan en civilrättslig och en offentligrättslig regel avgöras av hur regeln är sanktionerad. Om en överträdelse mot en regel leder till avtal av annat innehåll ogiltigförklaras eller i vart fall inte skall tillämpas i den delen, är det typiskt sett en civilrättslig regel. Är sanktionen straff är det som regel en offentligrättslig bestämmelse. Skadestånd kan dock inträda vid båda typerna. Se Pålsson, Romkonventionen, s. 115. Se även Philip, Contract Conflicts, s. 89; von Hoffmann, IPRax 1989, s. 265; Kassis, s. 462 och von Bar, s. 231.

[1307] Se Pålsson, a. a., s. 109.

[1308] Se 8 § konsumentkreditlagen (1992:830) som hänvisar till marknadsföringslagen (1994:450).

[1309] Eriksson & Lambertz, s. 103.

Tillämpningsområdet för en offentligrättslig regel framgår ofta uttryckligen eller underförstått av lagen.[1310] Marknadsföringslagen (1994:450) är, i vart fall underförstått, beskuren i sitt tillämpningsområde och avser endast åtgärder inriktade på den svenska marknaden.[1311]

Långt mer komplicerat är det att identifiera privaträttsliga internationellt tvingande regler, eftersom det endast undantagsvis framgår av en regel i sig huruvida den är internationellt tvingande. Det finns flera tillvägagångssätt för att avgöra om en regel är internationellt tvingande:[1312]

1. En privaträttslig bestämmelse kan få sin internationellt tvingande karaktär bestämd av en regel liknande en lagvalsregel som anger i vilka utlandsanknutna situationer en materiell regel ovillkorligen skall tillämpas eller inte tillämpas. I 18 § lagen (1997:218) om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende finner vi ett exempel. Enligt denna bestämmelse gäller reglerna i lagen om en timeshare-lägenhet är belägen i ett land inom EES-området och rättsordningen i ett land utanför detta område är tillämplig, i den mån reglerna i den svenska lagen ger konsumenten ett bättre skydd.[1313]

2. Det kan också direkt anses framgå av en privaträttslig regel att den är internationellt tvingande. Som exempel kan man tänka sig bestämmelsen i 15 kap. 29 § 2 st. 1 p. sjölagen (1994:1009).[1314] Där anges att "avtalsvillkor som inskränker passagerarens rättigheter enligt 10–27 §§, 19 kap. 1 § första stycket 6 och 7 och 21 kap. 4 § första och andra stycken är ogiltiga vid befordran inom Sverige, Danmark, Finland eller Norge eller till eller från någon av dessa stater, oavsett vilken lag som i övrigt är tillämplig på befordringen".

3. Alternativt kan det implicit följa av en regels innehåll att den är internationellt tvingande. Som ett möjligt, men inte säkert, exempel kan användas 12 § i preskriptionslagen (1981:130). Av bestämmelsen framgår att "avtal att en fordran inte skall preskriberas eller att preskription

[1310] Bogdan skriver i TfR 1982, s. 35–36: "För att tjäna sin uppgift är offentligrättsliga regler avsedda att tillämpas inom områden vilka avgränsas av egna kriterier oberoende av vilken rättsordning som tillämpas på avtalsförhållandets privaträttsliga aspekter. Saken kan kanske uttryckas så att de offentligrättsliga bestämmelserna innehåller (resp. tolkas innehålla) sina egna ensidiga kollisionsnormer, vilka skiljer sig från de kollisionsnormer vilka brukas i privaträttsliga sammanhang". Se även Philip, Contract Conflicts, s. 91; Pålsson, Romkonventionen, s. 109–113; Schnyder, s. 212 och Kleinschmidt, s. 191–200.

[1311] Pålsson, a. a., s. 117.

[1312] För en intressant indelning i kategorier av regler för den internationella privaträttens syften, se Dicey & Morris, s. 15–26.

[1313] Se vidare prop. 1997/98:127, s. 64.

[1314] Se prop. 1997/98:14, s. 28 och Pålsson, Romkonventionen, s. 117–118. Se även 9 kap. 11 § sjölagen (1994:1009).

skall kunna avbrytas på annat sätt än som föreskrivs i denna lag är ogiltigt".[1315]

Den vanligaste situationen är dock att det inte är klart huruvida en regel är internationellt tvingande och således skall medföra särbehandling.[1316] En restriktiv inställning bör i allmänhet anläggas till internationellt tvingande regler. Förutom de nyss nämnda lagreglerna har diskussionen i litteraturen i princip inskränkt sig till 4 kap. 1 § JB, 6 kap. 4 § bostadsrättslagen (1991:614)[1317], vissa regler i konsumentförsäkringslagen (1980:38)[1318] och 7, 8, 10 och 30 §§ i lagen (1982:80) om anställningsskydd[1319], 25 a) § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet[1320] och 36 § avtalslagen[1321]. Även särskilda hyresrättsliga skyddsregler i 12 kap. JB har möjligen ansetts kunna vara av internationellt tvingande karaktär.[1322] Gemensamt för de beskrivna reglerna är att de har ett uttalat skyddssyfte.

8.3.2 Autonomt eller gemenskapsrättsligt ställningstagande?

En internationellt tvingande regels särskilda natur beror i princip på ett autonomt eller ensidigt ställningstagande i regelns ursprungsland.[1323] Den allmänna meningen är att ställningstagandet till vilka regler i svensk rätt som är internationellt tvingande görs på samma sätt som beträffande internt tvingande regler, dvs. antingen uttryckligen i lagtext, eller genom

[1315] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 119. Se även prop. 1979/80:119, s. 104, där långtgående verkningar i begränsningarna i partsautonomi förespråkas till förmån för preskriptionslagens regler.

[1316] "Many states do not even publish legislative histories, and those that do rarely document the legislators views' on territorial reach" skriver Brilmayer, MLR 1980, s. 399.

[1317] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 98.

[1318] Se prop. 1979/80:9, s. 98 och Larsson, NfT 1996/4, s. 388.

[1319] I dom nr 110/01 i mål nr B 160/00 har AD uttalat att 7, 8, 10 och 30 §§ i LAS bör anses utgöra sådana internationellt tvingande regler till förmån för arbetstagaren som är tillämpliga oberoende av vilken rättsordning som i övrigt kan vara tillämplig på rättsförhållandet. I prop. 1973:129, s. 229, till LAS anges att "lagens karaktär av social skyddslagstiftning torde medföra att i princip allt arbete som utföres i landet blir underkastat lagen".

[1320] Om denna bestämmelse Bogdan, Svensk IP, s. 249.

[1321] Se Bogdan, a. s. och Lov og Rett 1996, s. 118–121; Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 244 och Pålsson, SvJT 1993, s. 60 och Romkonventionen, s. 119.

[1322] Se prop. 1997/98:14, s. 28. Att regler om hyra kan anses vara internationellt tvingande motiveras av den starka anknytning ett hyresavtal har till landet där den fasta egendomen är belägen. Till diskussionen kan även medtas viss familje- och barnrättslig reglering. Se vidare Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 245 not 53.

[1323] Idén synes i det närmaste ha varit en självklarhet och förekommer hos Bogdan, Svensk IP, s. 248 och Lov og Rett 1996, s. 118 och Pålsson, Romkonventionen, s. 116. Se även Philip, Contract Conflicts, s. 82; Vischer, IECL 1999, s. 5; Plender, s. 154; Lando, European PIL of Obligations, s. 141 och Gaudemet-Tallon, RTDE 1981, s. 262.

förarbetsuttalanden, rättspraxis eller med hjälp av ställningstaganden i doktrinen.[1324] En naturlig utgångspunkt blir därmed att bara bestämmelser som är internt tvingande också kan vara internationellt tvingande. En internationellt tvingande regel kan vara specifik för en särskild rättsordning. Ett svenskt ställningstagande om vilken typ av regel som är internationellt tvingande behöver inte delas i andra rättsordningar.[1325] Förekommer liknande internationellt tvingande regler i flera rättsordningar kan de vara ett resultat av likartade hänsynstaganden i dessa länder. Även Romkonventionens artikel 7 synes förutsätta att identifieringen av internationellt tvingande grundar sig på ett ensidigt ställningstagande i en regels ursprungsland.[1326]

I princip är det riktigt att det är en fråga för ursprungslandet att avgöra huruvida en regel i dess rättsordning är internationellt tvingande. Det kan förklaras med att det har ansetts vara en rent intern angelägenhet att avgöra vilka regler som värnar om t.ex. svenska intressen som är så viktiga att de alltid, eller i vissa fall, måste beaktas. I och med EU-medlemskapet måste emellertid numera hänsyn också tas till gemenskapsrättsliga ställningstaganden om saken, i vart fall i de situationer då gemenskapens rättsakter ligger till grund för svensk lagstiftning.[1327]

På konsumenträttens område finns direktiv där gemenskapslagstiftaren redan bestämt att vissa skyddsregler är internationellt tvingande, t.ex. genom att ange att en konsument inte får berövas ett direktivs skydd genom val av en icke-medlemsstats rättsordning när det finns ett nära samband med gemenskapen. Sådana gemenskapsrättsliga ställningstaganden måste den svenska lagstiftaren – Sveriges riksdag – respektera. Visserligen har den svenska lagstiftaren en viss frihet att välja formerna och sättet för hur ett direktiv skall genomföras i svensk rätt. Men Sverige är bundet av innehållet i ett direktiv och måste uppnå målsättningarna med detsamma. Är det fråga om ett minimiskyddsdirektiv, som det ju hittills ofta varit på konsumenträttens område, bestämmer direktivet den lägsta skyddsnivå som måste vara uppfylld. Regler som i denna gemenskapsrättsliga lagstiftning kan antas vara internationellt tvingande måste också göras internationellt tvingande vid genomförandet i svensk rätt för att den minimiskyddsnivå som direktivet föreskriver skall vara uppfylld.

Klassificeringen av regler som internationellt tvingande kan alltså inte enbart göras utifrån strikt svenska utgångspunkter och tolkningar. Även överväganden i direktiv och gemenskapslagstiftning måste tillmätas be-

[1324] Se prop. 1997/98:14, s. 46 och Bogdan, TfR 1982, s. 35.

[1325] Bogdan, Lov og Rett 1996, s. 118.

[1326] I artikel 7.1 står nämligen att läsa att "i den utsträckning som enligt lagen i det senare landet dessa regler skall tillämpas oavsett vilken lag som är tillämplig på avtalet".

[1327] För liknande ståndpunkter i tysk doktrin, se Roth, RabelsZ 1991, s. 660–661 och 663.

tydelse.[1328] Hur internationellt tvingande regler utformas bör därför anses ske på två parallella plan, dvs. ett autonomt plan och ett gemenskapsrättsligt plan.

8.4 Under vilka förutsättningar är internationellt tvingande regler tillämpliga?

8.4.1 Internationellt tvingande regler i svensk rätt

8.4.1.1 Inledning

Framgår det inte uttryckligen huruvida en tvingande regel också är internationellt tvingande befinner man sig onekligen i en besvärlig situation. Det har hävdats att bedömningen får ske "med hänsyn till de intressen och det syfte som bär upp bestämmelsen och styrkan av den policy som bestämmelsen ger uttryck för".[1329] Det blir således fråga om en avvägning mellan en regels syfte och dess betydelse i förhållande till fakta i ett mål. Om en regel är internationellt tvingande och när den i så fall skall tillämpas blir därmed inte nödvändigtvis en fråga av logisk natur utan ett spörsmål om värderingar.[1330] En regel kan följaktligen vara internationellt tvingande i vissa situationer men inte i andra. Det kan t.ex. vara bättre motiverat att tillämpa vissa svenska konsumentskyddsregler som internationellt tvingande när en konsument har hemvist i Sverige än när så inte är fallet.[1331]

I detta sammanhang kan man förutse svårigheter. Hur bör saken bedömas om syftet med en regel är oklart? Vilken lösning bör väljas om syftena bakom aktuella regler kolliderar?

Är syftet med en regel oklart måste rättstillämparen tolkningsvägen utröna syftet och hur det förhåller sig till fakta i målet. Om olika regler gör anspråk på tillämpning men har olika syften bör speciallagstiftning ges företräde framför mer allmän lagstiftning om möjligt. Man kan dock förmoda att domstolar kommer att ge företräde för det egna landets regler och deras bakomliggande syften. Inom den inre marknaden måste detta dock ske inom ramen för vad Romfördraget tillåter och får inte ske för att snedvrida konkurrensen på den inre marknaden.

[1328] Internationellt tvingande regler finns i såväl primär som sekundär EG-rätt. Skolexemplet på regler ur den primära EG-rätten som anses vara internationellt tvingande är konkurrensreglerna i artiklarna 85 och 86 Romfördraget. I den sekundära EG-rätten har också gemenskapslagstiftaren i vissa fall uttryckligen bestämt direktivregelers internationellt tvingande karaktär. Se nedan avsnitt 8.4.1.

[1329] Pålsson, Romkonventionen, s. 118. Kritiskt Dicey & Morris, s. 17.

[1330] Se t.ex. de Boer, Beyond Lex Loci Delicti, s. 75–91 och 462–464.

[1331] Se även Bogdan, TfR 1982, s. 35 och Dutoit, European PIL, s. 62.

Identifieringen av och förutsättningarna för att tillämpa internationellt tvingande regler i svensk rätt underlättas av att konsumentskyddslagstiftning i vissa fall ger besked om när den skall ges omedelbar tillämplighet. Generellt kan anmärkas att denna lagstiftning har anpassats till EG-rätten. Avsikten är att rätta till alltför långtgående verkningar av lagvalsavtal eller av lagvalsregler som tillämpas när parterna inte har kommit överens om någon lag. Såsom framkommit i kapitel 2 är de autonoma inslagen i svensk konsumentskyddslagstiftning starkt reducerade till följd av EG-rätten.

En naturlig utgångspunkt för mig blir därför att studera de svenska regler som genom EG-rätten kan presumeras ha fått sitt internationella tillämpningsområde preciserat. Därpå följer en undersökning av om sådana direktivbaserade svenska konsumentskyddsregler som inte har fått sin internationellt tvingande karaktär uttryckligen bestämd av gemenskapslagstiftaren ändå måste anses vara internationellt tvingande till följd av EG-domstolens tolkningsavgörande i det s.k. Ingmar-målet.[1332]

8.4.1.2 Regler med ursprung i gemenskapsrättsakter

Exempel

Svensk rätt innehåller direktivbaserade regler som anger att en konsument inte får berövas det skydd som vissa materiella regler ger, även när de inte är del av avtalsstatutet. Dessa regler skall enligt Romkonventionens artikel 20 ges företräde framför konventionens regler. Det är fråga om följande bestämmelser:

I 18 § lagen om tidsdelat boende stadgas:

"Om bostadslägenheten är belägen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och rättsordningen i ett land utanför samarbetsområdet är tillämplig, *gäller* (min kurs.) bestämmelserna i denna lag i den mån de ger konsumenten ett bättre skydd."

I 13 § avtalsvillkorslagen stadgas:

"Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet *gäller inte* (min kurs.) i fråga om regler om oskäliga avtalsvillkor, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger konsumenten ett bättre skydd mot oskäliga avtalsvillkor".

I 23 § distansavtalslagen stadgas:

"Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet *gäller inte* (min kurs.) i

[1332] Se C-381/98, *Ingmar GB Ltd.* mot *Eaton Leonard Technologies Inc.*

fråga om regler om distansavtal, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger konsumenten ett bättre skydd."

Det finns också ett förslag till att en motsvarande bestämmelse skall genomföras i 48 § konsumentköplagen som en följd av svensk rätts anpassning till EG-direktivet (99/44/EG) om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (konsumentköpdirektivet).[1333]

Förslaget till 48 § konsumentköplag lyder:

"Ett avtalsvillkor som anger att lagen i ett land utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet skall tillämpas på avtalet *gäller inte* (min kurs.) i fråga om köp enligt denna lag, om den lag som gäller med bortseende från villkoret är lagen i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den lagen ger köparen ett bättre skydd."

Likheter

Gemensamt för dessa regler är alltså att de inom sitt tillämpningsområde förhindrar att en konsument förlorar det skydd som lagarna ger i utlandsanknutna situationer om 1) avtalsstatutet är en rättsordning utanför EES-området och 2) antingen en bostadslägenhet är belägen inom detta område eller att den tillämpliga lagen i avsaknad av en partshänvisning skulle vara lagen i en EES-stat. Därtill förutsätts att de direktivanpassade bestämmelserna i den eljest tillämpliga lagen ger konsumenten ett bättre skydd än den partsvalda lagen.

För att avgöra om skyddsreglerna i den annars tillämpliga lagen skall tillämpas måste man således göra en jämförelse mellan reglerna i den avtalade lagen utanför EES-området och reglerna i den annars tillämpliga lagen.[1334] Innehåller reglerna i det främmande avtalsstatutet en likartad eller högre konsumentskyddsnivå förblir den valda lagen i sin helhet avtalsstatut. Skulle det däremot visa sig att den eljest tillämpliga lagens bestämmelser ger ett bättre skydd än den partsvalda lagen måste de mindre förmånliga reglerna i avtalsstatutet skjutas åt sidan till förmån för dessa bestämmelser.[1335] Manövrar för att kringgå skyddslagstiftning motverkas

[1333] Se prop. 2001/02:134, s. 87.

[1334] Se prop. 1994/95:17, s. 60 och prop. 1996/97:127, s. 64.

[1335] Jämför AD:s dom nr 110/01 mål nr B 160/00, där det framhölls att det inte kunde komma i fråga att mot arbetstagarens bestridande tillämpa dansk rätt på den i målet aktuella tvisten i den mån denna skulle vara mindre förmånlig för arbetstagaren än LAS. Det saknade emellertid betydelse eftersom arbetstagaren begärt att vissa internationellt tvingande regler i LAS skulle tillämpas och att arbetstagaren i alla händelser var tillförsäkrad de rättigheter som följer av de åberopade paragraferna.

alltså. Frågor som inte regleras av de direktivbaserade lagarna bestäms däremot av avtalsstatutet.

En särskild fråga är vilka regler som 18 § i lagen om tidsdelat boende, 13 § i avtalsvillkorslagen och 23 § i distansavtalslagen åsyftar. Hänvisar bestämmelserna endast till de privaträttsliga reglerna i de aktuella lagarna eller avses också lagarnas marknadsrättsliga regler? Förarbetsuttalanden tyder på att 18 § lagen om tidsdelat boende endast avser privaträttsliga bestämmelser i 7–12 §§, 14–17 §§ (inklusive hänvisningen till 16–17 §§ konsumentkreditlagen) och liknande regler i andra rättssystem.[1336] Av 13 § avtalsvillkorslagen och regelns rubrik ("Civilrättsliga bestämmelser") synes framgå att endast de privaträttsliga bestämmelserna i lagen (10–12 §§, inklusive hänvisningen till 36 § avtalslagen) och deras utländska motsvarigheter åsyftas.[1337] Att döma av förarbetsuttalanden till distansavtalslagen tar bestämmelsen i lagens 23 § sikte på regler om näringsidkarens informationsskyldighet i 10 § och om konsumentens ångerrätt i 13–20 §§ och liknande bestämmelser i andra rättsordningar.[1338] Av propositionen om genomförandet av konsumentköpdirektivet framgår att förslaget till lagvalsregel i 48 § tar sikte på köp enligt konsumentköplagen.[1339]

Olikheter

Vid sidan av likheterna uppvisar reglerna i 18 § lagen om tidsdelat boende, 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den föreslagna lagvalsregeln i 48 § konsumentköplagen också vissa olikheter. Av 18 § lagen om tidsdelat boende följer att det särskilda konsumentskyddet i utlandsanknutna fall inte bara kan komma i fråga om det finns en partshänvisning, utan även i fall där en sådan saknas. Bestämmelserna i 13 § avtalsvillkorslagen och 23 § distansavtalslagen aktualiseras emellertid bara i de situationer ett avtal innehåller en partshänvisning. Detsamma gäller 48 § konsumentköplagen om den antas i den föreslagna lydelsen.

En annan viktig skillnad är att 18 § lagen om tidsdelat boende klart anger under vilka förutsättningar *de svenska reglerna* om bostadsandelar skall tillämpas (se särskilt "*gäller*"). Dessutom har denna lags bestämmelser uttryckligen i förarbetena förklarats vara internationellt tvingande under de i paragrafen angivna förutsättningarna.[1340]

Av intresse är att reglernas karaktär kan växla. Är en annan EES-stats lag tillämplig är de svenska reglerna i lagen om tidsdelat boende inte in-

[1336] Se prop. 1996/97:127, s. 45.
[1337] Bogdan, SvJT 1995, s. 200.
[1338] Se prop. 1999/2000:89, s. 100.
[1339] Se prop. 2001/02:134, s. 70.
[1340] Se prop. 1996/97:127, s. 64.

ternationellt tvingande utan bara internt tvingande. I dessa fall har direktivets genomförande inom EES medfört den eftersträvade harmoniseringen och det eftertraktade konsumentskyddet. Dessa internt tvingande regler blir dock internationellt tvingande i fall en rättsordning utanför EES är tillämplig under vissa närmare angivna förutsättningar. Om en tvist mellan en engelsk konsument och ett tyskt bolag avseende en bostadslägenhet i Spanien av någon anledning prövas i Sverige (t.ex. på grund av en prorogationsklausul) kan de svenska reglerna göra anspråk på omedelbar tillämpning. Är exempelvis avtalsstatutet enligt parternas överenskommelse lagen på Gibraltar, vars skyddsnivå inte antas motsvara den som finns enligt svensk lag, är de svenska reglerna internationellt tvingande och skall således tillämpas, trots att de inte tillhör avtalsstatutet och trots att varken parterna eller avtalsföremålet har någon anknytning till Sverige (förutom att tvisten prövas här). Gemenskapsrättens konsumentskyddslagstiftning får således genomslagskraft i praktiken oavsett i vilken EES-stat en fråga tas upp till prövning.

Bestämmelserna i 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och tillika den föreslagna bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen har däremot en annan utformning än 18 § i lagen om tidsdelat boende. Reglerna anger bara att en partshänvisning till ett tredje land inte kan ges full verkan om en eljest tillämplig EES-stats lag ger ett bättre skydd än den partsvalda lagen (se särskilt "*gäller inte*"). Hur reglerna i 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den föreslagna bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen skall förstås och tolkas i en diskussion om internationellt tvingande regler är oklart.

Av reglernas ordalydelse synes bara framgå att de anger under vilka förutsättningar en partshänvisning och därmed utpekade materiella regler inte kan godtas. Reglerna utgör med andra ord en inskränkning i partsautonomin i konsumentavtal. Lagstiftaren har inte heller i dessa fall gjort något uttalande om att reglerna skulle vara internationellt tvingande. I ett oklart fall har man därför att iaktta försiktighet när det gäller att tillämpa internationellt tvingande regler. Den gamla läkarregeln *in dubio abstine*, vid tvivel avstå, kommer här väl till pass.

Om vi utgår från att partshänvisningen är giltig har man att bestämma vilken lag som skulle vara tillämplig i avsaknad av parternas val om saken och att jämföra materiella regler i den partsvalda lagen med den annars tillämpliga lagen. Om reglerna i den lag som skulle tillämpas i avsaknad av en partsvald lag är bättre än reglerna i den valda lagen omfattar partshänvisningen inte reglerna om oskäliga avtalsvillkor, distansavtal eller konsumentköp. Om däremot partshänvisningen av någon anledning skulle vara ogiltig, t.ex. på grund av omständigheterna vid dess tillkomst, får lagvalet göras på objektiva grunder. Bestämmelserna i 13 §

avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den hemställda bestämmelsen i 48 § konsumentköplagen är då inte lagvalsregler som preciserar när vissa materiella regler är internationellt tvingande, utan regler liknande lagvalsregler som talar om när vissa utländska materiella regler inte får tillämpas.

Å andra sidan kan man förespråka att dessa direktivbaserade lagvalsregler, i likhet med vad som gäller enligt 18 § lagen om tidsdelat boende, medför att vissa regler om oskäliga avtalsvillkor, distansavtal och konsumentköp bör anses vara internationellt tvingande i en del fall. Denna lösning skulle stämma överens med de gemenskapsrättsliga syften som ligger till grund för de direktivbaserade svenska reglerna: en konsument som agerar över gränserna skall i EU-anknutna fall kunna förlita sig på ett visst minimiskydd oavsett om det ifrågavarande konsumentavtalet innehåller en partshänvisning till ett tredje land.[1341] De överväganden som ligger till grund för den materiella direktivbaserade skyddslagstiftningen får då genomslag också i utlandsanknutna fall.

När det gäller den föreslagna lagvalsregeln i 48 § konsumentköplagen synes den ta sikte på regler om köp enligt just konsumentköplagen. Det framstår dock som mindre sannolikt att samtliga regler i konsumentköplagen skulle kunna vara internationellt tvingande under de i 48 § konsumentköplagen angivna förutsättningarna. Möjligtvis bör de regler som har sin grund i konsumentköpdirektivet om säljarens skyldighet att leverera avtalsenliga varor och konsumentens rättigheter i händelse av bristande avtalsenlighet kunna anses internationellt tvingande under de i 48 § närmare angivna omständigheterna. Konsumentköplagens övriga autonoma bestämmelser måste då anses som vanliga internt tvingande regler som kan kringgås genom en partshänvisning. Kravet i artikel 7.2 i konsumentköpsdirektivet får då anses uppfyllt. Däri anges att om avtalet har en nära anknytning till medlemstaternas territorium, skall medlemsstaterna vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att konsumenten inte berövas det skydd som ges i direktivet till följd av att lagen i

[1341] I artikel 6 p. 2 i avtalsvillkorsdirektivet (93/13/EEG) anges att "medlemsstaterna skall, för de fall då avtalet har en nära anknytning till medlemsstaternas territorium, vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att konsumenterna inte förlorar det skydd som ges i detta direktiv på grund av att ett tredje lands lagstiftning väljs som tillämplig lag på avtalet". I artikel 12 p. 2 i distansavtalsdirektivet (97/7/EG) anges att "medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att konsumenten inte berövas det skydd som ges i detta direktiv genom att ett tredje lands lag väljs som tillämplig rätt med avseende på avtalet om avtalet har en nära anknytning till en eller flera medlemsstaters territorium". I artikel 9 i timeshare-direktivet (94/47/EG) anges att "medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att, oavsett vilken lagstiftning som är tillämplig, köparen inte berövas det skydd som ges genom detta direktiv, om den berörda fasta egendomen är belägen inom en medlemsstats territorium". Se ovan not 772.

en icke-medlemsstat väljs som tillämplig rätt med avseende på avtalet. En sådan tolkning är dock inte förenlig med ordalydelsen av förslaget i 48 § konsumentköplagen och verkar inte heller stämma överens med syftena bakom den föreslagna lagen. I propositionen görs gällande att "även om direktivet endast reglerar vissa av de köprättsliga frågor som behandlas i konsumentköplagen, bör skyddet mot lagvalsklausuler kunna tillämpas generellt på regler om köp enligt denna lag."[1342]

Skall 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den föreslagna 48 § konsumentköplagen förstås så att de preciserar det extraterritoriella tillämpningsområdet för vissa materiella regler måste en åtskillnad göras mellan två typfall.

Det första fallet gäller situationer där svensk lag skulle vara avtalsstatut om man bortsåg från lagvalsöverenskommelsen. De svenska reglerna om oskäliga avtalsvillkor, distansavtal och konsumentköp kan anses vara internationellt tvingande bara om de ger konsumenten ett bättre skydd än den avtalade lagen. Bestämmelserna bör då förstås så att de inte bara underkänner en partshänvisning utan uppmanar tillämpning av de regler om oskäliga avtalsvillkor, distansavtal eller konsumentköp som inom ramen för prövningen av partshänvisningens giltighet utpekats som tillämpliga.

Det andra fallet avser situationer där den tillämpliga lagen i avsaknad av en lagvalsklausul skulle vara lagen i en annan EES-stat, t.ex. Norge eller Tyskland, men den avtalade lagen är en rättsordning utanför EES. Om saken av någon anledning kommer upp till prövning i Sverige, t.ex. på grund av en prorogationsklausul, handlar det inte om att precisera det omedelbara tillämpningsområdet för svenska regler, utan om att säkra att direktivregler – såsom genomförda i de berörda EES-staternas nationella rättsordningar – får genomslag till skydd för konsumenter och de gemenskapsrättsliga överväganden som ligger bakom reglerna. Det förutsätts dock att den EES-lag som skulle ha varit tillämplig utan partshänvisning ger konsumenten ett bättre skydd än den avtalade lagen. En svensk domstol eller annan rättstillämpande myndighet måste då tillämpa direktivgrundande regler i en annan EES-stat trots att reglerna varken tillhör avtalsstatutet eller forumlandets lag. Att en svensk direktivbaserad lag kan ange under vilka förutsättningar direktivanpassade regler i andra EES-stater skall ges omedelbar tillämplighet skulle kunna förklaras med att gemenskapslagstiftaren i de bakomliggande direktiven bestämt att medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att konsumenterna på grund av partshänvisningar inte förlorar det skydd som ges i direktiven. De andra EES-staternas direktivbaserade regler skall behandlas lika med EU-forumlandets lag.

[1342] Prop. 2001/02:134, s. 70.

Starka skäl talar för att 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den föreslagna 48 § konsumentköplagen, liksom 18 § i lagen om tidsdelat boende, anses precisera vissa materiella reglers internationellt tvingande karaktär.[1343] Bestämmelserna har tillkommit som ett led i förverkligandet av den inre marknaden och för att skydda konsumenter i olika avtalssituationer. I samtliga bakomliggande direktiv stadgas uttryckligen att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra att konsumenter berövas direktivens skydd.[1344] För reglernas internationellt tvingande karaktär talar vidare att de ger uttryck för en stark europeisk konsumentpolicy. Dessa skäl väger sammantagna tyngre än den förespråkade försiktiga hållningen i fall av tvekan.

8.4.1.3 EG-domstolens förhandsavgörande i Ingmar-målet

Ett skyddsdirektivs internationella tillämpningsområde

I de ovan beskrivna reglerade situationerna kan gemenskapslagstiftaren anses ha preciserat de aktuella reglernas internationella tillämpningsområden under i lagarna angivna omständigheter.

Frågan är om även andra regler i svensk konsumenträtt som helt eller delvis har sitt ursprung i EG-direktiv kan vara av den karaktären att de är omedelbart tillämpliga, trots att det saknas ett uttryckligt ställningstagande i saken. Som framgått i avsnitt 2.2.3 handlar det om regler i konsumentkreditlagen, vissa regler om hemförsäljning i distansavtalslagen och paketreselagen.[1345] Att konsumenters rättsliga ställning i internationella sammanhang inte beaktats i dessa relativt tidiga konsumentskyddsdirektiv, och inte heller i de därpå grundade svenska lagarna, kan måhända förklaras med att fokus då var inriktad på handeln inom EU. Problem i relation till länder utanför EU och EES kom därigenom i skymundan vid direktivens utarbetande.

Av intresse i sammanhanget – både ur ett gemenskapsrättsligt och ett internationellt privaträttsligt perspektiv – är ett tolkningsavgörande från EG-domstolen, *Ingmar GB Ltd* mot *Eaton Technologies Inc.*[1346] Avgörandet angår tolkningen av rådets direktiv (86/653/EEG) om samordning av

[1343] I förbigående kan nämnas att den engelska Unfair Contract Terms Act 1977 om skydd mot oskäliga avtalsvillkor förefaller innehålla internationellt tvingande regler. Se närmare Dicey & Morris, s. 22–26. Om internationellt tvingande regler av konsumentskyddskaraktär i dansk rätt, se Arnt Nielsen, Dansk IP, s. 520.

[1344] Se ovan not 1341.

[1345] Fallon & Francq, Private Law, s. 159, kommer till slutsatsen att paketresedirektivets artikel 1 handlar om en internationellt tvingande regel. Se även ovan avsnitt 5.5.2.

[1346] Se C-381/98, *Ingmar GB Ltd* mot *Eaton Leonard Technologies Inc.* För en redogörelse av fallet, se Jänterä-Jareborg, ERT 2001, s. 403–412 och Bogdan, SvJT 2001, s. 340–342. Se även Bernitz, SvJT 2001, s. 302–303.

medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter. Ingmar GB Ltd, ett brittiskt bolag (härefter Ingmar), och Eaton Leonard Technologies, ett kaliforniskt bolag (härefter Eaton), träffade år 1989 ett avtal där Ingmar utsågs till handelsagent för Eaton i Storbritannien och Irland. Avtalet innehöll ett villkor där kalifornisk lag förklarades vara tillämplig på avtalet. Då avtalet upphörde att gälla år 1996 väckte Ingmar talan vid engelsk domstol med yrkande om att Eaton skulle förpliktas erlägga provision samt skadestånd i enlighet med direktivgrundade engelska regler. Ingmar hävdade att direktivreglerna var internationellt tvingande och tillämpliga på alla handelsagenter etablerade i en medlemsstat, oavsett huvudmannens etablering och parternas lagval. Förstainstansrätten ogillade talan, eftersom kalifornisk lag var tillämplig på avtalet och denna lag inte gav rätt till kompensation. Ingmar överklagade domen till Court of Appeal som hänsköt frågan till EG-domstolen om direktivet, såsom det genomförts i medlemsstaternas nationella rätt och då särskilt artiklarna 17–19 om agents rätt till ersättning då avtal upphört, var tillämpligt under de i målet föreliggande omständigheterna.

EG-domstolen konstaterade att parterna i målet, liksom de brittiska och tyska regeringarna samt kommissionen som intervenerade i målet, var eniga om att parternas frihet att välja den lag som skall tillämpas på ett avtalsförhållande är en grundläggande princip inom den internationella privaträtten och att denna frihet bara kan begränsas av internationellt tvingande regler. Ståndpunkterna gick däremot isär vad gäller de villkor som en rättsregel skall uppfylla för att kunna kvalificeras som en internationellt tvingande regel. Eaton hävdade, med hänsyn till att internationellt tvingande regler är ytterst få, att direktivet inte kunde tillämpas på parter etablerade utanför EU. Direktivets syfte var att närma medlemsstaternas interna rätt. Ingmar, den brittiska regeringen och kommissionen ansåg att direktivets territoriella tillämpningsområde var en fråga av gemenskapsrättslig natur.[1347] För att uppnå direktivets målsättningar krävs att direktivbestämmelserna tillämpas på handelsagenter etablerade i en medlemsstat oavsett huvudmannens nationalitet och etablering. Den tyska regeringen ansåg att det, i avsaknad av uttryckliga bestämmelser om direktivets territoriella tillämpningsområde, var en fråga för varje nationell domstol att avgöra huruvida regler i dess egen rättsordning kunde betraktas som internationellt tvingande.

EG-domstolen besvarade tolkningsfrågan så att reglerna i handelsagentdirektivet som ger handelsagenten vissa rättigheter efter det att agenturavtalet upphört, skall tillämpas när en handelsagent utövat sin verksamhet i en medlemsstat även om huvudmannen är etablerad i ett tredje land

[1347] Se även fråga till EG-kommissionen 1562/97 av den 8 maj 1996 och svar meddelat 3 juli 1997 där samma uppfattning presenteras.

och avtalet, enligt en klausul däri, regleras av lagen i det landet. Enligt EG-domstolen framgår av handelsagentdirektivet att de åtgärder för närmande av medlemsstaternas rättsordningar som direktivet föreskriver syftar till att bl.a. upphäva hindren för utövandet av yrket som handelsagent, att förenhetliga konkurrensvillkoren inom gemenskapen och att öka skyddet vid affärsuppgörelser.[1348] Det är enligt domstolen "väsentligt för gemenskapens rättsordning att en huvudman som är etablerad i ett tredje land, vars handelsagent utövar sin verksamhet i gemenskapen, inte kan kringgå dessa bestämmelser med en enkel lagvalsklausul. Dessa bestämmelser fyller nämligen en funktion som förutsätter att de tillämpas när situationen har ett nära samband med gemenskapen särskilt när handelsagenten utövar sin verksamhet på en medlemsstats territorium, oavsett vilken lag parterna underställt avtalet."[1349]

Domen innebär att de regler i handelsagentdirektivet som ger agenten vissa rättigheter efter att avtalet upphört är internationellt tvingande under de i domen föreliggande omständigheterna.[1350] Det betyder att också direktivbaserade regler i lagen (1991:351) om handelsagentur rörande handelsagentens rättigheter vid avtalets upphörande troligtvis är att betrakta som internationellt tvingande.[1351]

Vad beträffar det nu aktuella avgörandet kan det inte uteslutas att handelsagenter verksamma inom EU i framtiden kan gå miste om avtal med huvudmän etablerade utanför detta område.[1352] Man kan befara att EU som marknad inte längre anses lika lönsam om parterna är förhindrade att välja vilken lag som skall tillämpas.[1353] Partsautonomi kan betraktas som en viktig stimulans för internationell handel, och agentavtal är ett typiskt avtal inom den internationella handeln. Oavsett hur det förhåller sig härmed finns det anledning att konstatera att antalet prorogationsklausuler som utpekar ett visst lands domstolar som exklusivt behöriga

[1348] Se C-381/98, *Ingmar GB Ltd* mot *Eaton Leonard Tecknologies Inc*, premiss 22.

[1349] C-381/98, premiss 25.

[1350] Denna uppfattning företräds av Jänterä-Jareborg, ERT 2001, s. 406. Se även Bogdan, SvJT 2001, s. 341–342 och Lando, UfR 1999, s. 514.

[1351] Vad beträffar lagen (1991:351) om handelsagenter har den svenska lagstiftaren uttryckligen förklarat att lagen inte innehåller några internationellt tvingande regler. Tidigare innehöll dock lagen en regel i 3 § som angav när lagen skulle tillämpas i gränsöverskridande fall till skydd för handelsagenten. Denna regel togs bort när Sverige tillträdde Romkonventionen. Genom Ingmar-domen blir det dock närmast fråga om en återgång till det tidigare rättsläget då 3 § var i kraft. Se Jänterä-Jareborg, SvJT 1995, s. 374–384 och ERT 2001, s. 407–410. Se även prop. 1997/98:14, s. 27–29 och Pålsson, Romkonventionen, s. 119. I en del andra länder hade redan vissa direktivregler i handelsagentdirektivet såsom genomförda i nationell rätt förklarats vara internationellt tvingande, se Lando, UfR 1999, s. 512–513.

[1352] Jänterä-Jareborg, ERT 2001, s. 412.

[1353] A. st.

kan komma att bli vanligare. Hade avtalet i fråga exempelvis innehållit en prorogationsklausul till domstolar i Kalifornien är det tvivelaktigt om en domstol där skulle beakta internationellt tvingande regler i engelsk rätt om parterna valt kalifornisk lag som tillämpligt avtalsstatut.

Domens allmänna tillämpbarhet

Vilken betydelse har domen i Ingmar-målet för konsumentskyddet över gränserna, särskilt vad gäller de konsumentskyddsdirektiv och därpå grundade svenska lagar som *inte* innehåller uttryckliga regler om det internationella tillämpningsområdet?[1354]

Inledningsvis kan konstateras att Ingmar-domen handlade om vissa bestämmelser i handelsagentdirektivet, inte om Romkonventionens artikel 7 om internationellt tvingande regler. Romkonventionen var överhuvudtaget inte tillämplig i det aktuella fallet då avtalet ingicks innan Romkonventionen trädde i kraft år 1991.[1355] Likafullt är frågan om relationen mellan artikel 7 och internationellt tvingande regler i EG-direktiv intressant. Det ligger nära till hands att anta att EG-domstolen i Ingmar-domen preciserat de aktuella internationellt tvingande handelsagentreglerna på det sätt som liknar artikel 7 i Romkonventionen. Hade Romkonventionen varit tillämplig skulle den nationella domstolen ha kunnat bygga sitt avgörande på artikel 7 Romkonventionen.

Artikel 7 skall skiljas från de fall där aktuella skyddsregler redan fått sitt tillämpningsområde fastställt genom en direktivbaserad lagvalsregel.[1356] Artikel 7, liksom Romkonventionens regler i övrigt, får ge vika och gemenskapsrätten ges företräde på sätt som föreskrivs i artikel 20 Romkonventionen. Enligt den bestämmelsen skall konventionen inte inverka på tillämpning av gemenskapens lagvalsregler för avtalsförpliktelser som ingår i eller som kommer att ingå i sådana rättsakter eller i nationella lagar som harmoniserats för genomförandet av sådana rättsakter.

Enligt Bogdan skulle Ingmar-domen möjligen kunna innebära att EG-domstolen *genom direktivtolkning* har åstadkommit ungefär samma resultat som för vissa konsumentavtal uttryckligen stadgas i några konsumentskyddsdirektiv, dvs. att direktivbaserade tvingande skyddsregler inte kan avtalas bort genom val av en icke-medlemsstats rättsordning när situationen har nära anknytning till gemenskapen.[1357] Detta bör vara korrekt, även om man med Jänterä-Jareborgs ord hellre bör tala om en *utfyllnad*

[1354] Se konsumentkreditlagen (1992:830), lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal samt lagen (1992:1672) om paketresor.

[1355] Se Romkonventionens artikel 17.

[1356] Se de direktivbaserade reglerna i 13 § avtalsvillkorslagen (1994:512), 18 § lagen (1997:218) om tidsdelat boende, 23 § distansavtalslagen (2000:274) och förslaget till lagvalsregel i 48 § konsumentköplagen i prop. 2001/02:134, s. 87.

[1357] Bogdan, SvJT 2001, s. 341.

av direktivet än om direktivtolkning. Detta följer av att handelsagentdirektivet saknar en lagvalsregel om när direktivets regler skall tillämpas i utlandsanknutna fall.[1358] Domens prejudikatverkan skulle då, som Bogdan förklarat, kunna gå utöver handelsagentdirektivet och kunna inbegripa nästan alla genom EG-förordningar införda eller genom EG-direktiv harmoniserade privaträttsliga regler, vilka i så fall också bör anses vara internationellt tvingande.[1359] Det som EG-domstolen sade om handelsagentdirektivets syften kan nämligen, enligt Bogdan, sägas om vilken annan sådan reglering som helst.[1360]

Vad som bör hållas för troligt är att vissa direktivbaserade regler i konsumentkreditlagen, vissa regler om hemförsäljning i distansavtalslagen och paketreselagen är internationellt tvingande under likvärdiga omständigheter som i Ingmar-domen, dvs. att det handlar om ett avtal som innehåller en partshänvisning till lagen i ett land utanför EES-området, att det finns ett nära samband med gemenskapen samt att en svagare parts intressen och konkurrensen på den inre marknaden står på spel. En konsument får då inte berövas det skydd som de nu aktuella direktivbestämmelserna ger.

Antag att en konsument med hemvist i Sverige ingår ett kreditavtal med en bank i Luxemburg och att det finns en klausul som hänvisar till en rättsordning utanför EES-området. I exemplet finns ett nära samband med gemenskapen, eftersom konsumenten har hemvist i Sverige och kreditgivaren har sitt etableringsställe i Luxemburg. När partshänvisningen medför att regler i en tredje rättsordning skall tillämpas, och dessa innehåller en lägre skyddsnivå i fråga om konsumentkrediter än gemenskapsrättsliga regler, måste man anse att den svagare partens intressen berörs. Dessutom har kreditgivaren i ett dylikt fall fått fördelar ur konkurrenssynpunkt jämfört med andra kreditgivare etablerade inom EES som måste rätta sig efter en högre gemenskapsrättslig skyddsnivå i fråga om konsumentkrediter. Man skulle under sådana förutsättningar kunna hävda att direktivregler om konsumentkrediter och därpå grundande svenska bestämmelser är internationellt tvingande i enlighet med Ingmar-domen.[1361]

[1358] Se Jänterä-Jareborg, ERT 2001, s. 411.

[1359] Bogdan, SvJT 2001, s. 341–342.

[1360] A. st.

[1361] Kan de nu omtalade materiella reglerna anses vara internationellt tvingande om en svagare parts intressen står på spel, men där konkurrensen på den inre marknaden inte berörs? Att i efterhand förläna direktivregler och därpå grundade svenska regler ett extraterritoriellt tillämpningsområde som gemenskapslagstiftaren eller EG-domstolen inte har övervägt är enligt min uppfattning tveksamt. Bara för att det handlar om lagstiftning till skydd för svagare part innebär det inte att reglerna är internationellt tvingande. För likartade ståndpunkter, se Dicey & Morris, s. 17.

En annan mindre långtgående tolkning av Ingmar-domen är att den enbart handlar om just direktivtolkning. EG-domstolen har tolkat bestämmelser i handelsagentdirektivet och, mot bakgrund av bestämmelsernas syfte i förhållande till fakta i målet, funnit att de regler som ger handelsagenter vissa rättigheter efter det att ett avtal upphört är internationellt tvingande. Oklara regler har fått sitt tillämpningsområde förtydligat. Det är inget nytt utan det tillvägagångssätt som allmänt får användas för att avgöra om en regel, i avsaknad av uttryckligt ställningstagande om saken, har en sådan särskilt tvingande karaktär att den skall ges omedelbar tillämplighet. Måhända kan man då säga att det anges i de aktuella artiklarna i handelsagenturdirektivet, uttryckligen eller implicit, att de är internationellt tvingande.[1362]

8.4.1.4 Sammanfattning

Från att tidigare endast ha avsett enstaka regler i den svenska rättsordningen synes internationellt tvingande regler ha ökat i antal till följd av gemenskapsrätten – i synnerhet på konsumentskyddsområdet. Ökningen beror på att allt fler direktiv innehåller regler som preciserar när en konsument skall vara garanterad ett visst materiellt skydd också i utlandsanknutna fall. EG-domstolens avgörande i Ingmar-målet verkar tyda på att också vissa skyddsregler i direktiv som inte uttryckligen fått sitt internationella tillämpningsområde preciserat av gemenskapslagstiftaren ändå skall ges internationellt tvingande karaktär. Förutsättningen är att det finns en partshänvisning till ett land utanför EES-området och att en svagare parts intressen och konkurrensen på den inre marknaden berörs. Domen tyder på att den restriktiva svenska inställningen till internationellt tvingande regler är ifrågasatt. Man kan rent av diskutera om den ens kan försvaras. När det gäller direktivbaserade tvingande skyddsregler verkar presumtionen snarare vara att reglerna är internationellt tvingande regler om sådana i domen preciserade förutsättningar föreligger. Denna utveckling har flera dimensioner.

Å ena sidan stärks konsumentens rättsliga ställning i utlandsanknutna avtal. Tvingande direktivbaserade skyddsregler kan inte kringgås genom en enkel lagvalsklausul. Oavsett om en konsument rättshandlar inom ett lands gränser eller över landgränserna får hon ett visst minimiskydd. På sikt kan detta innebära att partshänvisningar försvinner ur gränsöverskridande konsumentavtal.

[1362] Se artiklarna 17–19 i rådets direktiv (86/653/EEG) den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter i EGT 1986 L382/17.

Å andra sidan leder den beskrivna utvecklingen till betydande rättsosäkerhet. Det blir svårt för parterna att förutse vilket lands regler som kommer i fråga för tillämpning eller om det t.o.m. är så att tvingande regler i två rättsordningar skall tillämpas. Detta kan förutsätta kostsamma utredningar om olika rättsordningars materiella innehåll som inte är motiverade i förhållande till det omtvistades värde. Lösningen i lagvalsfrågan blir med andra ord svåröverskådlig och näringsidkare etablerade utanför EES-området kan finna det mindre lönsamt att sluta avtal med konsumenter inom området.

8.4.2 Internationellt tvingande regler i utländsk rätt

8.4.2.1 Inledning

De föregående avsnitten har i första hand handlat om vilka rättsregler i svensk rätt som kan anses vara internationellt tvingande och under vilka förutsättningar de kan tillämpas. En svensk domstol eller annan myndighet kan komma att behöva avgöra vilka regler i en utländsk lag som bör tillämpas på grund av deras internationellt tvingande karaktär.

Tillhör de internationellt tvingande reglerna avtalsstatutet som utpekats av svenska lagvalsregler brukar problem inte uppstå, i vart fall inte beträffande privaträttsliga regler.[1363] Reglerna tillämpas. Värre blir det om det handlar om internationellt tvingande regler i en rättsordning som varken är avtalsstatut eller svensk lag (forumlandets lag), utan en utländsk rättsordning till vilken avtalsförhållandet har en viss kvalificerad anknytning. Fråga är då om det inom avhandlingsområdet finns anledning att ge internationellt tvingande konsumentskyddsregler i en tredje lag verkan, och i så fall under vilka förutsättningar det kan ske.

Vilka materiella regler det skulle kunna vara fråga om har inte kunnat beaktas inom ramen för denna studie, utan enbart de förutsättningar som krävs för att dylika regler bör tillerkännas verkan.

Av 13 § avtalsvillkorslagen, 23 § distansavtalslagen och den hemställda regeln i 48 § konsumentköplagen kan anses framgå under vilka förutsättningar vissa regler om oskäliga avtalsvillkor, distansavtal och konsumentköp i andra EES-staters rättsordningar kan komma i fråga för omedelbar tillämpning trots att de inte tillhör avtalsstatutet (se avsnitt 8.4.1.2). I övrigt anges förutsättningarna för ett sådant beaktande i artikel 7.1 Romkonventionen.

[1363] Problem kan dock uppkomma om reglerna står i strid med internationellt tvingande regler i forumlandets lag. Om problem i förhållande till offentligrättsliga regler, se Pålsson, Romkonventionen, s. 109–113 och Bogdan, Svensk IP, s. 249.

8.4.2.2 Utländsk rätt gör anspråk på tillämpning

Möjligheterna att tillerkänna internationellt tvingande regler i en utländsk rättsordning verkan preciseras i artikel 7.1 Romkonventionen[1364]:

> "När lagen i ett visst land tillämpas enligt denna konvention kan tvingande bestämmelser i lagen i ett annat land till vilket situationen har nära anknytning tillerkännas verkan, om och i den utsträckning som enligt lagen i det senare landet dessa regler skall tillämpas oavsett vilken lag som är tillämplig på avtalet. Vid bedömningen av om sådana tvingande regler skall tillerkännas verkan skall hänsyn tas till deras art och syfte liksom till följderna av att de tillämpas eller inte tillämpas".[1365]

Motiven till en sådan ordning är önskan om internationellt enhetliga avgöranden och grundtanken om att rättsordningar är likvärdiga. Det vore oförenligt med denna tanke att endast ta hänsyn till internationellt tvingande regler i det egna landets lag men inte i en utländsk lag, vartill ett avtalsförhållande har en nära anknytning.[1366]

Det som är speciellt med regeln är att den på ett nytt sätt kombinerar ett sedvanligt anknytningsvillkor (en nära anknytning) med en skönsmässig möjlighet för en domstol att *beakta* ett tredje lands internationellt tvingande regler genom att ta hänsyn till deras art och syfte samt konsekvenserna av deras tillämpning respektive icke-tillämpning.[1367]

8.4.2.3 Kravet på nära anknytning

Att en lagregel i en rättsordning som varken är avtalsstatut eller lagen i forumlandet betraktas som internationellt tvingande i ursprungslandet är inte en tillräcklig förutsättning för att man också skall tillämpa den. Det måste i det aktuella fallet även föreligga en nära anknytning till regelns ursprungsland.[1368] Kravet på en nära anknytning fyller två funktioner. För det första handlar det om att bidra till enhetliga avgöranden. Genom

[1364] Om artikel 7.1 Romkonventionen, se t.ex. Bonomi, YPIL 1999, s. 244–247 och Kassis, s. 469. Kritisk till artikel 7.1 är Bogdan, TfR 1982, s. 37–38. Mer välvilligt inställd till artikel 7.1 Romkonventionen synes Pålsson vara i Romkonventionen, s. 124–125.

[1365] Bestämmelsen anses ha sin upprinnelse i det nederländska s.k. Alnati-fallet från år 1966, Hoge Raad 13.5.1966: Rev. crit. dip. 1967, s. 522–530. Härom Giuliano & Lagarde, s. 26; Hartley, Rec. des Cours 1997:266, s. 356–359; Pålsson, Romkonventionen, s. 120; Kaye, s. 248–249; de Boer, RabelsZ 1990, s. 38–39 och von Hoffmann, RabelsZ 1974, s. 406–407.

[1366] Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 263.

[1367] Förklaringen verkar vara att det ansågs vara så kontroversiellt att tillämpa internationellt tvingande regler i ett tredje lands lag att det var nödvändigt att göra bestämmelsen frivillig. Se Giuliano & Lagarde, s. 28.

[1368] Se vidare Kleinschmidt, s. 228–229; Plender, s. 154–155 och Kaye, s. 253–255.

möjligheten att kunna tillerkänna en utländsk tvingande regel verkan kan ett avgörande i sak komma att bli detsamma som om tvisten prövades i regelns ursprungsland.[1369] För det andra är det ur internationellt privaträttslig synvinkel välmotiverat att ett krav på en nära anknytning föreligger då inte alla länders internationellt tvingande regler kan komma att ges verkan.

Men frågan om den närmare innebörden av en nära anknytning förblir oklar. I Giuliano och Lagarde-rapporten förklaras att en nära anknytning till ett tredje land måste vara genuin och att en svag anknytning till ett visst land inte är tillräcklig.[1370] Anknytningen kan dock inte vara så stark att det ifrågavarande tredje landets lag *är* den tillämpliga lagen, dvs. avtalsstatutet. Då föreligger inte heller någon nödvändighet för tillämpning av artikel 7.1.[1371]

Av hänsyn till rättssäkerhet kan man förutsätta att en nära anknytning kan föreligga till ett visst land i situationer där det landets lag skulle vara tillämplig på objektiva grunder (enligt artikel 5.3 eller 4 Romkonventionen), men där en annan lag är tillämplig på grund av parternas överenskommelse om avtalsstatut.[1372] Det finns anledning att förmoda att en nära anknytning även kan finnas till det land där någon av avtalsparterna i ett konsumentavtal har hemvist eller säte, om detta lands lag inte är avtalsstatut eller lagen i forumlandet.[1373] En nära anknytning har också ansetts kunna föreligga till den stat där ett avtal skall fullgöras, där ett avtalsföremål befinner sig eller där ett avtal träffats.[1374]

8.4.2.4 Diskretionär bedömning

För att avgöra frågan om internationellt tvingande regler bör tillämpas skall också "hänsyn tas till deras art och syfte liksom följderna av att de tillämpas eller inte tillämpas".[1375] Detta diskretionära utrymme är dock så vidsträckt att det i realiteten måste vara svårt för alla inblandade – rätts-

[1369] Vid frågan om erkännande och verkställighet av ett utländskt avgörande kan det ha betydelse om internationellt tvingande regler i den stat där erkännande söks har beaktats vid avgörandet. Se Bonomi, YPIL 1999, s. 239–240.

[1370] Se Giuliano & Lagarde, s. 27. Se även Gaudemet-Tallon, RTDE 1981, s. 262–263.

[1371] Pålsson, Romkonventionen, s. 121. Se även Dutoit, European PIL, s. 62.

[1372] Se Giuliano & Lagarde, s. 27; Kaye, s. 254 och Jackson, Contract Conflicts, s. 73.

[1373] Se Kassis, s. 470 och Philip, EU-IP, s. 182.

[1374] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 121; Audit, s. 95 och Kaye, s. 253–254.

[1375] Det förtjänar att framhållas att det inte nödvändigtvis behöver vara fråga om tillämpning av utländska internationellt tvingande regler. Ibland kan det bara vara fråga om att erkänna deras verkan inom ramen för avtalsstatutet. Se närmare Pålsson, Romkonventionen, s. 122 och Schnyder, RabelsZ 1990, s. 214.

tillämpare och parter – att kunna förutse de förutsättningar under vilka en sådan regel kan komma till användning. Därmed undergrävs inte bara förutsebarheten, utan även målsättningen med ett "intakt" konsumentskydd.

Vad beträffar reglernas art och syfte ger Romkonventionen inte någon närmare vägledning. Av Giuliano och Lagarde-rapporten framgår att man vid konventionens utarbetande avstod från ett förslag till en regel enligt vilken en regels art och syfte skulle fastställas utifrån internationellt accepterade kriterier och allmänt godtagna intressen. Orsaken härtill var att det ansågs tveksamt om sådana kriterier existerade.[1376] Man kan i ljuset härav utgå från att det finns större anledning att beakta en regel som skyddar ett internationellt vedertaget intresse och som från forumlandets utgångspunkt ter sig skyddsvärt, än när det gäller en regel som har ett "statsegoistiskt" syfte. Skulle regelns syfte står i strid med EG-rättsliga mål om fri rörlighet kan den knappast komma till användning.[1377]

När det har fastställts att regler i en tredje rättsordning är av ett visst slag och har ett syfte som kan accepteras skall också hänsyn tas till följderna av om de tillämpas eller inte tillämpas.[1378] Denna formulering förefaller inte lägga något till kravet på reglernas art och syfte förutom att rekvisitet verkar förutsätta att utgången i tvisten blir en annan om internationellt tvingande regler tillämpas än om de inte gör det.[1379] Om internationellt tvingande regler i den aktuella främmande rättsordningen innehållsmässigt överensstämmer med reglerna i avtalsstatutet finns inget behov av att ta särskild hänsyn till dem. Så är t.ex. fallet inom EES i vad gäller konsumentskyddsdirektiven och därpå grundade nationella lagar. När utgången blir olika gäller det för en domstol eller annan myndighet

[1376] Se Giuliano & Lagarde, s. 27.

[1377] Pålsson, Romkonventionen, s. 122. Se även Drobnig, European PIL of Obligations, s. 84–85; Kassis, s. 472 och Mühl, FS Mühl, s. 458.

[1378] I vad gäller följderna av tillämpning eller icke-tillämpning av internationellt tvingande regler anses denna omständighet precisera och klargöra regeln i artikel 7.1 enligt Giuliano & Lagarde, s. 27. Kravet beskrivs tvärtom som en "sibyllinsk" formulering av Gaudemet-Tallon, RTDE 1981, s. 262.

[1379] Se Kaye, s. 251. Jämför Plender, s. 155: "The nature and purpose of the mandatory rules can, no doubt, be ascertained by reference to the legal system from which they emanate. The consequences of their application or non-application, on the other hand, do not appear to mean the 'result or effect' of applying or failing to apply the rules of the forum. It is thought that these consequences cannot be established other than in the light of the Rome Convention itself. In particular, it is for the Convention to determine whether the mandatory rules are to be applied as such, or are to be fitted within the framework of a contract which, *ex hypothesi*, is governed by a different legal system." Se även Bucher, Rec. des Cours 1993:II, s. 91 och Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 322–323.

att analysera de aktuella reglerna med hänsyn till deras bakgrund, syfte och betydelse i en konkret situation för att kunna ta ställning till tillämpningen.[1380] Hänsyn bör främst tas till hur viktigt det är i det konkreta fallet att internationellt enhetliga och förutsebara avgöranden uppnås.[1381] Bedömningen måste ske mot bakgrund av artikel 18 Romkonventionen som anger att konventionens regler skall tolkas och tillämpas enhetligt i konventionsstaterna.

Att artikel 7.1 endast ger en möjlighet, och inte en skyldighet, att beakta utländska internationellt tvingande regler kan i väsentlig mån befaras urholka regelns eventuella fördelar.[1382] Har parterna exempelvis valt avtalsstatut kan artikel 7.1 bli ett "oförutsebarhetsmoment", då det är svårt att veta om en domstol eller annan rättstillämpande myndighet kommer att göra bruk av bestämmelsen eller inte. Följden kan bli att andra tvingande materiella regler med en annan saklig lösning än den rättsordning som parterna valt kommer i fråga för användning. Rättstillämparen har fått ett "carte blanche" att avgöra om utländska internationellt tvingande regler bör beaktas. Detta kan medföra ökade arbetskostnader för domstolen och en komplicerad rättstillämpning.[1383] Man kan därtill befara att en fakultativ regel ger upphov till motstridiga avgöranden i nationell rättspraxis med rättsosäkerhet som följd.

Rättsutvecklingen avseende gemenskapsrätt skulle dessutom kunna bli olikartad om nationella domstolar använder internationellt tvingande regler under olika förutsättningar.[1384] Det har därför hävdats av vissa författare att det för domstolar i EU:s medlemsstater bör föreligga en skyldighet att beakta övriga EU-medlemsstaters internationellt tvingande regler för att skapa nödvändiga förutsättningar för den inre marknaden.[1385] Behovet av att beakta varandras internationellt tvingande regler torde emellertid i vart fall på konsumenträttens område vara mindre, eftersom det där i hög utsträckning finns gemensamma regler.

[1380] Se Philip, Contract Conflicts, s. 107 och Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 323.

[1381] En önskan om enhetsbedömning bör inte alltid vara avgörande skriver Pålsson, Romkonventionen, s. 122.

[1382] Sådan kritik har bl.a. framförts av Collins, ICLQ 1976, s. 50–51.

[1383] Se Kleinschmidt, s. 228–229 och Kaye, s. 249.

[1384] Belysande är Mühls uttalanden. Hon skriver: "An diese die künftige Rechtsanwendung betreffende Perspektive läßt sich die rechtsmethodische Frage anschließen, ob sich hinter dem Wörtchen kann in Art. 7 Abs. 1 etwa die Auftrag an die Rechtsprechung verbirgt, im Wege der richterlichen Entscheidungsfindung Kriterien dafür zu entwickeln, welche zwingenden Normen unter welchen Voraussetzungen anzuwenden sind. Wenn man diese – allerdings wenig wahrscheinliche – Annahme bejaht, wäre hier für den Bereich der Europäischen Gemenschaft das Richterrecht als Rechtsquelle anerkannt. Die Gefahr einer Rechtszersplitterung wäre dann aber groß, da die einzelstaatlichen Gerichte das Recht in unterschiedlicher Weise fortbilden könnten." Mühl, FS Mühl, s. 459–460.

[1385] Se närmare Roth, RabelsZ 1991, s. 662–664 och Bonomi, YPIL 1999, s. 246.

Det finns emellertid också fördelar med en bestämmelse som artikel 7.1. Skäl som använts för att kritisera bestämmelsen kan också användas för att försvara den.

En domstol bestämmer själv vilka rättsordningars internationellt tvingande regler som har relevans för tvisten. Antag att en svensk konsument tvistar med en belgisk näringsidkare om ett paketreseavtal. Belgisk lag skall tillämpas på avtalet enligt en överenskommelse mellan parterna. Beträffande konsumenters rättsskydd kan artikel 7.1 medföra fördelar som annars inte skulle kunna uppnås. Kommer saken upp till prövning i Belgien ger artikel 7.1 möjlighet för hänsynstagande till svenska internationellt tvingande regler som varken tillhör avtalsstatutet eller lagen i forumlandet. Prövas en tvist mellan parterna i stället i Sverige skulle även en svensk domstol tillämpa belgisk rätt som avtalsstatut, men också internationellt tvingande svenska regler om paketresor enligt artikel 7.2. Det förutsätts naturligtvis att reglerna om paketresor i enlighet med Ingmar-domen kan anses vara internationellt tvingande samt att den svagare partens intressen och konkurrensen på den inre marknaden berörs.

Artikel 7.1–2 borgar då för enhetliga avgöranden oavsett i vilken medlemsstat en tvist prövas. Det skulle kanske kunna hävdas att artikel 7.1 är en spegelbild av artikel 7.2 med den skillnaden att den förra tar sikte på internationellt tvingande regler i en utländsk rättsordning och den senare på regler i forumlandet. Artikel 7.1 är dock fakultativ och innefattar ett antal kriterier – om nära anknytning, reglernas art och syfte samt följderna av deras tillämpning och icke tillämpning – som en domstol skall beakta för att avgöra om internationellt tvingande regler skall tillerkännas verkan.

8.4.2.5 Illustrationer

Utifrån de tidigare uppställda kriterierna för tillämpning av internationellt tvingande regler i en annan lag än avtalsstatutet behandlas i det följande två exempelfall.

Exempel 1

Antag att en konsument med hemvist i Storbritannien under en mässa där träffar avtal om köp av varor med en i Sverige etablerad näringsidkare. Enligt överenskommelse mellan parterna skall leverans ske i Nederländerna dit konsumenten skall flytta. Efter leveransen visar det sig att varan enligt konsumentens uppfattning är behäftad med fel. Näringsidkaren avvisar konsumentens krav. Konsumenten väcker då talan mot näringsidkaren vid svensk domstol. Kan konsumenten, under förutsättning att svensk domstol är behörig, med framgång hävda att den svenska

domstolen vid sidan av, eller i stället för, avtalsstatutets regler bör tillämpa vissa nederländska internationellt tvingande regler?

Vi antar att engelsk lag är avtalsstatutet enligt svenska lagvalsregler, då det var i Storbritannien konsumenten hade sitt hemvist vid avtalets ingående. Den tillämpliga lagen förmodas sakna särskilda regler om omleverans och hävning av avtalet. Den ger endast rätt till visst prisavdrag vid fel i vara. Då konsumenten numera har hemvist i Nederländerna kan hon ha ett intresse av tillämpning av nederländska regler om dessa är mer förmånliga när det gäller påföljder vid avtalsbrott än den tillämpliga lagens regler.

En förutsättning för tillämpligheten av artikel 7.1 Romkonventionen är att den nederländska lagen innehåller tvingande regler som kräver sin egen tillämpning under de omständigheter som föreligger i målet och att dessa har relevans för prövningen av en viss rättsfråga. Det skulle t.ex. kunna röra sig om internationellt tvingande regler som anger att fel i vara som visar sig inom sex månader antas ha förelegat vid leveransen med följden att konsumenten kan kräva omleverans eller hävning av avtalet.

Om så är fallet räcker inte detta, utan avtalssituationen måste också ha en nära anknytning till Nederländerna, dvs. till den internationellt tvingande regelns ursprungsland. Under nu angivna förutsättningar skulle man kunna presumera att det finns en nära anknytning till Nederländerna då leveransen och fullgörelse av avtalet sker där.

Vid den diskretionära bedömningen skall även hänsyn tas till de nederländska reglernas art och syfte liksom till följderna av att de tillämpas eller inte tillämpas. När det gäller bestämmelser som avser att tillvarata en svagare parts intressen i ett avtalsförhållande kanske kan förmodas att de från svensk synpunkt framstår som lovvärda och att det då finns skäl att ge verkan åt de nederländska reglerna.

Vid ställningstagandet till om de nederländska reglerna skall tillerkännas verkan skall den svenska domstolen också ta hänsyn till följderna av att reglerna tillämpas eller inte tillämpas. I exempelfallet innebär en tillämpning att konsumenten får ett bättre materiellt skydd om de nederländska reglerna tillämpas än om de inte tillämpas. En synpunkt som talar för att utnyttja den befogenhet som artikel 7.1 ger kan vara att den materiella utgången i målet blir ungefär densamma som om tvisten hade prövats enligt svensk rätt. En synpunkt som talar emot att utnyttja den befogenhet som ges i artikel 7.1 är att konsumentens behov av skydd redan tillgodosetts i och med att svenska lagvalsregler utpekat lagen i konsumentens ursprungliga hemvistland enligt artikel 5.3.

Exempel 2

Antag att en konsument med hemvist i Sverige under en semesterresa förvärvat en andel på tidsdelningsbasis, s.k. timeshare, i Florida av ett företag på Bahamas.[1386] Efter en vecka ångrar konsumenten sitt förvärv och vill frånträda avtalet. Med hänvisning till den valda lagen på Bahamas som antas sakna skyddsregler om ångervecka vid köp av timeshare-andelar avvisas detta av företaget. Sedan konsumenten vägrat att betala köpeskillingen väcker företaget talan mot konsumenten i Sverige med yrkande om fullgörelse av avtalet. Kan konsumenten med framgång invända att hon inte är bunden av avtalet om, enligt internationellt tvingande regler i delstaten Floridas lag, avtal är ogiltiga om en konsument genom en partshänvisning berövats en sådan ångerrätt?

Avtalsstatutet i exempelfallet är den valda lagen på Bahamas. Frågan avser användning av utländska internationellt tvingande regler som inte tillhör avtalsstatutet. Om det går att identifiera regler som, under de omständigheter som föreligger i målet, kräver omedelbar tillämpning i delstaten Floridas lag måste den svenska domstolen först ta ställning till om det finns en nära anknytning dit. I vårt exempel är detta givet då timeshare-lägenheten finns i Florida och denna delstats lag skulle vara tillämplig om en partshänvisning inte hade funnits enligt artikel 4 i Romkonventionen.

Regler om skydd för köpare av timeshare-andelar tillgodoser ett från svensk synvinkel berömvärt intresse. Svensk rätt innehåller nämligen likartade regler i lagen (1997:218) om tidsdelat boende som är internationellt tvingande under förutsättning att en bostadsandel är belägen inom EES-området, och den tillämpliga lagen är en rättsordning utanför detta område.[1387]

I allmänhet torde tillämpning av utländska internationellt tvingande regler oftare kunna aktualiseras i fall där det finns en partshänvisning än där en sådan saknas.[1388] Även om det kan anses komplicerat att tillerkänna internationellt tvingande regler i en utländsk rättsordning verkan kan det ändå finnas goda skäl att göra det. När internationellt tvingande regler i svensk rätt inte står till buds, såsom när en timeshare-lägenhet inte är belägen inom EES-området, vore det besynnerligt om man inte i stället skulle kunna tillämpa motsvarande regler i en tredje stats lag som har en nära anknytning till fallet. Utsikterna för internationellt enhetliga avgöranden talar också i exempelfallet för att ge verkan åt delstatens Floridas internationellt tvingande regler. Man kan förutsätta att en domstol i Flo-

[1386] Se ovan kap. 7.

[1387] Se ovan avsnitt 8.4.1.2.

[1388] Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 269.

rida, om saken prövades där, skulle tillämpa dessa regler trots att de inte tillhör avtalsstatutet.

8.4.2.6 Sammanfattning

Artikel 7.1 är en av Romkonventionens mest uppmärksammade och samtidigt mest kontroversiella bestämmelse. Artikeln betyder att internationellt tvingande regler i en lag som varken är avtalsstatut eller forumlandets lag under vissa omständigheter kan ges verkan. Detta kan ske oavsett om det rör sig om en av parterna vald lag eller om tillämplig lag har angivits av en objektiv lagvalsregel.

I och med bestämmelsen säkras grundsatsen om rättsordningars likvärdighet. Internationellt tvingande regler i en främmande rättsordning behandlas lika med motsvarande regler i forumlandets lag. Artikel 7.1 utgör en motvikt till artikel 7.2 och ger en domstol möjlighet att komma till samma materiella resultat som om saken hade kommit till bedömning i den internationellt tvingande regelns ursprungsland. Detta kan främja önskemålet om internationellt enhetliga avgöranden.

Bekymmersamt är emellertid att artikel 7.1 är vagt utformad och förenad med många osäkerhetsmoment. Bestämmelsen leder ofrånkomligen till att regler från mer än en rättsordning kan användas vid prövning av en viss rättsfråga eller visst rättsförhållande. Det kan bli svårt att förena och samordna det utländska landets internationellt tvingande regler med tillämpning av avtalsstatutets bestämmelser. Man kan därför befara att artikeln kan leda till avvikande rättspraxis i olika konventionsstater. Detta leder i sin tur till osäkerhet för domstolar och för parterna innebär det att förutsebarheten om tillämpliga regler minskar.

Avslutningsvis kan konstateras att artikel 7.1 troligen endast kommer att spela en begränsad roll för det gränsöverskridande konsumentskyddet, och bör användas endast i undantagsfall. Ett gränsöverskridande konsumentskydd tillgodoses i första hand av direktivbaserade lagvalsregler samt av artikel 5 i Romkonventionen rörande vissa typer av konsumentavtal.

8.5 Exkurs: förhållandet mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen

8.5.1 Står artikel 5 "på egna ben"?

Förhållandet mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen är problematiskt. Kan artikel 7 tillämpas även i de situationer där artikel 5 är tillämplig? Eller bör artikel 7 tillämpas endast för att förmedla ett konsumentskydd i de situationer där artikel 5 inte "räcker till" för att ge konsumenter som handlar över gränserna ett adekvat skydd? Lösningen beror på vilken innebörd man vill ge åt begreppet internationellt tvingande regler. Frågeställningen försvåras av att Romkonventionen inte definierar vilka tvingande regler det är som avses i artikel 7.

I svensk doktrin har frågan berörts av Pålsson som anser att tillämpningsområdet av artikel 7 begränsas av artikel 5.[1389] Mycket har i övrigt skrivits i utländsk doktrin om detta inbördes förhållande; inte sällan är meningarna delade inom ett och samma land. Det kan därför inte bli fråga om att presentera allt som har skrivits. Den följande framställningen avser dock att täcka de viktigaste synpunkterna. Noteras bör dock att doktrinen i vissa länder, såsom Tyskland och Storbritannien, i vart fall delvis, har påverkats av det egna landets reservationer mot artikel 7.1. Som utgångspunkt för framställningen står artikel 5 Romkonventionen vari det bl.a. stadgas:

> 1. "Denna artikel är tillämplig på avtal om leverans av varor till eller utförande av tjänster åt en person (konsumenten) för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet och på avtal om kredit för sådana prestationer.
>
> 2. Oavsett bestämmelserna i artikel 3 skall parternas val av tillämplig lag inte medföra att konsumenten berövas det skydd som tillförsäkras honom enligt tvingande regler i lagen i det land där han har sin vanliga vistelseort,
>
> – om avtalet föregicks av ett särskilt anbud till konsumenten i det landet eller av annonsering där och konsumenten där vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna, eller
>
> – om den andra parten eller dennes representant mottog konsumentens beställning i det landet, eller
>
> – om avtalet avser försäljning av varor och konsumenten reste från det landet till ett annat land och gjorde sin beställning där, förutsatt att konsumentens resa arrangerades av säljaren i syfte att förmå konsumenten att köpa.

[1389] Pålsson, Romkonventionen, s. 118.

3. Oavsett bestämmelserna i artikel 4 skall avtal som den här artikeln är tillämplig på, i avsaknad av lagval enligt artikel 3, vara underkastade lagen i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort, om de ingås under de omständigheter som anges i punkt 2."

8.5.2 Doktrin

8.5.2.1 Giuliano och Lagarde-rapporten [1390]

I Romkonventionens förklarande rapport, utarbetad av professorerna *Giuliano och Lagarde*, diskuteras inte förhållandet mellan artiklarna 5 och 7 i konventionen. Problematiken verkar dock ha uppmärksammats. I anslutning till artikel 7.2 i rapporten förklaras att "[t]he origin of this paragraph is found in the concern of certain delegations to safeguard the rules of the forum (notably rules on cartels, competition and restricitive practices, consumer protection and certain rules concerning carriage) which are mandatory in the situation whatever the law applicable to the contract may be".[1391]

8.5.2.2 Tyskland [1392]

Kropholler har i sitt verk "Internationales Privatrecht" behandlat problematiken kring gränsdragningen mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen.[1393] Kropholler förefaller inte vilja utesluta att konsumentskyddsregler kan vara internationellt tvingande i den mening som avses i artikel 7. Gränsdragningen mellan artiklarna 5 och 7 beror enligt Kropholler på konsumentskyddsregleringens syften. Artikel 5 omfattar regler som skyddar en svagare part och som avser avtalsbalansen mellan parter. Artikel 7 gäller däremot regler som inte bara angår skyddet för en svagare part, utan som också kan ha ett starkt marknadsreglerande, offentligrättslig inriktning ("Marktregulierungsfunktion").[1394] Kropholler understryker att gränsdragningen mellan artiklarna 5 och 7 är problematisk. Han verkar anse att artikel 5 inom sitt tillämpningsområde tränger undan artikel 7. Han synes dessutom ställa sig tveksam till om regler – som i första hand gäller balansen mellan avtalsparternas förpliktelser – överhuvudtaget kan komma i fråga för tillämpning eller beaktande enligt artikel 7, även när de allmänna lagvalsreglerna i artiklarna 3 och 4, och inte artikel 5,

[1390] Giuliano och Lagarde-rapporten behandlas under rubriken "Doktrin" eftersom rapporten inte har officiell status.
[1391] Giuliano & Lagarde, s. 28.
[1392] Tyskland har reserverat sig mot artikel 7.1 i Romkonventionen. Se Kropholler, s. 448.
[1393] Det följande bygger på Kropholler, s. 22–23 och 431–432.
[1394] Kropholler, s. 431.

tillämpas. Relationen mellan artiklarna 5 och 7 avgörs enligt Kropholler således av materiella bestämmelsers syften. Artikel 7 gäller i första hand konsumentskyddsregler som har ett marknadsreglerande, offentligrättsligt ändamål.

von Bar har försökt visa att artikel 7 skiljer sig från Romkonventionens andra regler.[1395] Han tar sin utgångspunkt i uttrycket tvingande regler och förklarar att tvingande rätt inte alltid är tvingande i samma grad ("zwingendes Recht ... ist nicht immer gleich zwingend").[1396] Enligt von Bar existerar tre grupper av tvingande regler som för den internationella privaträttens syften skall skiljas från varandra. I en första grupp finner man regler som visserligen är tvingande i rent interna fall men som kan åsidosättas genom en partshänvisning i utlandsanknutna situationer. Vid sidan av denna grupp regler finns, enligt von Bar, andra tvingande regler som varken står till parternas förfogande i interna *eller* gränsöverskridande fall, s.k. socialpolitiska föreskrifter ("socialpolitische Vorschriften").[1397] Artiklarna 5 och 6[1398] i Romkonventionen handlar enligt honom om sådana regler. Genom lagvalsreglerna i artiklarna 5 och 6 utpekas en krets av materiella regler som gäller skyddet för den svagare avtalsparten ("Schutz des Schwächeren").[1399] Genom artiklarna 5 och 6 har den internationella privaträtten följt utvecklingen i den materiella rätten. Den part som materiellrättsligt typiskt sett befinner sig i en svagare förhandlingsposition, befinner sig också i en underlägsen position när det handlar om att komma överens om tillämplig lag. Sätter materiell rätt gränser för friheten att utforma avtal måste även den internationella privaträtten begränsa parternas möjlighet att välja lag. Begränsningarna i artiklarna 5 och 6 i Romkonventionen syftar till att konsumenten och arbetstagaren skall kunna luta sig mot tvingande regler i en viss rättsordning. Den tvingande rätt som artikel 7 avser måste därför enligt von Bar vara av en annan kvalitet.[1400] von Bar synes mena att denna regel enbart gäller offentligrättsliga regler som är så till den grad tvingande att de måste gå före privaträttslig internationell privaträtt ("privatrechtliche Kollisionsrecht").[1401]

[1395] Det följande bygger på von Bar, s. 230–232.

[1396] von Bar, s. 230.

[1397] von Bar, s. 231.

[1398] Artikel 6 i Romkonventionen gäller individuella anställningsavtal.

[1399] von Bar s. 231.

[1400] Se även Schurig, RabelsZ 1990, s. 220–221 som skriver: "Solche Rechtssätze gelten also nicht nur als 'zwingend' in ihrem sachrechtlichen Umfeld, sondern sogar ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht. Sie scheinen in einer höheren Potenz 'zwingend' zu sein".

[1401] von Bar, s. 231.

Firsching och *von Hoffmann* menar att tillämpning av tvingande privaträttsliga regler genom artikel 7 är utesluten inom tillämpningsområdet för artikel 5.[1402] De verkar dock inte helt utesluta att internationellt tvingande konsumentskyddsregler i andra fall skulle kunna förmedlas av artikel 7, men något uttryckligt ställningstagande om saken görs inte.

Jayme menar att konsumentskyddsregler kan tillämpas genom artikel 7.2 Romkonventionen om de har sin grund i ett direktiv och det rör sig om ett rättsförhållande som har en nära anknytning till gemenskapen.[1403]

Roth är kanske den som i tysk doktrin gjort det mest ambitiösa försöket att kartlägga förhållandet mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen.[1404] Avgörande för Roth synes vara att artikel 5 uttömmande reglerar de internationellt privaträttsliga situationer där en konsument skall skyddas. Roth förefaller vara av den åsikten att i de fall som omfattas av artikel 5 är konventionsstaterna förhindrade att göra andra konsumentskyddande avvägningar som leder till att internationellt tvingande regler ges verkan enligt artikel 7. Internationellt tvingande regler i en annan lag än avtalsstatutet kan bara aktualiseras i de situationer som inte omfattas av artikel 5.[1405]

8.5.2.3 Frankrike

Lagarde har berört relationen mellan artiklarna 5 och 7.[1406] Enligt honom kan en turist som träffar avtal under en semestervistelse i utlandet eller som efter hemkomsten gör en beställning hos en leverantör på semesterorten inte förlita sig på konsumentskyddsregler i sitt hemvistlands lag även om de är internationellt tvingande. I de fall en konsument kan göra tvingande skyddsregler i sitt hemvistlands lag gällande enligt artikel 5 är skyddet enligt artikel 7.2 uteslutet, i vart fall i situationer då lagen i konsumentens hemvistland sammanfaller med forumlandets lag, skriver Lagarde. Följden blir att endast internationellt tvingande regler i ett land

[1402] Se Firsching & von Hoffmann, s. 413–416, särskilt s. 415. Se även von Hoffmann, IPRax 1989, s. 266.

[1403] Se Jayme, IPRax 1990, s. 220–222, särskilt s. 222. Se även Jayme & Kohler, IPRax 1997, s. 400. Se likheterna med EG-domstolens resonemang i C-381/98, *Ingmar GB Ltd* mot *Eaton Leonard Technologies Inc.*, ovan avsnitt 8.4.1.3. Se även Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, s. 159–160 och 178. Se också hans redogörelse för ståndpunkter i den tyska doktrinen, s. 126–130.

[1404] Det följande bygger på Roths artikel "Zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention" i Internationales Verbraucherschutzrecht, s. 35–51.

[1405] Se också Roth, RabelsZ 1991, s. 664.

[1406] Följande bygger på Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 316–317, se särskilt not 76 på s. 316.

där konsumenten inte har hemvist kan bli tillämpliga enligt artikel 7.[1407] Han anser därför att det kanske finns en lucka i Romkonventionens konsumentskydd.

8.5.2.4 Storbritannien [1408]

Lasok och *Stone* synes anse att mot bakgrund av Romkonventionen som helhet måste konsumentavtal som faller inom ramen för artikel 5 vara uteslutna från tillämpningsområdet av artikel 7.2.[1409] Som skäl härför anför Lasok och Stone att det inte bör vara möjligt att introducera ytterligare en uppsättning tvingande regler i exempelvis säljarens lag, då denna lag inte är avtalsstatut. Artikel 7.2 bör dock enligt författarna kunna tillämpas beträffande de konsumentavtal som inte faller inom ramen för artikel 5, t.ex. på grund av att konsumentavtalet inte har tillräcklig anknytning till konsumentens hemvistland. Om t.ex. en fransk turist köper varor i London från en engelsk näringsidkare, enligt ett avtal som utpekar en lag som saknar konsumentskydd, kan det enligt Lasok och Stone vara lämpligt att åberopa artikel 7.2 för att ge köparen förmånen av tillämpningen av engelska tvingande regler.

I verket *"Dicey and Morris on The Conflict of Laws"* sägs att det inte finns några skäl till varför en engelsk domstol inte kan tillämpa engelska internationellt tvingande regler i fall som omfattas av artikel 5.[1410] Reglerna förmedlade genom artikel 7.2 behöver dock enligt Dicey och Morris inte nödvändigtvis gälla just konsumentskydd. Beträffande de konsumentavtal där förutsättningarna i artikel 5.2 inte är uppfyllda eller där det inte är fråga om ett konsumentavtal såsom anges i artikel 5.1 kan också en engelsk domstol i kraft av artikel 7.2 tillämpa engelska internationellt tvingande regler.

Enligt *Kaye* är artikel 5 lex specialis i vad angår tvingande avtalsrättsliga konsumentskyddsregler, men den allmänna skyddsregeln i artikel 7.2 kan användas alternativt vid sidan härav.[1411] Tillflykt måste enligt Kaye tas till artikel 7.2 när förutsättningarna i artikel 5.2 inte är uppfyllda.

[1407] Lagarde, Rev. crit. dip. 1991, s. 316, skriver: "La combinasion des art. 5 et 7 conduirait donc à n'appliquer l'art. 7 qu'au des profit des lois de police d'un Etat autre que celui de la résidence habituelle du consommateur." Kassis, s. 338–341, synes ifrågasätta Lagardes resonemang. Kassis verkar anse att det inte går att bortse från att artikel 7 tillhör Romkonventionens allmänna regler. Han förefaller mena att artikel 7 kan användas såväl vid sidan av de allmänna lagvalsreglerna i artikel 3 eller 4 som vid sidan av den skräddarsydda lagvalsregeln för vissa konsumentavtal i artikel 5.

[1408] Storbritannien har reserverat sig mot artikel 7.1 i Romkonventionen, vilket kan förklara att man i den engelska doktrinen fokuserat sig på artikel 7.2.

[1409] Det följande bygger på Lasok & Stone, s. 383–384.

[1410] Följande bygger på Dicey & Morris, s. 1295.

[1411] Se Kaye, s. 214–215.

8.5.2.5 Danmark

Lando berör indirekt avgränsningen mellan artiklarna 5 och 7.[1412] Han förefaller dock anse att artikel 7 får sitt tillämpningsområde begränsat av artikel 5. Tillämpas privaträttsliga konsumentskyddsregler genom artikel 7 skulle den avvägning som gjorts av konsumentens behov av skydd i de tre specificerade fallen i artikel 5.2 förlora sin betydelse, synes Lando mena. Varje konsumentskyddsregel i forumlandet som gör direkt anspråk på tillämpning skulle användas på konsumentavtalet och begränsningen i artikel 5.2 i förhållande till artiklarna 3 och 4 skulle inte fungera. Av denna anledning, skriver Lando, får antas att artikel 5, och inte artikel 7, tillämpas beträffande tvingande konsumentskyddsregler.

Philip intar en mer liberal ståndpunkt.[1413] Han anser att artikel 7 mycket väl kan tillämpas vid sidan av artikel 5 och att problematiken får lösas utifrån ställningstaganden i det enskilda fallet.

8.5.3 Utvärdering

Den diskussion som förts beträffande gränsdragningen mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen skall nu utvärderas. En första sak att notera är att förhållandet mellan artiklarna i princip låter sig beskrivas på tre skilda sätt:

1. Enligt den första varianten kan artiklarna 5 och 7 anses angå olika typer av tvingande regler (t.ex. von Bar). Bildligt talat gäller då artikel 5 cirkeln med privaträttsliga regler och artikel 7 cirkeln med offentligrättsliga regler. Dessa cirklar överlappar inte varandra.

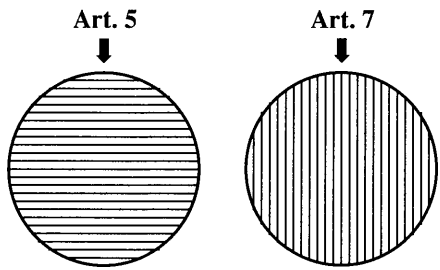


Fig. 1: Relationen mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen avgörs av en indelning i privaträttsliga och offentligrättsliga regler. Den vänstra cirkeln (artikel 5) angår privaträttsliga regler och den högra cirkeln (artikel 7) angår offentligrättsliga regler.

[1412] Följande bygger på Lando, FS Drobnig, s. 369–370.

[1413] Se Philip, EU-IP, s. 179–180 och Contract Conflicts, s. 83.

2. Enligt den andra varianten kan även privaträttsliga konsumentskyddsregler vara internationellt tvingande (t.ex. Roth och Lando). Artikel 7 angår då inte bara offentligrättsliga regler, utan även privaträttsliga regler. Inom sitt tillämpningsområde utesluter artikel 5 dock användningen av privaträttsliga regler enligt artikel 7.

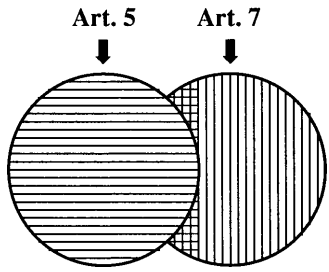


Fig. 2: Relationen mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen avgörs av tillämpningsområdet av artikel 5. Den vänstra cirkeln (artikel 5) angår privaträttsliga regler och den högra cirkeln (artikel 7) angår såväl privaträttsliga som offentligrättsliga regler. Inom sitt tillämpningsområde utesluter artikel 5 tillämpning av privaträttsliga regler enligt artikel 7. Därmed går artikel 5 före artikel 7 såvitt avser privaträttsliga regler. Däremot kan offentligrättsliga regler tillämpas enligt artikel 7.

3. Längst går den tredje variant som gör gällande att artikel 5 och artikel 7 fullt ut kompletterar varandra (t.ex. Philip).

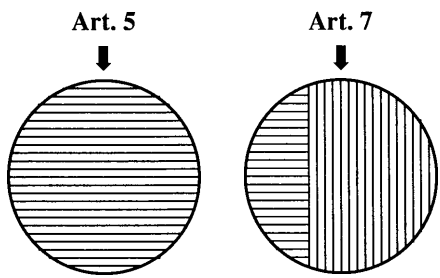


Fig. 3: Relationen mellan artiklarna 5 och 7 i Romkonventionen kan beskrivas som parallell. Den vänstra cirkeln (artikel 5) består av privaträttsliga regler. Den högra cirkeln (artikel 7) kompletterar denna genom både privaträttsliga och offentligrättsliga tvingande regler. Privaträttsliga regler kan tillämpas enligt artikel 5, men inte offentligrättsliga regler. Parallellt härmed kan ytterligare privaträttsliga regler enligt artikel 7 komma till användning, förutom offentligrättsliga regler.

Diskussionen lider av att det saknas en definition i Romkonventionen om vad som avses med internationellt tvingande regler. Vet man inte vilka dessa regler är vet man inte heller vad som skall läggas till grund för bedömningen av förhållandet mellan artiklarna 5 och 7. Vissa reflexioner kan ändå göras.

1. Det torde stå klart att lösningen på problemet med gränsdragningen mellan artiklarna 5 och 7 inte låter sig göras enligt en indelning i offentligrättsliga och privaträttsliga bestämmelser (se figur 1). Allt fler regler befinner sig i en gråzon mellan offentlig rätt och privaträtt.[1414]

2. Tänkbart är i stället att artikel 5 inom sitt tillämpningsområde utesluter att ytterligare privaträttsliga tvingande regler införs i lösningen av lagvalsfrågan genom artikel 7 (se figur 2). Romkonventionens systematik synes kunna tala härför. Artikel 5 anger uttömmande när en konsument skall skyddas i internationellt privaträttsliga sammanhang. Skulle man tillåta att artikel 7 och därigenom förmedlade internationellt tvingande privaträttsliga regler inverkade på de regler som utpekats av artikel 5, skulle det kunna innebära inskränkningar i konsumentskyddet enligt artikel 5. Artikel 5.2 utgår från att en avvägning måste göras mellan regler i den avtalade lagen och reglerna i lagen i konsumentens hemvistland. De regler som i det enskilda fallet är mest förmånliga för konsumenten tillämpas. Internationellt tvingande regler lämnar inte utrymme för sådana hänsyn, utan regler av en särskilt tvingande natur kan användas såväl till fördel som till nackdel för konsumenten. Konsumentens skyddsbehov i de i artikel 5.2 specificerade situationerna skulle då kunna undergrävas och den avvägning som har gjorts mellan skyddsvärda konsumentavtal i artikel 5 och andra avtal i artiklarna 3 eller 4 rubbas. För att undvika ett sådant undergrävande av Romkonventionens särskilda skydd i artikel 5 bör privaträttsliga internationellt tvingande regler endast komma i fråga när artikel 5 inte är tillämplig. Artikel 7 ger dock i sådana situationer inte något heltäckande konsumentskydd; det kan endast bli fråga om att tillmäta verkan åt några särskilt tvingande regler.

Det kan understrykas att i de fall där lagen i konsumentens land sammanfaller med forumlandets lag finns inte något behov av artikel 7.2. Internationellt tvingande regler i forumlandet tillhör då redan avtalsstatutet. Sammanfaller inte skyddslagen och lagen i forumlandet förefaller tillämpning av privaträttsliga internationellt tvingande regler i forumlandets lag vara utesluten inom ramen för tillämpningsområdet av artikel 5 i den nu aktuella situationen. Inte heller kan sådana internationellt tvingande regler i en rättsordning som varken är avtalsstatut eller lagen i fo-

[1414] Se ovan avsnitt 8.3.1.

rumlandet komma i fråga enligt artikel 7.1 om artikel 5 är tillämplig.[1415] (Lagarde synes dock ha gjort en något annorlunda bedömning, se ovan avsnitt 8.6.2.2.)

3. Tänkbart är emellertid slutligen även att artikel 7 ses som ett komplement till artikel 5 (se figur 3). Artikel 7 fungerar självständigt oavsett vad som följer av Romkonventionens övriga lagvalsregler. Vid sidan av de tillämpliga regler som utpekats av artikel 5 kan vissa internationellt tvingande regler tillmätas verkan enligt artikel 7. Av artikel 7.2 framgår nämligen att konventionen *inte skall* begränsa tillämpning av regler i forumlandets lag, när de är tvingande oavsett vilken lag som i övrigt skall tillämpas på avtalet. Detta innebär att tillämpning av artikel 5 inte behöver utesluta tillämpning av internationellt tvingande regler av privaträttsligt slag i forumlandets lag om denna inte sammanfaller med lagen som utpekats av artikel 5. Internationellt tvingande regler i en rättsordning som varken är avtalsstatut eller lagen i forumlandet kan också komma att ges verkan om situationen har en nära anknytning till avtalssituationen. Artikel 7.1 ger dock rättstillämparen ett förhållandevis fritt skön beträffande huruvida sådana internationellt tvingande regler skall ges verkan. Internationellt tvingande regler kan då påverka en konsuments rättsliga ställning i såväl positivt som negativt hänseende. Det tyder på att artikel 7 bl.a. tar sikte på en snävare krets av privaträttsliga regler än de privaträttsliga regler som artikel 5 omfattar.

8.6 Likheter med amerikansk intresseanalys

Internationellt tvingande regler uppvisar vissa likheter med den s.k. "amerikanska internationellt privaträttsliga revolutionen" (intresseanalysen) som inträffade under 1950- och 1960-talen i USA och som brukar förknippas med rättsvetenskapsmän som Currie, Cavers och Leflar.[1416] Upprinnelsen var missnöjet mot de internationellt privaträttsliga reglerna i Restatement of Laws, Conflict of Laws, 1934 (Restatement First), influerade av Josef H. Beales teorier om välförvärvade rättigheter ("vested rights").[1417] Regelsamlingen kritiserades för att vara alltför stelbent och

[1415] Detta gäller trots att artikel 5 inte omfattar offentligrättsliga regler. Se ovan avsnitt 3.3.1.1.

[1416] Om den amerikanska internationellt privaträttsliga revolutionen, se t.ex. Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 44–71; de Boer, Rec. des Cours 1996:257, s. 281–282; Juenger, Rec. des Cours 1985:IV, s. 207–220; Lando, FS Drobnig, s. 371–377 och M. Hellner, s. 197–209.

[1417] Restatement First utges av American Law Institute. Verket innehåller samlade internationellt privaträttsliga regler på olika rättsområden, kommentarer och riktlinjer för amerikanska domstolar men är inte bindande. Om Beale och välförvärvade rättigheter, se Juenger, Rec. des Cours 1985:IV, s. 209–210.

schematisk – "hard and fast rules" utpekade "blint" tillämplig lag och lämnade obeaktade olika målsättningar med materiella regler.[1418] Inte heller hade amerikanska domstolar troget följt dessa internationellt privaträttsliga regler. För att undvika resultat som dessa lagvalsregler kunde medföra hade amerikanska domstolar i en rad skadeståndsrättsliga mål tagit sin tillflykt till den internationella privaträttens allmänna del. Kvalifikationsfrågan, ställningstagande till renvoi och ordre public-förbehållet hade alla kommit att fungera som en utväg för att förhindra att ett mål avgjordes av "icke önskvärda" främmande skadeståndsrättsliga regler.[1419] Detta undergrävde lagvalsreglers trovärdighet.

Som en reaktion utvecklade man i doktrinen olika intresseorienterade teorier, avsedda att ersätta lagvalsregler.[1420] Förenklat gick teorierna ut på att lösa gränsöverskridande fall genom att analysera och avväga intressen (policies) bakom materiella regler i de delstater till vilka ett konkret fall hade anknytningar.[1421] Tonvikten låg på lagars sociala, politiska och ekonomiska målsättningar.[1422] Styrkan av respektive delstats intresse av att få sina regler tillämpade skulle sedan bedömas utifrån en eller flera speciella faktorer.[1423] Detta stod i stark kontrast till de fasta lagvalsregler som utmärkte Restatement First. Även om man i doktrinen inte förenade sig om en enhetlig metod för att lösa gränsöverskridande tvister fick ofta det egna landets lag företräde. De intresseorienterade teorierna kom att få genomslag i Restatement Second of Conflict of Laws (1971).

Till skillnad från Restatement First innehåller Restatement Second få fasta lagvalsregler. Bestämmelserna i denna regelsamling bygger i stället på formeln om "the most significant relationship". Denna kompletteras med olika presumtionsregler om vilken stat som normalt skall anses ha den mest relevanta anknytning till en *viss rättsfråga*, bl.a. presumtionsregler om både forumlandets policies och andra berörda staters intressen av utgången av en aktuell rättstvist.

[1418] Se Currie, Selected Essays, s. 177–187 och Cavers, Rec. des Cours 1970:III, s. 219–220 och 232 och HLR 1933, s. 197–208. Se även Zweigert, UCLR 1973, s. 287–290.

[1419] Se Juenger, Private Law, s. 297–298.

[1420] Det viktigaste bidraget kom kanske från Brainerd Currie med den s.k. "Governmental Interest Analysis". Andra inflytelserika förespråkare var Cavers, Leflar och von Mehren & Trautman. För mer ingående upplysningar om dessa författare, se Juenger, Rec. des Cours 1985:IV, s. 207–220.

[1421] Se Cavers, HLR 1933, s. 192–193 och Rec. des Cours 1970:III, s. 225–228; Currie, Selected Essays, s. 177–187 och Leflar, NYULR 1966, s. 275–277. Se även Juenger, Private Law, s. 300; Hartley, Rec. des Cours 1997:VI, s. 396 och Lando, FS Drobnig, s. 377.

[1422] Se Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 45–46.

[1423] Se Jänterä-Jareborg, JFT 1984, s. 109–110; Juenger, Rec. des Cours 1985:IV, s. 215 och Lando, FS Drobnig, s. 372.

De amerikanska intresseorienterade teorierna möttes av kritik från europeiskt håll.[1424] De ansågs strida mot målsättningar i den internationella privaträtten, särskilt vad gällde kravet på förutsebarhet och internationellt enhetliga avgöranden. Mot denna bakgrund kan det nu tyckas vara något överraskande att internationellt tvingande regler, som förutsätter med intresseanalysen liknande intresseavvägningar, har fått fotfäste i den europeiska internationella privaträtten. Gemensamt är att det bakomliggande syftet med den berörda regeln måste identifieras och bedömas i relation till fakta i ett konkret mål för att man skall kunna avgöra om den skall tillämpas i en gränsöverskridande situation.[1425] Det materiella resultatet, den rättsliga lösningen, har fått en ökad betydelse vid fastställandet av de tillämpliga reglerna. Detta visar sig särskilt genom de direktivbaserade lagvalsreglerna på konsumentområdet som avser att säkerställa att en konsument får en viss minsta materiell skyddsnivå i gränsöverskridande situationer. Man skulle kanske kunna säga att europeisk internationell privaträtt genom det ökande antalet internationellt tvingande regler har närmat sig den amerikanska internationella privaträtten. I vart fall verkar det inte längre vara möjligt att tala om två vitt skilda metoder.

8.7 Ordre public-förbehållet

8.7.1 Användningsområdet

Svensk rätt innehåller skyddsregler mot oskäliga avtalsvillkor. Dessa gäller bl.a. skydd mot villkor som ger en näringsidkare en acceptfrist utan tidsbegränsning eller som innebär att konsumenten blir ensidigt bunden av ett anbud under obegränsad tid. Ett annat exempel är prishöjningsklausuler och räntevillkor som innebär att näringsidkaren ensidigt kan höja priset eller räntan i ett kreditköpeavtal under åberopande av vilka omständigheter som helst inom eller utom näringsidkarens kontroll. Om en i Sverige tillämplig lagvalsregel eller ett lagvalsavtal utpekar en rättsordning som inte känner några skyddshänsyn, uppstår fråga om det negativa ordre public-förbehållet användas för att undvika ett resulterande svagt konsumentskydd?

Lagvalsregler är vanligtvis allmänt utformade och avser situationer där ett val mellan rättsordningar måste göras. En lagvalsregel kan antingen

[1424] Se t.ex. Kegel, Rec. des Cours 1964:II, s. 180–207; Kropholler, s. 79–81 och Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 44–45. Även amerikanska författare har varit kritiska, se t.ex. Brilmayer, MLR 1980, s. 392–431. Jämför Flessner, s. 1–147.

[1425] För likartade slutsatser, se Vischer, Rec. des Cours 1992:I, s. 46; de Boer, Beyond Lex Loci Delicti, s. 76 och Hartley, Rec. des Cours 1997:VI, s. 356–365.

hänvisa till svensk eller utländsk rätt beroende på omständigheterna i fallet. Hänvisar svenska lagvalsregler till utländsk rätt skall normalt den utländska lagen läggas till grund för en tvists avgörande. Inom ramen för ett sådant system kan man inte ta hänsyn till hur det materiellrättsliga resultatet blir i slutändan, t.ex. om en konsument enligt den utländska lagen är ensidigt bunden av ett anbud under obegränsad tid. Det kan tänkas att en lagvalsregel i enskilda fall leder till tillämpning av utländska regler som ur svensk synvinkel inte innehåller en godtagbar skyddsnivå. Det skulle t.o.m. kunna uppstå fall där tillämpningen av en utländsk lag skulle kunna upplevas som stötande eller kunna sägas strida mot grunderna för den svenska rättsordningen.

En allmän grundsats i svensk internationell privaträtt är att regler i en utländsk rättsordning inte tillämpas om tillämpningen leder till ett resultat som är *uppenbart oförenligt med grunderna för den svenska rättsordningen*. Det rör sig om det s.k. ordre public-förbehållet som skyddar grundläggande principer i den svenska rättsordningen. Ordre public-förbehållet gör det möjligt att helt eller delvis sätta åt sidan den utländska lag som svenska lagvalsregler utpekar som avtalsstatut, om en tillämpning skulle leda till ett resultat som framstår som oacceptabelt.[1426] Ordre public-bedömningen får ske från fall till fall. Det är den rättsliga lösningen av en tvistefråga enligt en utländsk regel som måste stå i strid med grunderna för den svenska rättsordningen, inte den främmande regeln som sådan.[1427] Tillämpning av vissa utländska regler kan leda till lösningar som framstår som stötande i ett fall men inte i ett annat. En utländsk regel som i och för sig framstår som oacceptabel behöver inte vid tillämpningen i ett konkret fall leda till ett resultat som är stötande.[1428]

Vad som är grunderna för den svenska rättsordningen, och därmed innehållet i svensk ordre public, låter sig inte bestämmas med någon precision. I doktrinen brukar hänvisas till regler om mänskliga rättigheter och andra grundläggande moraliska och etiska principer, t.ex. allas likhet inför lagen.[1429] Klart torde vidare vara att till grunderna för den svenska rättsordningen numera även kan räknas gemenskapsrättsliga principer.[1430]

[1426] Se Bogdan, Svensk IP, s. 73–75 och Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 233–234.

[1427] Se Bogdan, a. a., s. 75–76 och Pålsson, Romkonventionen, s. 128. Om problem härvidlag i norsk rätt, se Thue, Lov og Rett 1965, s. 143–144.

[1428] I anslutning till Romkonventionen förklarar Giuliano & Lagarde, s. 38, att det kan hända att en utländsk lag kan anses strida mot grunderna för myndighetslandets ordre public, men att utländsk lag trots det tillämpas om själva resultatet av dess tillämpning inte strider häremot. Se även Lagarde, IECL 1994, s. 21.

[1429] Se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 236.

[1430] Pålsson, Romkonventionen, s. 128–129 och Bogdan, SvJT 2001, s. 336. Se även Bucher, Rec. des Cours 1993:II, s. 49–50; Martiny, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, s. 217 och 220–221 och Giuliano & Lagarde, s. 38.

Då EG-rätten utgör en del av den svenska rättsordningen ligger det i sakens natur att svenska myndigheter har att tillse att på gemenskapsrätten grundade rättigheter inte skyddas mindre effektivt än de rättigheter som har sin grund i autonom svensk rätt.[1431]

8.7.2 Relationen till internationellt tvingande regler[1432]

Internationellt tvingande regler skulle kunna liknas vid den positiva sidan av ordre public-förbehållet. I stället för att vägra tillämpning av en utländsk regel godtas genom internationellt tvingande regler tillämpning av vissa svenska eller utländska regler som "är så känsliga ur ordre public-synvinkel" att de alltid, eller i vissa givna fall, beaktas oavsett om en annan stats lag är tillämplig och oavsett denna lags innehåll.[1433] Det kan anses mindre kontroversiellt att underkänna tillämpning av utländska regler genom att tillämpa forumlandets egna internationellt tvingande regler än att tillgripa ordre public-förbehållet.[1434]

Likheterna mellan internationellt tvingande regler och ordre public-förbehållet visar sig i att båda avser att skydda grundläggande intressen – låt vara att det sker på något olika sätt. Gemensamt för internationellt tvingande regler och ordre public-förbehållet synes vidare vara att bedömningen är relativ, dvs. bedömningen får göras med utgångspunkt i det konkreta fallet. Utom i de situationer där en materiell regel fått sitt internationella tillämpningsområde uttryckligen bestämt av lagstiftaren är det rättstillämparens uppgift att avgöra om svenska eller utländska internationellt tvingande regler bör ges verkan. Vad ordre public-förbehållet beträffar har rättstillämparen att beakta verkningarna av en utländsk regel i det konkreta fallet strider mot grundläggande rättsprinciper i den svenska rättsordningen. Det går alltså inte att på förhand säga när internationellt tvingande regler eller ordre public-förbehållet får genomslag i ett enskilt fall. Det förtjänar vidare att framhållas att innehållet i internationellt tvingande regler och ordre public kan förändras över tiden, i takt med den allmänna rätts- och samhällsutvecklingen.[1435]

Den viktigaste skillnaden mellan internationellt tvingande regler och ordre public-förbehållet är att en tillämpning av internationellt tvingande regler kan innebära en tillämpning av regler inte bara i forumlandets rättsordning utan också i en utländsk sådan. Ordre public-förbehållet tar

[1431] Bogdan, SvJT 2001, s. 338.

[1432] För skillnader och likheter mellan internationellt tvingande regler och ordre public, se Plender, s. 157–158; Bonomi, YPIL 1999, s. 229–230 och Vischer, RabelsZ 1989, s. 452.

[1433] Bogdan, Svensk IP, s. 78.

[1434] Se Kassis, s. 448.

[1435] Se Bogdan, Svensk IP, s. 75.

enbart sikte på en rätt att vägra tillämpa regler i en utländsk rättsordning. Det svenska ordre public-förbehållet förutsätter en konsekvensanalys där grundläggande svenska värderingar/principer vid tvivel äger företräde framför en tillämpning av en utländsk rättsregel. Internationellt tvingande regler och ordre public-förbehållet skiljer sig vidare åt i det att de aktualiseras under olika stadier i lagvalsprocessen. De internationellt tvingande reglerna iakttas i samband med att ett lagval görs. Ordre public-förbehållet kommer däremot i fråga först sedan den valda lagen har bestämts, och efter detta granskats[1436]: "The mandatory rule is part of the selection process while ordre public is a process of rejection".[1437]

8.7.3 Tillämplighet på konsumentskyddsområdet?

En utgångspunkt för svensk internationell privaträtt är att utländsk rätt kan behöva tillämpas på ett gränsöverskridande konsumentavtalsförhållande. Därför bör ordre public-förbehållet tillämpas restriktivt. Regler i ett utländskt avtalsstatut kan normalt inte åsidosättas enbart på grund av att deras innehåll skiljer sig från svenska tvingande regler. Även svenska konsumentskyddsregler bör i princip ge vika när utländsk rätt är tillämplig.[1438] Annars skulle man vara förhindrad att tillämpa annat än svensk rätt på konsumenträttens område, vilket inte är förenligt med den internationella privaträttens grundteser om rättsordningars likvärdighet. Används förbehållet alltför utbrett kan det leda till forum shopping och förstöra de välgrundade kraven på förutsebara och internationellt enhetliga avgöranden.

Ordre public-förbehållet är en allmänt erkänd princip, men dess innehåll skiljer sig något åt från land till land. I Sverige har ordre public-förbehållet traditionellt tillämpats inom mycket snäva gränser.[1439] Läget är i princip likadant i övriga nordiska länder samt i Tyskland och Storbritannien.[1440] I Frankrike synes ordre public-förbehållet ha använts i jämförelsevis större utsträckning än i andra länder för att säkra en tillämpning av fransk lag.[1441]

[1436] Pålsson, Romkonventionen, s. 115. Se även Bogdan i Lov og Rett 1996, s. 119.

[1437] Jackson, Contract Conflicts, s. 62.

[1438] Bogdan, Svensk IP, s. 75.

[1439] Se Bogdan, a. a., s. 73–75 och Pålsson, SvJT 2001, s. 773, för hänvisningar till nyare svensk rättspraxis där inställningen är mycket restriktiv.

[1440] För Norge, se Thue, Lov og rett 1965, s. 143–144 och Cordes & Stenseng, s. 56–57 och 149–161; för Finland, se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 232 med hänvisningar; för Danmark, se Arnt Nielsen, Dansk IP, s. 64–70; för Tyskland, se Kropholler, s. 224–229 och för Storbritannien, se Hartley, European PIL of Obligations, s. 107–108. Hartley skriver att public policy i Storbritannien har använts strängare än ordre public-förbehållet på kontinenten.

[1441] Se Audit, s. 257. Se även allmänt Mayer, s. 137–146.

Ordre public-bedömningen kan påverkas av den anknytning som det aktuella rättsförhållandet har till Sverige.[1442] Det förefaller vara naturligare att förutsättningarna för att åberopa ordre public-förbehållet är större om det finns en stark anknytning till Sverige, t.ex. på grund av en konsument har hemvist här i riket, än om anknytningen är svag, t.ex. på grund av att talan har väckts här i landet till följd av ett prorogationsavtal. Rättsfrågans art har också betydelse för ordre public-bedömningen.[1443] Ordre public-förbehållet kan ha större betydelse på områden där regleringen är resultatet av ett offentligt intresse än på områden där det råder obegränsad avtalsfrihet.[1444] Likafullt har svenska domstolar sällan öppet gjort bruk av ordre public-förbehållet.[1445] Det förefaller mig som om ordre public-förbehållet på konsumenträttens område skulle kunna få sin mest praktiska betydelse när ett utlandsanknutet konsumentavtal står i strid med svenska ogiltighetsregler eller om ett avtal ingåtts genom tvång, svek eller ocker.

Innehållet i det svenska ordre public-förbehållet påverkas numera även av gemenskapsrätten. Det är inte enbart medlemsstaternas uppfattning som avgör vilka delar av dess rättsordning som är så viktiga att de tillhör grunderna för rättsordningen. Även gemenskapsrätten är av betydelse.

EG-domstolen har i två avgöranden, *Krombach* mot *Bamberski*[1446] och *Renault* mot *Maxicar SpA*[1447], tolkat det materiella innehållet i ordre public-förbehållet i EU-staternas Brysselkonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område.[1448] Avgörandena gällde tolkningen av begreppet ordre public som hinder för erkännande och verkställighet av domar. EG-domstolen konstaterade att det i princip står medlemsstaterna fritt att avgöra vad som hör till grunderna för den nationella rättsordningen men att EG-domstolens tolk-

[1442] Se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 233 och Bogdan, SvJT 2001, s. 337.

[1443] Jänterä-Jareborg, a. s.

[1444] Jänterä-Jareborg, a. s. Se även TR:ns motivering i rättsfallet NJA 1998 s. 817: "Reglerna om ordre public, såväl i 1977 års lag som i övrigt, har i praxis också kommit att tillämpas endast i snävt begränsade undantagsfall, då fråga varit om grundläggande principer i det svenska rättssystemet och skyddsbestämmelser för svagare part."

[1445] Ordre public-förbehållet har nekats användning i en rad fall, se t.ex. NJA 1998 s. 838; NJA 1998 s. 817; NJA 1993 s. 420; NJA 1987 s. 885; NJA 1986 s. 690; NJA 1969 s. 163; NJA 1963 s. 489; NJA 1996 C 21; NJA 1996 C 10; NJA 1991 C 55; NJA 1986 C 26 och RH 1993:116. Se NJA 1998 s. 838 och NJA 1998 s. 817, kommenterade av Bogdan i JT 1998-1999, s. 640–649. Avvikelser från tyska bestämmelser om avbetalningsköp har ansetts strida mot tysk ordre public. Se Gutachten 1987 und 1988 Nr. 13.

[1446] Se C- 7/98, *Krombach* mot *Bamberski*.

[1447] Se C-38/98, *Renault* mot *Maxicar SpA*.

[1448] Se artiklarna 27 p. 1 och 34 st. 2 i Brysselkonventionen.

ningsbehörighet omfattar gränsdragningar för hur långt ordre public kan sträcka sig. I EG-domstolens avgöranden har ordre public-förbehållet i Brysselkonventionen givits ett snävt tillämpningsområde.[1449] Avgörandena i *Krombach* och *Renault* synes, såvitt kan bedömas, inte ändra denna restriktiva inställning till ordre public-förbehållet. Trots att avgörandena gäller ordre public-förbehållet inom ramen för den processrättsliga Brysselkonventionen bör de anses ha relevans för innehållet av motsvarande förbehåll i "systerkonventionen" om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, nämligen Romkonventionen. Konventionerna har ett nära inbördes samband.[1450]

I svensk doktrin har de ovan nämnda avgörandena analyserats.[1451] Bogdan har kommit fram till att man ur EG-domstolens avgöranden i *Krombach* och *Renault* kan skilja mellan EG-regler av tre olika digniteter som har relevans för ordre public-bedömningen:

1. Till grunderna för medlemsstaternas rättsordningar skall räknas grundläggande gemenskapsrättsliga principer, t.ex. den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och artikel 81 i Romfördraget som gäller konkurrenshindrande avtal mellan företag (se *Krombach*-fallet).[1452]
2. Till grunderna för medlemsstaternas rättsordningar skall inte räknas EG-regler om fri rörlighet av varor och fri konkurrens (se *Renault*-fallet).[1453]
3. Därtill finns enligt Bogdan EG-regler som medlemsstaterna efter eget gottfinnande kan klassificera som så viktiga att de kan anses tillhöra grunderna för den egna rättsordningen.[1454]

[1449] Se t.ex. C-145/86, *H.L.M. Hoffmann* mot *A. Krieg* och Pålsson, SvJT 2001, s. 593.

[1450] Pålsson, Romkonventionen, s. 25: "Med hänsyn till det – i preambeln till Romkonventionen betonade – starka sambandet med Brysselkonventionen ligger det nära till hands att anta att de principer som har följts vid tolkningen av Brysselkonventionen kommer att 'smitta av' sig på tolkningen av Romkonventionen."

[1451] Se Bogdan, SvJT 2001, s. 333–339 och Pålsson, SvJT 2001, s. 589–593.

[1452] Se Bogdan, a. a., s. 339.

[1453] Bogdan, a. st, understryker härvidlag att EG-domstolen inte närmare har angivit varför regler om fri rörlighet av varor och fri konkurrens inte kan betraktas vara av sådan dignitet att de kan anses tillhöra grunderna för medlemsstaternas rättsordningar. Pålsson förklarar att det i fallet inte stod klart att domen stod i strid med gemenskapsrätten. Pålsson, SvJT 2001, s. 593.

[1454] Existensen av denna mellangrupp framgår, enligt Bogdan, av EG-domstolens uttalande att det inte ankommer på den att definiera grunderna för en medlemsstats rättsordning, utan endast att sätta gränser för medlemsstaternas handlingsfrihet i detta avseende. Bogdan, a. a., s. 339.

Som Pålsson påpekat vågar man emellertid inte dra alltför generella slutsatser av EG-domstolens avgörande i *Renault*-fallet, "man kan mycket väl föreställa sig andra fall där en dom som meddelats i strid med tvingande gemenskapsrätt förvägras erkännande och verkställighet" enligt Brysselkonventionen.[1455]

Gemenskapsrättsliga principer om bl.a. fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital påverkar otvivelaktigt innehållet i medlemsstaternas ordre public. Under de omständigheter som förelåg i *Renault*-fallet ansågs dock inte en felaktig tillämpning av gemenskapsrättsliga regler (i avtalsstatutet) vara ett klart åsidosättande av en särskilt viktig regel i det land där domen sedermera gjordes gällande. Detta innebär *inte* att det inte kan finnas fall där en dom, meddelad i strid med tvingande gemenskapslagstiftning, även kan anses stå i strid med en bestämmelse av särskild betydelse i det land där domen sedan görs gällande. Det är knappast möjligt att i förväg precisera vad det kan innebära. I ordre public-förbehållets natur ligger att det inte är möjligt att på förhand säga när det kan aktualiseras utan bedömningen får ske i det konkreta fallet.

Argument som användes av EG-domstolen i *Krombach* och *Renault* bör kunna användas också när det gäller vägran att tillämpa en utländsk regel som inte är förenlig med tvingande gemenskapsrätt. Skulle det visa sig att reglerna enligt den rättsordning som är avtalsstatut enligt Romkonventionen inte lever upp till ett EG-direktiv på konsumenträttens område, synes inte detta i sig vara tillräckligt för att ordre public-förbehållet i artikel 16 i konventionen skall tillämpas.[1456] Förbehållet torde således inte kunna användas för att "disciplinera" andra EU-medlemsstater. Härför finns andra rättsmedel.[1457] Även om avtalsstatutets regler står i strid med tvingande gemenskapsrättsliga bestämmelser måste nämligen tillämpningen av de utländska reglerna därtill innebära ett klart åsidosättande av fundamentala rättsgrundsatser i det land där reglerna kommer i fråga för tillämpning för att ordre public-förbehållet överhuvudtaget skall kunna användas. En sträng måttstock skall anläggas.[1458] Tillämpningen av utländska regler måste vara *uppenbart* oförenlig med grunderna för forumlandets rättsordning. Det är alltså fråga om ett kvalitetskrav. I "EU-interna" fall kan man anse att medlemsstaterna med hänsyn till den nära intressegemenskap som råder på konsumenträttens område bör avstå från möjligheten att åberopa orde public-förbehållet i sina inbördes förhållanden för att inte undergräva Romkonventionens krav på förutse-

[1455] Pålsson, SvJT 2001, s. 593.

[1456] Angående artikel 16, se ovan avsnitt 8.2.2. Jämför dock Kropholler, s. 229.

[1457] Se artiklarna 226–228 Romfördraget. Se även Ebke, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, s. 100.

[1458] Pålsson, Romkonventionen, s. 128.

bara och internationellt enhetliga avgöranden.[1459] Genom artiklarna 5, 7 och de direktivbaserade lagvalsreglerna synes dessutom behovet av ordre public-förbehållet i konsumenträttsliga sammanhang vara begränsat.[1460]

8.8 Sammanfattande kommentarer och slutsatser

Vilka svenska regler som är internationellt tvingande har inte bara betydelse för svenska myndigheter och parter utan även för utländska myndigheter och parter. En utländsk domstol kan ställas inför frågan om det finns några svenska regler av internationellt tvingande karaktär där en svensk konsuments intressen står på spel.

Internationellt tvingande regler väcker nya och komplicerade spörsmål i fråga om konsumenters rättsliga ställning i utlandsanknutna avtal. Sammanfattningsvis kan konstateras att sådana regler i forumlandets lag eller i en annan närstående rättsordning kan inverka såväl på situationer där parterna har valt lag som i fall där de inte har gjort det, med följden att regler från fler än en rättsordning kan komma att användas vid bedömningen. Det har ovan gjorts gällande att vissa tvingande konsumentskyddsregler i svensk rätt kan tillämpas omedelbart (oavsett den i övrigt tillämpliga lagen) och att detsamma gäller internationellt tvingande regler i en utländsk rättsordning.

Medges må dock att det här finns utrymme för olika värderingar och att dessa kan utfalla olika från land till land. Att internationellt tvingande regler ökar i antal har att göra med att vissa sociala hänsynstaganden har fått allt större betydelse inom privaträtten vilket också slagit igenom i den internationella privaträtten. Utvecklingen ställer nya krav på lagstiftare, domstolar och praktiker. Det är framför allt viktigt att såväl gemenskapslagstiftaren som den svenska lagstiftaren i nya lagstiftningsprodukter beaktar frågan om internationellt tvingande regler.

Den beskrivna utvecklingen har medfört att konsumenters rättsliga ställning i vissa utlandsanknutna fall har stärkts. Konsumenter har i dag till följd av EG-rätten allt större möjlighet att åberopa en tillämpning av särskilda skyddsregler som inte tillhör avtalsstatutet. Det finns dock en viss risk för att ett sådant skydd i det praktiska rättslivet kan bli "tandlöst". Lösningen i lagvalsfrågan kan bli så komplicerad att rättstillämparen avstår från att göra bruk av internationellt tvingande regler. Vidare råder stor osäkerhet om och i så fall när en regel är internationellt tving-

[1459] Se även artikel 18 i Romkonventionen.
[1460] Se även Bogdan, TfR 1982, s. 48.

ande. Med tanke på behovet av att på förhand kunna veta lösningen av lagvalet bör internationellt tvingande regler användas försiktigt.

Utrymmet för att använda *ordre public*-förbehållet för att säkra ett önskvärt materiellrättsligt konsumentskydd synes vara begränsat. Förbehållet bör tillämpas mycket restriktivt för att inte undergräva förutsebarhet vid lagvalet och principen om rättsordningars likvärdighet. Behovet av ett sådant förbehåll synes dessutom vara ytterst begränsat inom EU i medlemsstaternas inbördes relationer till följd av gemenskapslagstiftning på området.

Summary

Konsumentskyddet över gränserna – särskilt inom EU
En internationellt privat- och processrättslig studie

Cross-border Consumer Protection – Especially within the European Union
A Study in Private International Law

Part I – General Part

Chapter 1 Introduction

Consumers frequently engage in cross-border transactions. This development is part of a general "europeanization" and "globalization". Increased travel and new means of communication, such as the Internet, have *inter alia* boosted international commerce with consumers. The legal position of a consumer in an international setting raises questions of private international law character: Where can a consumer turn if he or she wants to raise a complaint against a seller established in another country? Which law applies? Can a judgement or decision be recognized and enforced in another country than where it was initially delivered? Answers to these questions decide the protection afforded to a consumer in the individual cross-border case.

Cross-border consumer disputes raise problems absent in domestic disputes. Geographical distances, linguistic and cultural differences may render an amicable solution more difficult. Legal aid, translation of documents and resort to litigation in a foreign court can be too costly and time-consuming to even be considered in small claims disputes. For these reasons consumers may abstain from invoking legal rights. The problems described may also cause cross-border shopping to be less attractive for consumers. All in all, if consumers do not take advantage of increased choices and reduced prices that the intensification of competition on the European internal market is intended to bring, goals with the European Union are jeopardized. In order to accomplish an area of freedom, security and justice it is therefore essential that consumers contracting with

sellers in other European countries can rely on adequate protection as well as simple, swift and accessible ways of exercising legal consumer rights.

Cross-border consumer protection is thus an urgent question for the European Union in general. Different substantive rules to protect consumers have also evolved through EC-law, requiring the Member States to adjust the legal orders to these rules. If the rules are mandatory, the parties cannot thwart the protection afforded by the rules by contract in internal situations. The case is somewhat different in international situations. As is shown in Chapter 1, with help of examples, it is evident that the elevation of consumer protection on a substantive level is not adequately met on a private international law level. To some extent this can be explained by the fact that European private international law relating to consumer protection is quite narrow in scope. It can also be explained by the so-called party autonomy, *i.e.* the right of a party or parties to select the law applicable to a legal relationship in question. The choice of law is known as referring to the mandatory rules of the chosen law and as excluding the application of the mandatory rules of the otherwise applicable law. This can imply that mandatory rules of consumer protection are eluded, if the chosen law contains a lower level of consumer protection than the otherwise applicable law.

The aim of this thesis is to scrutinize the legal position of a consumer in cross-border contracts, *i.e.* treatment of private international law issues in contracts where one party is acting in a capacity of a consumer. The first part of the study, being of a more general character, deals with questions of jurisdiction, choice of law and enforcement and recognition in the light of relevant legislation. The second part of the study only concerns choice-of-law issues. The reason is that this part of private international law has developed rapidly through EC-law. The outcome is a fragmented patchwork of rules, which is hard to assess. According to this author's view the European private international law rules in the field of consumer protection is currently too complicated and does not, seemingly, correspond to consumers' interests of prompt and comprehensible solutions. These are essential preconditions for building consumers' confidence in the European market.

The thesis puts Swedish law in the center. However, Swedish law is almost entirely European law in the area of consumer protection. The Swedish material in this study is for that reason supplemented by European material of different hierarchy. Foreign material is also employed. The foreign material is mainly from Germany. However, material from other countries in the EU along with Switzerland and the United States is also used.

Chapter 2 Internal and International Consumer Contracts

This chapter describes and compares the concept of consumer and contractual situations subjected to protective consumer legislation in Swedish substantive and private international law. Only if a buyer is acting in a capacity of a consumer can he or she rely on the special protection afforded by rules relating to consumer rights. Moreover, the survey in this chapter is of importance as an overview of legal acts significant to a consumer's legal position in contract.

Consumer legislation, whether of substantive or private international law nature, is the result of considerations in favour of the weaker contractual party, the consumer. This kind of legislation is designed to level out a contractual imbalance before, during or after a contract is concluded. Nowadays, consumer legislation also has a significant internal market dimension. The full benefit of the single market will allegedly only be felt if consumers can exercise the option of making purchases anywhere within it under the assurance of a certain level of protection. Otherwise, uncertainty and reticent to unfamiliar legal rules may inhibit consumers from making purchases in other Member States.

When a country, such as Sweden, has consumer legislation originating not only in EC-law, but also in international conventions and autonomous law, inevitably, there is no uniform consumer concept. On the one hand, this does not seem to be a major practical problem in Swedish domestic disputes. On the other hand, when a case has connections to more than one legal order problems may occur. The survey shows that a buyer can be regarded as a consumer according to substantive law but not according to private international law. Consequently, general private international law rules apply and protective considerations behind substantive rules can be frustrated. What's more, the use of EC-minimum directives may amount to various definitions of a consumer in the Member States. Hence a buyer can be regarded as a consumer according to legislation in one Member State but not in another. This is detrimental to consumers' confidence in the single market.

The first part of the chapter focuses attention on Swedish substantive law. Prior to the implementation of the Council Directive (93/13/EEC) on Unfair Terms in Consumer Contracts in 1994, a consumer was not defined explicitly in Swedish legal Acts. Instead a legal addendum stated that the consumer had to act mainly for private purposes to benefit from certain mandatory rules. With the implementation of the Unfair Contract Terms-directive in Swedish law, the consumer was explicitly defined in the implementing Act as a physical person acting for purposes mainly outside trade or profession. This definition must ever since be regarded as the leading definition of a consumer in Swedish law. In Swedish *tra-*

vaux prépartoires it was, all the same, emphasized that no difference *in nuce* was intended between the two ways of defining a consumer. The types of consumer contracts or contractual situations that have been subjected to special protective legislation in Sweden are of a vastly varying nature. Mandatory rules concerning consumer protection in contracts can be found in the Act (1985:716) on Consumer Services, the Act (1990:932) on Consumer Purchases of Goods, the Act (1992:1672) on Package Travels, the Act (1992:830) on Consumer Credits, the Act (1994:1512) on Contract Terms in Consumer Relations, the Act (1997:218) on Consumer Protection Relating to Timeshare Contracts, the Act (2000:274) on Consumer Protection Relating to Contracts Concluded at a Distance and Doorselling Contracts and in Chapter 10 § 8 a) in the Code of Procedure (1942:740). This legislation is either comprehensive or only fragmentary. For example, in contracts for the purchase of goods consumers are granted wide-ranging protection pertaining to most contractual aspects of a purchase, whereas legislation relating to timeshare contracts is only partial and needs to be supplemented by other rules.

The second part of this chapter is preoccupied with Swedish private international law. The survey shows that the concept of consumer is generally more constricted in private international law than in substantive law. Surprisingly however, there are situations where a buyer is regarded as a consumer according to private international law but not in relation to substantive law. Differences between the consumer-concept in the central private international law instruments – the Brussels and Lugano Conventions, the Brussels I-Regulation and the Rome Convention – are also revealed. In the imminent revision of the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations it is therefore important to reconsider the concept in relation to the Brussels I-Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. The aspiration would be to achieve harmony between miscellaneous private international law instruments, which have a close connection. A weakness with the current private international legislation is that the protection is only triggered if a consumer, prior to the conclusion of the contract, was "sought out" by the seller in the country where the consumer is habitually resident. In principle, other contractual situations with consumers are not granted any special protection. That's why active market playing consumers are not afforded the same advantages as passive consumers.

Chapter 3 Consumer Protection According to Community Rules

This chapter contains three major sections and is the longest in the book. It describes private international law questions: jurisdiction, choice of law along with recognition and enforcement of foreign decisions. In this field Swedish private international law is almost entirely "europeanized". The relevance of the survey is explained by the fact that a consumer's legal position in cross-border contracts is dependent on several different factors in practice. The chapter purports to supply a "frame" for cross-border issues and private international law legislation imperative to consumers. Rules relevant to consumer protection are found in numerous instruments and Acts of different hierarchy in the Swedish legal order. It is therefore difficult to anticipate and evaluate the legal position of a consumer.

The first section of this chapter relates to access to justice in a broad sense. Access to justice in courts is compared to access to justice in the Swedish Board for Consumer Complaints (*Allmänna reklamationsnämnden*). The general trend is to simplify consumers' position by allowing a consumer to have a dispute heard in the country of the consumer's habitual residence. This trend is, for instance, solidly established in the Brussels I-Regulation in certain contractual situations. Nonetheless, litigation in courts is neither practical nor cost-effective for consumers and sellers alike. Therefore there is a demand for other forms of swift, inexpensive and accessible schemes of redress, that is alternative dispute resolution. The Board for Consumer Complaints works as an alternative to dispute resolution in courts in Sweden. According to its own discretion the Board can try cross-border consumer disputes. The decisions rendered are not binding on the parties; they are only recommendations. The Board for Consumer Complaints is part of the European Extra-Judicial Network (EEJ-Net) launched by the European Commission. The EEJ-Net sets out to facilitate consumers' access to alternative conflict resolution schemes in other Member States, Norway and Iceland. According to this author's opinion the launching of the EEJ-Net is one of the most important instruments for a properly functioning cross-border consumer protection in the European Union.

In the following section choice-of-law issues are studied and in particular some problems of general character. Party autonomy and its limitations in cross-border consumer contracts are deliberated. Attention is especially called to the Rome Convention and its Article 5 that is designed for certain consumer contracts. Arguments for and against different solutions to the construction of Article 5 are presented. The survey demonstrates that Article 5 is not suited for analogies. It is also argued that Article 5 does not allow a consumer to rely on mandatory rules in two

legal orders in situations where a contract contains a choice-of-law clause. Moreover, the study introduces other choice-of-law rules of EC-origin found in Swedish substantive Acts. These rules are § 13 in the Act (1994:1512) on Contract Terms in Consumer Relations, § 18 in the Act (1997:218) on Consumer Protection Relating to Timeshare Contracts, § 23 in the Act (2000:274) on Consumer Protection Relating to Contracts Concluded at a Distance and Doorselling Contracts, and as it appears following the implementation of the Directive (99/44/CE) of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees, § 48 in the Act (1990:932) on Consumer Purchases of Goods. Formally these rules supersede the Rome Convention. At present the choice-of-law rules do not apply in the Swedish Board for Consumers Complaints, as the Board only apply Swedish law. If the Board has jurisdiction then Swedish law applies. It is contended that this conception is contrary to the Commission Recommendation (98/257/CE) on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-court Settlement of Consumer Disputes, which the Board has pledged to follow as part of the EEJ-Net.

Conditions for applying choice-of-law rules in Swedish courts are touched upon. Consumer disputes are regarded as non-mandatory cases in Swedish courts, meaning that the choice-of-law rules and foreign law are applied only at a party's request. Arguments for and against this approach are presented and evaluated. If choice-of-law rules of EC-origin, and common to the Member States, are applied under different circumstances there is a risk that protective rules loose much of its effect.

The last section deals with recognition and enforcement of foreign judgements and decisions, albeit very superficially. Regarding court judgments the situation within the European Union has improved on the adoption of the Brussels I-Regulation. Recommendations delivered by the Board for Consumer Complaints can however not be enforced in other Member States. The possible negative consequences following hereby are mitigated by the simplification of access to alternative dispute resolution in other States participating in the EEJ-Net. EEJ-Net avoids problems in relation to enforcement of decisions delivered in alternative redress schemes by giving easy access to alternative dispute resolution in other countries.

Part II – Special Part

Chapter 4 Consumer Protection Relating to Goods

This chapter is the first one in the second part of the thesis only concerned with choice-of-law issues. It is also a very central chapter of the study as it relates to consumers' purchases of goods, the most common of all cross-border consumer contracts. This chapter, along with the three following, has a similar structure. Problems that consumers can run into when they engage in cross-border shopping are surveyed and illustrated by examples. By and large, the examples used are based on matters brought to Community Consumer Counsellors, the Swedish Euroguichet office (*Konsument Europa*), the Board for Consumer Complaints, the National Board for Consumer Policies (*Konsumentverket*) and the Foreign or Justice Departments. Consumer protection is examined according to the Rome Convention and the Swedish choice-of-law rules emanating in EC-directives in contracts containing a choice-of-law clause and in contracts with no such clause.

The survey shows that the protection against choice-of-law clauses in the Rome Convention is too narrow and sometimes even random. The consumer protection in the Convention is limited to three contractual situations in which passive consumers "sought out" by sellers in their home country are protected. Consumers that actively seek out sellers in other States are not protected by the Rome Convention. As a result, these types of consumer contracts are treated as international commercial contracts in general. According to the present author, this situation is no longer well adapted to the development of international trade with consumers in the European Union. A serious drawback, stemming from the limited consumer protection in the Convention, is that a far-reaching party autonomy is permitted in cases where a contract has all its relevant connections to the European Union. In other words, mandatory consumer protective rules can be thwarted even if the consumer is habitually resident in the European Union and the seller is established here. The Rome Convention is compared to Swiss choice-of-law rules. Swiss rules regarding the matter do not allow choice of law in certain types of consumer contracts. This author's opinion is that the Swiss solution is more pragmatic and better adjusted to realities in cross-border consumer disputes than the Rome Convention.

The flaws of Article 5 of the Rome Convention are, to a certain extent, lessened by conflict rules originating in EC-directives implemented in Swedish substantive Acts (these Acts are mentioned under Chapter 3). The relationship between the Rome Convention and the choice-of-law rules of EC-origin is complicated and has been criticized in the literature.

In the survey the relationship between the Rome Convention and the EC choice-of-law rules is evaluated. The evaluation shows that there is an interaction between the different set of rules and that the rules of EC-origin are dependent on the rules in the Rome Convention to operate. The former rules are for that reason described as incomplete, as they need to be supplemented by rules in the Rome Convention. Even though the EC choice-of-law rules are incomplete, they sometimes give consumers additional protection against choice-of-law clauses otherwise not available within the scope of the Rome Convention. Besides, the application of the choice-of-law rules of EC-origin does not require that a consumer was "sought out" by a seller. If the law applicable in absence of choice is a law within the EEA, and that law affords a consumer better protection than the chosen law in the field covered by the rule, the chosen law is restricted. The rules therefore presuppose comparative investigations between specific substantive rules in the chosen law and the otherwise applicable law. As the rules are incomplete and only refer to certain substantive rules in a specific Act, the chosen law stands in regard to other issues. This means that the Swedish choice-of-law rules of EC-origin impose a scission of the applicable law, so-called dépeçage.

As a remedy to the current complex situation the present author suggests a new rule to be inserted in the Rome Convention in the forthcoming revision under the auspices of the European Commission. The suggestion is intended to safeguard the application of consumer protective legislation of EC-origin in cases with a close connection to the European Union. Furthermore, the suggestion preserves the protection afforded by the choice-of-law rules originating in EC-directives even if the Rome Convention is turned into a Regulation.

How to determine the applicable law in absence of choice is also investigated. Arguments for and against the solution chosen in the Rome Convention are evaluated. Applying the legal order in the country where the consumer is habitually resident is well attuned to consumer disputes. In the area at hand the legal position of a consumer is solely determined by the Rome Convention. There are no choice-of-law rules originating in EC-directives, which interfere with the Rome Convention.

Chapter 5 Consumer Protection Relating to Services

This chapter discusses consumer protection in cross-border contracts for services and package travels. The chapter can be seen as a complement to Chapter 4.

Services have attracted little attention in Swedish literature in reference to private international law. One possible explanation for this is that

cross-border contracts for services have not caused as many problems as contracts for the purchase of goods. As a result, consumers contracting for services do not have the same kind of protection as consumers buying goods. Article 5 of the Rome Convention exempts contracts for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which the consumer is habitually resident. For instance, language courses and other types of courses performed in one country are exempted from the protection afforded by the Convention. The idea behind the exception is that a consumer cannot expect any protection in a situation where the services are performed exclusively in a foreign country, be it a Member State or a third country. According to the present author this motive is not convincing. Besides, the severe limitation is inconsistent. Ostensibly, it neither applies to contracts where services are to be performed in several foreign countries nor to provision of credit for services. As is illustrated in Chapter 5 the exception might be conducive to what is known as "law shopping through forum shopping", *i.e.* the plaintiff chooses courts with regard to where it can be presumed that the most advantageous choice-of-law rules apply. As is also described in the study the present situation is not entirely satisfactory, bearing in mind that the service-sector is one of the fastest growing sectors in the European Union. This field needs to be further explored.

Package travels are, still, somewhat less problematic from a private international point of view. Contracts for package travels are usually concluded with sellers established in the same country as the consumer. In such a case it would be distant to raise private international law issues. If cross-border contracts for package travels become more common, not the least due to an increased use of Internet, difficulties may arise. In contrast to services, package travels are granted protection according to the Rome Convention, but only under the situations specified in Article 5. According to the Explanatory Report the concept of package travel was difficult to delineate and it was left to national courts to decide its meaning. In the survey it is reasoned that the concept of package travel in the Convention should be brought in line with the same concept in the EC-directive (90/314/EEC) on package travel, package holidays and package tours. Whether or not these EC-rules are internationally mandatory are also touched upon, albeit briefly.

Chapter 6 Consumer Protection Relating to Internet Purchases

The structure of this chapter is on the whole the same as the previous ones, *i.e.* the legal position of a consumer is studied in situations where a contract contains a choice-of-law clause as well as in situations where no such choice exists.

Internet was held to be consumers' definite access to the internal European market. This technical evolution has however not quite effected consumers' shopping habits as rapidly as it was thought. Approximately three percent of Swedish consumers have actually shopped on the Internet. Nevertheless, after a period of introduction and safer payment-solutions, there are reasons to believe that Internet will be a more common way of contracting in the future.

In Sweden the private international law discussion in relation to Internet have been somewhat influenced by technology. To some extent the problems have also been over-exaggerated. This author searches for holistic solutions to problems that consumers can run into when they contract on the Internet. There seems to be no credible motives for differentiating contracts concluded on the Internet from other forms of contracts concluded at a distance. The creation of particularly designed rules for Internet purchases is in principle dismissed. Nevertheless, there are problems connected with Internet shopping that are more difficult to overcome than others, such as advertising. In order to apply the consumer protective rules in the Rome Convention, it is necessary that the seller advertises or sends a specific invitation to the consumer in the country where the consumer is habitually resident. Some authors find that a web-site placed on the Internet constitutes advertisement in a consumer's country. Others alike find that advertising on the Internet does not embody an offer in the country where the consumer is habitually resident, even if the consumer can access the web-site in that country. Arguments for and against different solutions are presented. The survey also shows that depending on the character of the purchase, the available consumer protection differs. Products that cannot be classified as tangible goods, and which are commonly sold on the Internet, are treated differently than goods. For an ordinary consumer these kinds of differences can be difficult to explain.

Chapter 7 Consumer Protection Relating to Timeshare

This chapter discusses timeshare, *i.e.* the purchase of a right to use an apartment or property for a certain limited period of time every year, usually for vacation purposes. Timeshare contracts are typically con-

cluded during vacation in another country by selling-methods unfamiliar to Swedish consumers.

Timeshare contracts raise problems of characterization (qualification). Characterization is a process of subordinating a dispute under a certain conflict rule. Normally this is not a problem. However, when it concerns timeshare disputes it can be a complicated question. The reason for this is that timeshare contracts are *sui generis* as they can include a mixture of different legal types such as services, usufruct, trust, rights *in rem*, associations, etc. It can therefore be difficult to know which choice-of-rule to apply. If different choice-of-law rules designate different legal orders, the solution to the characterization problem can be crucial to the legal position of a consumer. This issue has also initiated a debate in literature. Some authors are of the opinion that timeshare contracts are actually a consumer contract for services. Others mean that it is a right *in rem* or a usufruct as is relates to property and therefore the *lex rei sitae* should apply. Case law from the European Court of Justice affirms that a dispute regarding timeshare can be characterized as services if the value of the contractual obligation relating to services is higher than the value of the obligation relating to the use of the property. At a first glance this could be regarded as a rather consumer-friendly solution. However, the study shows that it is not a well-functioning solution to the problems timeshare contracts can raise. This follows from the fact that Article 5 of the Rome Convention exempts services that are to be performed exclusively in one country, which is usually the case with services relating to timeshare contracts. Even if a dispute is subordinated Article 5 it is exempted thereof and subordinated general choice-of-law rules. The survey evaluates the problems that appear as a consequence from this.

The effect of the Swedish conflict rule in § 18 in the Act (1997:218) on Consumer Protection Relating to Timeshare Contracts is also analyzed. The rule does not only effect contracts containing a choice-of-law clause, but also contracts without such a clause. If the property in which the timeshare right exists is located within the EEA and the applicable law is a legal order outside the EEA, the Swedish rules relating to timeshare are internationally mandatory and immediately applicable under the condition that Swedish rules give the consumer better protection. It is also demonstrated that the character of the substantive rules can vary. If the applicable law is a legal order within the EEA, the rules are not internationally mandatory, but "ordinary" mandatory rules and can be circumvented by the designation of another EEA-law. In these cases a consumer should be guaranteed a minimum level of protection afforded by the Directive (94/47/EC) of the European Parliament and the Council on the Protection of Purchasers in Respect of Certain Aspects of Contracts

Relating to the Purchase of Right to Use Immovable Properties on a Timeshare Basis. The problems entrenched with this dilemma is noted in the survey. Moreover, the impact of the timeshare protection does not seem to have produced concrete results for Swedish consumers. One explanation is that consumers do not regard traditional litigation as a viable way of redress to enforce legal rights.

To sum up, the market is still tainted with misleading information, surprise tactics and similar. It is evident that the substantive EC-legislation is not enough. Severe problems on the internal market continue to exist, which effect consumers' legal position. This raises the question on whether it is necessary to take other measures of a public law character in order to survey the market and the companies engaged in the timeshare industry.

Chapter 8 Internationally Mandatory Rules and Ordre Public

In this chapter the application of so-called internationally mandatory rules (*lois d'application immédiate*) and the principle of *ordre public* are analyzed as a means to protect consumers in cross-border cases.

The concept of internationally mandatory rules is different from "ordinary" mandatory rules. Internationally mandatory rules are fulfilling an essential purpose in their country of origin, and they are to be applied regardless of the content of the foreign applicable law. "Ordinary" mandatory rules are applied only if they belong to the *lex causae*. As a consequence they can be avoided by the parties' choice of another legal order or, in absence of a choice, if a conflict rule designates another legal system as applicable.

The chapter mainly deals with internationally mandatory rules, which have hitherto received frugal attention in the area of consumer law. After a description of the characteristics of the rules and the prerequisites for their application, focus is laid on Swedish rules of EC-origin. The intention is to find out whether there are rules relevant to consumer protection, which are to be given immediate application even though the law of another state governs a contract, when the case is tried in Sweden. The recent development and case law from the European Court of Justice indicate that internationally mandatory rules have increased in number and that they may play an important role in providing protection for consumers.

Of special interest are Swedish choice-of-law rules of EC-origin already mentioned. The rules referred to are § 13 in the Act (1994:1512) on Contract Terms in Consumer Relations, § 18 in the Act (1997:218) on Consumer Protection Relating to Timeshare-Contracts, § 23 in the Act (2000:274) on Consumer Protection Relating to Contracts Concluded at

a Distance and Doorselling Contracts, and as it seems, § 48 in the Act (1990:932) on Consumer Purchases of Goods. These choice-of-law rules regulate the extra-territorial scope of certain substantive rules in the Acts. The rules are discussed and arguments for and against different solutions are analyzed. All things considered, there are several reasons to believe that these rules determine when certain substantive rules of EC-origin can be regarded as internationally mandatory. It is beyond doubt that Swedish substantive rules in the Act (1997:218) on Consumer Protection Relating to Timeshare contracts are internationally mandatory in some situations. The Swedish legislator has explicitly stated this position.

There are, however, several Swedish substantive rules of EC-origin that lack an equivalent choice-of-law rule determining the extra-territorial scope of certain substantive rules. This is for instance the case with the rules in the Act (1985:716) on Consumer Credits and the Act (1992:1672) on Package Travels. The assumption would be that these rules are "ordinary" mandatory rules, as neither the EC-legislator nor the Swedish legislator has been explicit on the matter. Of special interest in this context is the case C-381/98, *Ingmar GB Ltd* v. *Leonard Technologies Inc.* The European Court of Justice ruled, on the whole, that a choice-of-law clause designating the law of a third country may not deprive an agent the protection afforded by the Council Directive (86/653/EEC) on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Agents if the agent carries out the work within the European Union. The EC-directive relating to agents does not include a choice-of-law rule as to its extra-territorial scope. The implications of the case seem to be that EC-legislation intended to protect a weaker party cannot be avoided by a choice-of-law clause designating a foreign law outside the EU if the contract has close connections to it and the competition on the internal market is at stake.

The preceding survey has mainly been concerned with internationally mandatory rules in *lex fori*, when a foreign law is *lex causae*. However, the preconditions for applying internationally mandatory rules in a foreign legal order which is neither the *lex fori* nor the *lex causae*, with which the contractual situation has a close connection, are also discussed. The analysis shows that the difficulties connected with internationally mandatory rules are apparent and that a court has power of discretion to decide whether or not to give effect to this kind of rules. This may hamper the quest for uniform international decisions.

An especially interesting and problematic question according to the present author is the relationship between Articles 5 and 7 in the Rome Convention. Article 7 concerns internationally mandatory rules in *lex fori* or in another legal system (which is neither *lex fori* nor *lex causae*).

The question is whether it is possible to apply internationally mandatory rules according to Article 7 if Article 5 applies and when it does not. Different solutions are presented and assessed.

The last section of this chapter is devoted to the principle of *ordre public* and its significance to cross-border consumer protection. The concept of *ordre public* refers to its negative function, whereas internationally mandatory rules are described as the positive side of *ordre public*. *Ordre public* is understood as allowing a court to set aside such provisions in the applicable foreign law which would lead to a result that would be manifestly incompatible with the foundations of the Swedish legal order. This exception is acknowledged in the Rome Convention and has by tradition been given a very limited scope. In addition, the need for such a "mechanism" to achieve a certain result has become lesser, as rules within the EU are being harmonized. The use of *ordre public* seems furthermore to be restricted by the existence of Articles 5 and 7 in the Rome Convention as well as the choice-of-law rules originating in EC-directives.

Käll- och litteraturförteckning

1 Officiellt tryck

a) EG-tryck

Report on the law applicable to contractual obligations, by Mario Giuliano and Paul Lagarde, EGT 1980 C 282/1 (cit. Giuliano & Lagarde).

COM (1993) 576 final. Green Paper, Access of Consumers to Justice and the Settlement of Consumer Disputes in the Single Market presented by the Commission.

COM (1995) 520 final. Proposal for a European Parliament and Council Directive.

COM (1997) 609 final. Towards greater efficiency in obtaining and enforcing judgments in the European Union.

COM (1998) 198. Communication from the Commission on "the out-of-court settlement of consumer disputes" and Commission recommendation on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes.

COM (1999) 348 final. Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

KOM (2000) 127 slutlig. Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet. Reklamationer från konsumenter med avseende på distansförsäljning och jämförande reklam. (Artikel 17 i direktivet 97/7/EG om distansavtal och artikel 2 i direktivet 97/55/EC om jämförande reklam.)

KOM (2000) 248 slutlig. Kommissionens rapport om tillämpning av rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal.

KOM (2001) 161 slutlig. Meddelande från kommissionen om att öka konsumenternas tillgång till alternativa förfaranden för reglering av tvister.

KOM (2001) 278 slutlig. Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet. Halvårsuppdatering av resultattavlan för framstegen i skapandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa i Europeiska unionen.

KOM (2001) 398 slutlig. Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet. Om europeisk avtalsrätt.
KOM (2001) 486 slutlig. Rapport från kommissionen om handlingsplanen för konsumentpolitiken 1999-2001 och den allmänna ramen för gemenskapens verksamheter till förmån för konsumenter 1999-2003.
KOM (2001) 531 slutlig. Grönbok om konsumentskyddet inom Europeiska unionen.
KOM (2001) 628 slutlig. Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet. Halvårsuppdatering av resultattavla för framstegen i skapandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa i Europeiska unionen. (Andra halvåret 2001.)
SEC (1999) 1795 final. Rapport om tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 94/47/EG av den 26 oktober 1994 om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis.
SEC (1999) 1800 final. Rapport om genomförandet av direktiv 90/314 om paketresor, semesterpaket och andra paketarrangemang i den nationella lagstiftningen i EG:s medlemsstater.
SEC (2000) 405. Commission Working Document on the creation of a European Extra-Judicial Network (EEJ-Net).
Consumer Policy in the Single Market. 2 ed. Office for Official Publications of the European Communities 1991.
European Commission, Directorate for Health and Consumer Protection, Hearing Door to door selling – Pyramid selling – Multilevel marketing, 15/16 March 2000 Bruxelles. Analysis of the Written Submissions prior to the Hearing and Statements made at the Hearing.
A Guide to Consumer Credit in Five Countries of the European Union: Germany, Belgium, Spain, France and the United Kingdom sammanställd av Science Pratique SA 1999.
Handlingsplan för konsumentpolitiken 1999–2001. Meddelande från kommissionen (cit. Handlingsplan för konsumentpolitiken 1999–2001).
Inventory of Community Acts Relating to Consumer Affairs and Consumer Health Protection: European Commission Consumer Policy and Consumer Health Protection. GD SANCO. Last Edition October 1999.
Written question No. 1562/97 by Ben Fayot, Viviane Reding to the Commission. Consumer credit – protection of non-residents by Belgian legislation.

b) Svenskt tryck

Prop. 1955:87	Förslag till lag om rätt för utländska bolag och föreningar att idka näring här i riket.
Prop. 1964:149	Kunglig Majestäts proposition till riksdagen med förslag till lag om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker m.m.
Prop. 1970:57	Kunglig Majestäts proposition till riksdagen med förslag till lag om otillbörlig marknadsföring, m.m.
Prop. 1973:129	Kunglig Majestäts proposition med förslag till lag om anställningsskydd, m.m.
Prop. 1973:138	Kunglig Majestäts proposition med förslag till konsumentköplag, m.m.
Prop. 1975/76:81	Förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.
Prop. 1976/77:110	Om ändring i lagen (1971:112) om förbud mot oskäliga avtalsvillkor.
Prop. 1976/77:123	Förslag till konsumentkreditlag m.m.
Prop. 1977/78:178	Regeringens proposition till lagstiftning om marknadsföringen av alkoholdrycker och tobaksvaror.
Prop. 1979/80:9	Om konsumentförsäkringslag, m.m.
Prop. 1979/80:119	Om preskriptionslag, m.m.
Prop. 1981/82:40	Om hemförsäljningslag.
Prop. 1982/83:117	Om erkännande och verkställighet av österrikiska domar på privaträttens område.
Prop. 1984/85:110	Konsumenttjänstlag.
Prop. 1986/87:89	Regeringens proposition om ett reformerat tingsrättsförfarande.
Prop. 1986/87:128	Lag om internationella köp.
Prop. 1988/89:76	Ny köplag.
Prop. 1989/90:89	Ny konsumentköplag.
Prop. 1991/92:83	Ny konsumentkreditlag.
Prop. 1992/93:95	Lag om paketresor.
Prop. 1994/95:17	Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden.
Prop. 1996/97:127	Konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende.
Prop. 1997/98:14	Romkonventionen – tillämplig lag för avtalsförpliktelser.
Prop. 1999/2000:89	Lag om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal.

Prop. 2000/2001:135 Handlingsplan för konsumentpolitiken 2001–2005.
Prop. 2001/02:107 Lag om grupprättegång.
Prop. 2001/02:134 Ändringar i konsumentköplagen.
SOU 1982:26 Delbetänkande av rättegångsutredningen. Översyn av rättegångsbalken 1. Processen i TINGSRÄTT. Del B. Motiv m.m.
SOU 1984:59 Näringsförbud. Betänkande av näringsförbudskommittén.
SOU 1999:106 Konsumenterna och IT – en utredning om datorer, handel och marknadsföring. Betänkande av Utredningen om konsumenträttigheter i IT-samhället.
Ds 1995:32. Svensk konsumentpolitik i EU-perspektiv.
Skr. 2001/02:148 Mål och inriktning för det svenska arbetet med konsumentfrågor i EU.
Justitiedepartementet, pressmeddelande Nr 56 1997-10-22.

c) Nordiskt tryck

TemaNord 1995:646 Timesharing.
TemaNord 1999:598 Shopping på Internettet.
TemaNord 2001:511 Ursprungslands- och effektlandsprincipen i den europeiska kollektiva konsumenträtten.
De nordiska konsumentombudsmännens gemensamma ståndpunkt om handel och marknadsföring på Internet. Konsumentverket/KO februari 1999.

2 Annan litteratur

Allmänna reklamationsnämnden, Undersökning av distansavtal, 1999-09-28, Änr 1999–5084, s. 1–4 (cit. ARN 1999-09-28, Änr 1999-5084)
Allmänna reklamationsnämndens årsbok 1992/1993.
Allmänna reklamationsnämndens årsbok 1993/1994.
Allmänna reklamationsnämndens årsbok 1999.
Allmänna reklamationsnämndens årsbok 2000.
Andersson, Torbjörn, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler. En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten. Ak. avh. Uppsala 1999 (cit. Andersson, Dispositionsprincipen).
– EG-domstolens avgörande i Océano-målet samt konsumenträtt och

forumregler i Sverige: ERT 2001, s. 565–573 (cit. Andersson, ERT 2001).
Anton, A.E., with Beaumont, P.R., Private International Law. A Treatise from the Standpoint of Scots Law. 2nd ed. Edinburgh 1990 (cit. Anton).
Arnt Nielsen, Peter, International privat- og procesret. København 1997 (cit. Arnt Nielsen, Dansk IP).
Audit, Bernard, Droit International Privé. Paris 1991 (cit. Audit).

von Bar, Christian, Internationales Privatrecht – Erster Band – Allgemeine Lehren und Zweiter Band – Besonderer Teil. München 1987 (cit. von Bar).
Beale, Hugh och Howells, Geraint, EC Harmonisation of Consumer Sales Law – A Missed Opportunity?: JCL 1997 s. 21–46 (cit. Beale & Howells, JCL 1997).
Basedow, Jürgen, The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam: CMLR 2000, s. 687–708 (cit. Basedow, CMLR 2000).
Bergström, Lars, Objektivitet. En undersökning av innebörden, möjligheten och önskvärdheten av objektivitet i samhällsvetenskapen. Lund 1976 (cit. Bergström).
Bernitz, Ulf, De Agostini II. Om TV-reklam och räckvidden av svensk marknadsrätt: ERT 1999, s. 363–367 (cit. Bernitz, ERT 1999.
– Kontraktsrätten, särskilt frågan om användning av standardavtal: SvJT 2001 s. 300–308 (cit. Bernitz, SvJT 2001).
– Standardavtalsrätt, 4:e uppl., Marknadsrättsförlaget 1987 (cit. Bernitz, Standardavtalsrätt).
– Svensk marknadsrätt. 3:e uppl. Stockholm 1991 (cit. Bernitz, Marknadsrätt).
– Svensk marknadsrätt, 2:a uppl. Stockholm 1986 (cit. Bernitz, Marknadsrätt 2:a uppl.).
– Svensk standardavtalsrätt och EG-direktivet om avtalsvillkor: SvJT 1995, s. 625–642 (cit. Bernitz, SvJT 1995).
Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, Europarättens grunder. Stockholm 1999 (cit. Bernitz & Kjellgren).
de Boer, Th. M., Beyond Lex Loci Delicti. Conflicts methodology and multistate torts in American case law. Amsterdam 1987 (cit. de Boer, Beyond Lex Loci Delicti).
– The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective: RabelsZ 1990, s. 24–62 (cit. de Boer, RabelsZ 1990).
– Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law: Rec. des Cours 1996:257, s. 235–421 (cit. de Boer, Rec. des Cours 1996:257).

Bogdan, Michael, 1980 års EG-konvention om tillämplig lag på kontraktsrättsliga förpliktelser – synpunkter beträffande den svenska inställningen: TfR 1982, s. 1–49 (cit. Bogdan, TfR 1982).
– EU-direktivet om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas intressen, SvJT 1998, s. 532–543 (cit. Bogdan, SvJT 1998).
– Fastighetsmäklare och svensk internationell konsumenträtt: SvJT 1995, s. 1–6 (cit. Bogdan, SvJT 1995).
– Gränsöverskridande marknadsföring via Internet: JT 2000-01, s. 621–625 (cit. Bogdan, JT 2000-01).
– Om konsten att implementera konsumentavtalsvillkorsdirektivets artikel 6 (2): SvJT 1996, s. 37–41 (cit. Bogdan, SvJT 1996).
– Individuella anställningsförhållanden i Sveriges nya internationella privaträtt – en översikt: SvJT 2001, s. 845–860 (cit. Bogdan, SvJT 2001).
– Kan en Internethemsida utgöra ett driftställe vid bedömningen av svensk domsrätt och tillämplig lag?: SvJT 1998, s. 825–836 (cit. Bogdan, SvJT 1998).
– Jurisdiktions- och lagvalsfrågor på Internet: Ny juridik 1999, s. 7–26 (cit. Bogdan, Ny juridik 1999).
– Kollektiva konsumentintressen i den internationella processrätten: JT 1994-95, s. 905–916 (cit. Bogdan, JT 1994-95).
– Marknadsföringslagens tillämplighet i EES-rättslig belysning: SvJT 1994, s. 277–288 (cit. Bogdan, SvJT 1994).
– Nordisk internationell konsumenträtt (Nord 1992:31). Köpenhamn 1992 (cit. Bogdan, Nord 1992:31).
– Oskäliga avtalsvillkor i gränsöverskridande konsumentavtal: SvJT 1995, s. 189–206 (cit. Bogdan, SvJT 1995).
– Ordre public, internationellt tvingande rättsregler och kringgåendeläran i EG-domstolens praxis rörande internationellt privaträtt: SvJT 2001, s. 329–346 (cit. Bogdan, SvJT 2001).
– Svensk internationell privat- och processrätt. 5:e uppl. Stockholm 1999 (cit. Bogdan, Svensk IP).
– Svensk internationell privat- och processrätt. 3:e uppl. Malmö 1990 (cit. Bogdan, Svensk IP 3:e uppl.).
– Tillämpligheten av avtalslagens 36 § i internationella förhållanden: Lov og Rett 1996, s. 114–122 (cit. Bogdan, Lov og Rett 1996).
– Utländsk konfiskation av upphovsrätt i Sverige: JT 1998-99, s. 640–649 (cit. Bogdan, JT 1998-99).
– Utrikeshandelns civilrättsliga grundproblem. Stockholm 1991 (cit. Bogdan, Utrikeshandelns civilrättsliga grundproblem).
Bonomi, Andrea, Mandatory Rules in Private International Law. The quest for uniformity of decisions in a global environment: YPIL 1999, s. 215–247 (cit. Bonomi, YPIL 1999).

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982 (cit. Botschaft).

Brilmayer, Lea, Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent; Conflict of Laws: MLR 1980, s. 392–431 (cit. Brilmayer, MLR 1980).

Bucher, Andreas, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé: Rec. des Cours 1993:II, s. 9–116 (cit. Bucher, Rec. des Cours 1993:II).

Böhmer, Andreas, Das deutsche Internationale Privatrecht des Timesharing. Tübingen 1993 (cit. Böhmer).

von Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG Kommentar – von Hans Hermann Eberstein, Günther Hager, Rolf Herber, Ulrich Hüber, Werner Junge, Hans G. Leser, Peter Schlechtriem, Ingeborg Schweizer, Hans Stoll, Herbert Stumpf herausgegeben von Peter Schlechtriem. München 1990 (cit. von Caemmerer/Schlechtriem).

Carlén-Wendels, Thomas, Nätjuridik. Lag och Rätt på Internet. Stockholm 1997 (cit. Carlén-Wendels, Nätjuridik).

– Några kommentarer till jurisdiktions- och lagvalsproblem på Internet: JT 1997-98, s. 883–889 (cit. Carlén-Wendels, JT 1997-98).

Cavers, David F., The Choice-of-Law Problem: HLR 1933, s. 174–208 (cit. Cavers, HLR 1933).

– Contemporary Conflicts Law in American Perspective: Rec. des Cours 1970:III, s. 77–302 (cit. Cavers, Rec. des Cours 1970:III).

Collins, Lawrence, Contractual Obligations – The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law: ICLQ 1976, s. 35–57 (cit. Collins, ICLQ 1976).

Consumer Law in the Information Society. Ed. Wilhelmsson. Kluwer Law International 2001 (cit. författare, Consumer Law in the Information Society).

Consumer Legislation in France. A Study prepared for the EC Commission. Calais-Auloy m.fl. 1981 (cit. författare, Consumer Legislation in France).

Contract Conflicts – The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study. Edited by P.M. North. Amsterdam, New York, Oxford 1982 (cit. författare, Contract Conflicts).

Cordes, Jørg och *Stenseng, Laila*, Hovedlinjer i internasjonal privatrett. Oslo 1999 (cit. Cordes & Stenseng).

Currie, Brainerd, Selected Essays on the Conflict of Laws. Durham 1963 (cit. Currie, Selected Essays).

Dennemark, Sigurd, Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål. Stockholm 1961 (cit. Dennemark).
Diamond, Aubrey L., Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations: Rec. des Cours 1986:IV, s. 233–308 (cit. Diamond, Rec. des Cours 1986:IV).
Dicey and Morris on the Conflict of Laws. 12th ed. under the general editorship of Lawrence Collins with special editors. 2 vol. London 1993 (cit. Dicey & Morris).

Editorial Comments: On the Way to a European Consumer Sales Law? CMLR 1997, s. 207–212 (cit. Editorial comments, CMLR 1997).
Eek, Hilding, Lagkonflikter i tvistemål. Metod och material i svensk internationell privaträtt. Stockholm 1972 (cit. Eek, Lagkonflikter i tvistemål).
Eletronic Commerce and International Jurisdiction. Ottawa, 28 February to 1 March 2000. Summary of Discussions prepared by Catherine Kessedijan with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada.
Enhancing the Legal Position of the European Consumer. Ed. Julian Lonbay. London och Birmingham 1996 (cit. författare, Enhancing the Legal Position of the European Consumer).
Eriksson, Anders och *Lambertz, Göran*, Konsumentkrediter. Kommentar till 1992 års konsumentkreditlag. Stockholm 1993 (cit. Eriksson & Lambertz).
Essays in Honour of Lennart Pålsson. Modern Issues in European Law. Nordic Perspectives. Ed. by Göran Melander. Norstedts 1997 (cit. författare, FS Pålsson).
European Private International Law. Ed. Bernd von Hoffmann. Nijmegen 1998 (cit. författare, European PIL).
The Europeanisation of International Private Law. Ed. Paul Lagarde et Bernd von Hoffmann. Köln 1996 (cit. författare, Europeanisation).
European Private International Law of Obligations. Acts and Documents of an International Colloquium on the European Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations held in Copenhagen on April 29 and 30 1974. Ed. Ole Lando. Tübingen 1975 (cit. författare, European PIL of Obligations).
Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht. Tagung des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung des Fachbereichs Rectswissenschaften der Universität Osnabrück am 6. und 7. April 1990 in Osnabrück. München 1991 (cit. författare, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht).

Festskrift till Anders Agell. Göteborg 1994 (cit. författare, FS Agell).
Festskrift till Gunnar Karnell. Stockholm 1999 (cit. författare, FS Karnell).
Festskrift til Ole Lando – Papers dedicated to Ole Lando. Köpenhamn 1997 (cit. författare, FS Lando).
Festskrift till Stig Strömholm. Del I och II. Göteborg 1997 (cit. författare, FS Strömholm).
Firsching, Karl und von Hoffmann, Bernd, Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts. 5 Aufl. München 1997 (cit. Firsching & von Hoffmann).
Fletcher, Ian F., Conflict of Laws and European Community Law: With Special Reference to the Community Conventions on Private International Law. Amsterdam. New York. Oxford 1985 (cit. Fletcher).
Flessner, Axel, Intressenjurisprudenz im internationalen Privatrecht. Tübingen 1990 (cit. Flessner).
Flessner, Axel och Kötz, Hein, Europäisches Vertragsrecht. Tübingen 1996 (cit. Flessner & Kötz).
Folcker, Annika, Plastklinik granskas: DN 29.12.2000 (cit. Folcker, DN 29.12.2000).

Gam, Henrik, Timeshare. København 1998 (cit. Gam).
Gaudemet-Tallon, Hélène, Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la convention C.E.E nº 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980): RTDE 1981, s. 215–285 (cit. Gaudemet-Tallon, RTDE 1981).
Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht. 1985 und 1986 veröffentlicht im Auftrage des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht von M. Ferid, G. Kegel und K. Zweigert. Frankfurt am Main 1989 (cit. Gutachten 1985 und 1986).
Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht. 1987 und 1988 veröffentlicht im Auftrage des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht von M. Ferid, G. Kegel und K. Zweigert. Frankfurt am Main 1990 (cit. Gutachten 1987 und 1988).
Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht. 1996 veröffentlicht im Auftrage des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht von U. Drobnig, M. Ferid und G. Kegel. Baden-Baden 1997 (cit. Gutachten 1996).

Harmonization of Private International Law by the E.E.C. Edited by K. Lipstein. London 1978 (cit. författare, Harmonization of PIL).

Hartley, Trevor C., Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach: Rec. des Cours 1997:VI, s. 345–425 (cit. Hartley, Rec. des Cours 1997:VI).
– Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared: ICLQ 1996, s. 271–292 (cit. Hartley, ICLQ 1996).
Hatzopoulos, Vassilis, Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services: CMLR 2000, s. 43–82 (cit. Hatzopoulos, CMLR 2000).
Hay, Peter, Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflict of Law: Rec. des Cours 1991:I s. 291–412 (cit. Hay, Rec. des Cours 1991:I).
Heine, Kasper och Hedebrink, Jacob, Klagenævnet for domænenavne: UfR 2001, s. 55–57 (cit. Heine & Hedebrink, UfR 2001).
Hellner, Jan, CISG i den rättsvetenskapliga litteraturen: JT 1996-97, s. 5–20 (cit. Hellner, JT 1996-97).
Hellner, Jan och *Ramberg, Jan*, Speciell avtalsrätt I – Köprätt. Stockholm 1989 (cit. Hellner & Ramberg).
Hellner, Michael, Internationell konkurrensrätt. Om främmande konkurrensrätts tillämplighet i svensk domstol. Ak. avh. Uppsala 2000 (cit. M. Hellner).
Herre, Johnny, Framtida lagstiftningsarbete på köprättens område: SvJT 2000, s. 306–318 (cit. Herre, SvJT 2000).
Herre, Johnny, under medverkan av Jan Ramberg, Konsumentköplagen. En Kommentar. Stockholm 1999 (cit. Herre, Konsumentköplagen).
Heuman, Lars, Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder. Lund 1980 (cit. Heuman).
Hjerner, Lars, Främmande valutalag och internationell privaträtt. Stockholm 1965 (cit. Hjerner).
von Hoffmann, Bernd, Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen: RabelsZ 1974, s. 396–420 (cit. von Hoffmann, RabelsZ 1974).
– Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich: IPRax 1989, s. 261–271 (cit. von Hoffmann, IPRax 1989).
Hoffmann, Helmut, Entwicklung des Internet-Rechts: Beilage zu Heft 14/2001 (cit. Hoffman, NJW 2001).
Hondius, Ewoud och *Shelhaas, Harriet*, In conformity with the Consumer Sales Directive? Some remarks on transposition into Dutch Law: ERPL 2001, s. 327–336 (cit. Hondius & Schelhaas, ERPL 2001).
Howells, Geraint och *Willhelmsson, Thomas*, EC Consumer Law. Dartmouth 1997 (cit. Howells & Wilhelmsson).
Hultmark, Christina, Ny distansavtalslag: JT 2000-2001, s. 48–62 (cit. Hultmark, JT 2000-01).

– Elektronisk handel och avtalsrätt. Stockholm 1998 (cit. Hultmark, Elektronisk handel).
– Konsumentskydd på Internet – rättsekonomiska synpunkter: JT 1998-99, s. 80–89 (cit. Hultmark, JT 1998-99).

Internationales Verbraucherschutzrecht, Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz. Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert-Facilides, herausgegeben von Anton Schnyder, Helmut Heiss und Bernhard Rudisch. Tübingen 1995 (cit. författare, Internationales Verbraucherschutzrecht).
Ioriatti, Elena, Court of Justice of the European Community 22 April 1999, Travel Vac SL v. Manuel José Antelm Sanchis – The application of Directive 85/577 on contracts negotiated away from business premises to contracts of purchase of time-shares: ERPL 2001, s. 441–448 (cit. Ioratti, ERPL 2001).
IPR und Rechtsvergleichung. Ein Studien- und Übungsbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und zur Rechtsvergleichung von Koch und anderen. München 1996 (cit. IPR und Rechtsvergleichung).

Jareborg, Nils, Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001 (cit. Jareborg).
Jayme, Erik, Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien: Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht: IPRax 1990, s. 220–222 (cit. Jayme, IPRax 1990).
– Neues Internationales Privatrecht für Timesharing-Verträge – Zum Teilzeit-Wohnrechtsgesetz vom 20.12.1996: IPRax 1997, s. 149–152 (cit. Jayme, IPRax 1997).
– Prozessuale Hindernisse für Timesharing-Anbieter in Auslandsfällen: IPRax 1996, s. 87–88 (cit. Jayme, IPRax 1996).
– "Timesharing-Verträge" im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: IPRax 1995, s. 234–238 (cit. Jayme, IPRax 1995).
Jayme, Erik et Kohler, Christian, Europäisches Kollisionsrecht 1997 – Vergemeinschaftung durch "Säulenwechsel"?: IPRax 1997, s. 385–401 (cit. Jayme & Kohler, IPRax 1997).
– Europäisches Kollisionsrecht 1996 – Anpassung und Transformation der nationalen Rechte: IPRax 1996, s. 377–389 (cit. Jayme & Kohler, IPRax 1996).
– Europäisches Kollisionsrecht 1995 – Der Dialog der Quellen: IPRax 1995, s. 343–354 (cit. Jayme & Kohler, IPRax 1995).
– Europäisches Kollisionsrecht 1994: Quellenpluralismus und offene Kontraste: IPRaz 1994, s. 405–415 (cit. Jayme & Kohler, IPRax 1994).

– L'interaction des règles de conflit contenues dans les droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome, Rev. crit. dip. 1995, s. 1–40 (cit. Jayme & Kohler, Rev. crit. dip. 1995).
– Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 – Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien: IPRax 1993, s. 357–371 (cit. Jayme & Kohler, IPRax 1993).
Joerges, Christian, The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines – an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: ERPL 1995, s. 175–191 (cit. Joerges, ERPL 1995).
Johnssén, Gustav, Rättsliga aspekter på förekomsten av s.k. cookies i myndigheters datoriserade informationssystem: JT 2000-01, s. 63–77 (cit. Johnssén, JT 2000-01).
Joustra, Carla A., De internationale consumentenovereenkomst. Utrecht 1997.
– Jurisdiction in Consumer Disputes under the Brussels Convention: Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration Haag 1994, s. 233–249 (cit. Joustra, Comparability and Evaluation).
Juenger, F.K., General Course on Private International Law, Rec. des Cours 1985:IV, s. 119–388 (cit. Juenger, Rec. des Cours 1985:IV).
– The Interamerican-Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons: AJIL 1994, s. 381–393 (cit. Juenger, AJIL 1994).
Julebog 1999. Juridisk Institut – Julebog 1999. Danmark 1999 (cit. författare, Julebog 1999).
Jänterä-Jareborg, Maarit, Mot en europeisk (internationell) familjerätt: JT 2001–02, s. 48–75 (cit. Jänterä-Jareborg, JT 2001–02).
– Om makars egendomsordning i amerikansk internationell privaträtt – Lösningsmodeller för Europa?: JFT 1984 (cit. Jänterä-Jareborg, JFT 1984).
– När är harmoniserade gemenskapsregler internationellt tvingande? Reflexioner föranledda av målet Ingmar GB Ltd. och Eaton Leonard Technologies Inc.: ERT 2001, s. 403–412 (cit. Jänterä-Jareborg, ERT 2001).
– Internationell familjerätt, SvJT 2000, s. 281–298 (cit. Jänterä-Jareborg, SvJT 2000).
– Internationellt tvingande civilrättsregler, fastighetsförmedling och konsumenter – några reflexioner: SvJT 1995, s. 374–384 (cit. Jänterä-Jareborg, SvJT 1995).
– Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning. En internationellt-privaträttslig studie. Ak. avh. Uppsala 1989 (cit. Jänterä-Jareborg, Partsautonomi).

– Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie. Uppsala 1997 (cit. Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt).

Karlgren, Hjalmar, Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt. 2:a upplagan. Lund 1960.

Kassis, Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux. Paris 1993 (cit. Kassis).

Kaye, Peter, The New Private International Law of Contract of the European Community. Aldershot 1993 (cit. Kaye).

Kegel, Gerhard, The Crisis of Conflict of Laws: Rec. des Cours 1964:II, s. 180–207 (cit. Kegel, Rec. des Cours 1964:II).

Kleinschmidt, Peter M., Zur Anwendbarkeit zwingenden Rechts im internationalen Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Absatzmittlungsverträgen. Eine Untersuchung zu § 187 Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) und Art. 7 EG-VertragsR-Übk von 1980. München 1985 (cit. Kleinschmidt).

Klingsporn, Burkhard, Der Schutz des Verbrauchers im internationalen Privatrecht: ZWB 1994, s. 1093–1101 (cit. Klingsporn, ZWB 1994).

Knöfel, Suzanne, EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and Incompatabilities Between Conflicts Rules: ICLQ 1998, s. 439–445 (cit. Knöfel, ICLQ 1998).

Konsument Europas årsrapport 2001.

KOV/KO, PM Timeshare 95-03-27.

Kronke, Herbert, Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR. Zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie: RIW 1996, s. 985–993 (cit. Kronke, RIW 1996).

Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht. 3 Aufl. Tübingen 1997 (cit. Kropholler).

– Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei: RabelsZ 1978, s. 634–661 (cit. Kropholler, RabelsZ 1978).

Kruisinga, Sonia A., What do consumer and commercial sales law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on contracts for the international sale of goods: ERPL 2001, s. 177–188 (cit. Kruisinga, ERPL 2001).

Lagarde, Paul, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980: Rev. crit. dip. 1991, s. 287–340 (cit. Lagarde, Rev. crit. dip., 1991).

– Public Policy. IECL. Private International Law. Volume III, Chapter 11. Tübingen 1994 (cit. Lagarde, IECL 1994).

Lambertz, Göran, Lagstiftningsprocessen i en internationaliserad värld – problem och möjligheter: SvJT 2000, s. 236–249 (cit. Lambertz, SvJT 2000).
Lando, Ole, Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflict of Laws: Mélanges de droit compare en l'honneur du doyen Åke Malmström. Stockholm 1972, s. 141–158, (cit. Lando, FS Malmström).
– Contracts. IECL. Private International Law. Volume III, Chapter 24. Mouton 1976 (cit. Lando, IECL 1976).
– The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations: RabelsZ 1974, s. 6–55 (cit. Lando, RabelsZ 1974).
– The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: CMLR 1987, s. 159–214 (cit. Lando, CMLR 1987).
– The eternal crisis: Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, s. 361–379 (cit. Lando, FS Drobnig).
– Handelsagenter og international privatret: UfR 1999, 588–517 (cit. Lando, UfR 1999).
– Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations: KCLJ 1996–1997, s. 55–74 (cit. Lando, KCLJ 1996–97).
– Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law: ERPL 2000, s. 59–69 (cit. Lando, ERPL 2000).
Larsson, Marie, Lagvalsregler för försäkringsavtal, NfT 1996/4, s. 386–402 (cit. Larsson, NfT 1996/4).
Lasok, D., och Stone, P.A., Conflict of Laws in the European Community. Abingdon 1987 (cit. Lasok & Stone).
Law and Internet. Regulating cyberspaces. Ed. by Lilian Edwards and Charlotte Waelde. Oxford 1997 (cit. författare, Law and Internet).
Leflar, Robert A., Choice-influencing Considerations in Conflicts of Law: NYULR 1966, s. 267–327 (cit. Leflar, NYULR 1966).
Lewis, Xavier, The Protection of Consumers in European Community Law:YEL 1992, s. 139–174 (cit. Lewis, YEL 1992).
Liber Amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law. Editors Alegría Borras m.fl. Kluwer Law International 1996 (cit. författare, Liber Amicorum Droz).
Lindberg, Agne och *Westman, Per*, Praktisk IT-rätt. 2 uppl. Stockholm 1999 (cit. Lindberg & Westman).
Lindblom, Per-Henrik, Konsumentmål. En rapport och två utredningar om konsumenters processuella rättsskydd. Stockholm 1985 (cit. Lindblom, Konsumentmål).
– Studier i processrätt. Stockholm 1993 (cit. Lindblom, Studier i processrätt).
Lindell, Bengt, Civilprocessen. Uppsala 1998 (cit. Lindell).

Lindskoug, Patrik, Internationellt privat- och processrättsliga regler vid konsumenthandel på Internet: JT 1998–1999, s. 869–893 (cit. Lindskoug, JT 1998-99).
Lipstein, Kurt, Characterization. IECL. Private International Law. Volume III, Chapter 5. Tübingen 1999 (cit. Lipstein, IECL 1999).
Lundberg, Johan, Internet, domännamn och svensk rätt – särskilt om så kallade domänstölder. Uppsala 1997 (cit. Lundberg).
Lüderitz, Alexander, Internationaler Verbraucherschutz in Nöten: IPRax 1990, s. 216–219 (cit. Lüderitz, IPRax 1990).

van der Maerwe, C.G., Apartment Ownership/Trust. IECL. Private International Law. Volume VI, Chapter 5. Tübingen 1994.
Malmström, Åke, Det s.k. kvalifikationsproblemet inom den internationella privaträtten. En principundersökning. Uppsala 1938 (cit. Malmström, Det s.k. kvalifikationsproblemet inom den internationella privaträtten).
Mankowski, Peter, Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht: IPRax 1991, s. 305–313 (cit. Mankowski, IPRax 1991).
– Gerichtsstand der rügelosen Einlassung in europäischen Verbrauchersachen?: IPRax 2001, s. 310–315 (cit. Mankowski, IPRax 2001).
– Keine örtliche Ersatzzuständigkeit der Hauptstadtgerichte für Verbrauchersachen unter dem EuGVÜ – oder: Tod einer Theorie in Berlin: IPRax 2001, s. 33–37 (cit. Mankowski, IPRax 2001).
– Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht: RabelsZ 1999, s. 203–294 (cit. Mankowski, RabelsZ 1999).
Martinek, Michael, Das neue Teilzeit-Wohnrechtegesetz – missratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen: NJW 1997, s. 1393–1399 (cit. Martinek, NJW 1997).
Maxwell, Francis, Everything you want to know about timeshare, but were afraid to ask!! Paramount Leisure Enterprise Limited 1993 (cit. Maxwell).
Mayer, Pierre, Droit International Privé, 4 ed. Montchrestien 1991 (cit. Mayer).
Mellqvist, Mikael och Persson, Ingemar, Fordran och Skuld. Uppsala 1989 (cit. Mellqvist & Persson).
Mickwitz, Erik, Elektronisk handel och konsumentintresset. JFT 1999, s. 181–186 (cit. Mickwitz).
Michaels, Ralf und Kamann, Hans-George, Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR: JZ 1997, s. 601–609 (cit. Michaels & Kamann, JZ 1997).
Morse, C.G.J., Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention, ICLQ 1992, s. 1–11 (cit. Morse, ICLQ 1992).

Mühl, Margarete, Zum Problem der kollisionsrechtlichen Beachtung zwingender Vorschriften gem. § 12 AGBG und Art. 7 des europäischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendene Recht: FS Mühl (cit. Mühl, FS Mühl).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche Internationales Privatrecht. 2. Auflage. Redakteur Hans Jürgen Sonnenberger. München 1990 (cit. författare, Münchener Kommentar).

Mäsch, Gerald, Gran Canaria und kein Ende – Zur Sonderanknüpfung vorkonsensualer Elemente im internationale Vertragsrecht nach Art. 31 Abs. 2 EGBGB: IPRax 1995, s. 371–374 (cit. Mäsch, IPRax 1995).

– Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB. Berlin 1993 (cit. Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz).

– Die Time-Sharing-Richtlinie. Licht und Schatten im Europäischen Verbraucherschutzrecht: EuZW 1995, s. 8–14 (cit. Mäsch, EuZW 1995).

Nørgaard, Jørgen, Kommentarer til højesteretsdomme afsagt i tiden december 1994-marts 1995: UfR 1995, s. 409–417 (cit. Nørgaard, UfR 1995).

North, Peter, Private International Law: Change or Decay?: ICLQ 2001, s. 477–508 (cit. North, ICLQ 2001).

Olsen, Lena, Konsumentskyddets former. Uppsala 1995 (cit. Olsen, Konsumentskyddets former).

– Mot en ny konsumtionsrätt?: JT 2000-2001, s. 304–330 (cit. Olsen, JT 2000–2001).

von Overbeck, Alfred E., The New Swiss Codification of Private International Law. Kluwer 1992 (cit. von Overbeck).

Peczenik, Aleksander, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Stockholm 1995 (cit. Peczenik, Vad är rätt?).

Perspectives of Critical Contract Law. Ed. Thomas Wilhelmsson. Dartmouth 1993 (cit. författare, Perspectives of Critical Contract Law).

Philip, Allan, Om domstolenes anvendelse af fremmed ret: UfR 1960 B, s. 149–166 (cit. Philip, UfR 1960).

– EU-IP. Europæisk International Privat- og Procesret, 2 uppl. Köpenhamn 1994 (cit. Philip, EU-IP).

– Kommentar till international privatretlig dom: UfR 1988, s. 426–429 (cit. Philip, UfR 1988).

Pinna, Andrea, La transposition en droit français: ERPL 2001, s. 223–237 (cit. Pinna, ERPL 2001).

Plender, Richard, The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts. London 1991 (cit. Plender).
Prehn, Lone, Domænenavnskonflikter – en oversigt: UfR 2001, s. 52–54 (cit. Prehn, UfR 2001).
Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amoricum Kurt Siehr. Ed. by Jürgen Basedow, Isaak Meier, Anton K. Schnyder, Talia Einhorn, Daniel Girsberg. Haag 2000 (cit. författare, Private Law).
Pålsson, Lennart, Bryssel- och Luganokonventionerna. Stockholm 1995 (cit. Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna).
– Utkast till EG-konvention om tillämplig lag på kontraktsrättsliga förpliktelser: Värdering från svensk synpunkt: NordTIR 1980, s. 152–171 (cit. Pålsson, NordTIR 1980).
– Haltande äktenskap och skilsmässor. Komparativa studier över internationellt privaträttsliga problem beträffande äktenskap och skilsmässor med territoriellt begränsad giltighet. Ak. avh. Lund 1966 (cit. Pålsson, Haltande äktenskap).
– Nya lagvalsregler för försäkringsavtal: SvJT 1993, s. 43–63 (cit. Pålsson, SvJT 1993).
– Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna: SvJT 1997, s. 109–133 (cit. Pålsson, SvJT 1997)
– Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna: SvJT 2000, s. 709–726 (cit. Pålsson, SvJT 2000).
– Nyare rättspraxis till Bryssel- och Luganokonventionerna: SvJT 2001, s. 578–594 (cit. Pålsson, SvJT 2001).
– Revisionen av Bryssel- och Luganokonventionerna: SvJT 2001, s. 373–396 (cit. Pålsson, SvJT 2001).
– Romkonventionen – Tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Stockholm 1998 (cit. Pålsson, Romkonventionen).
– Svensk rättspraxis. Internationell privat- och processrätt 1991–1995: SvJT 1996, s. 593–634 (cit. Pålsson, SvJT 1996).
– Svensk rättspraxis, internationell privat- och processrätt 1996–2000: SvJT 2001, s. 770–805 (cit. Pålsson, SvJT 2001).
– Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt. Norstedts 1986.

Ramberg, Jan och Herre, Johnny, Internationella köplagen (CISG). Stockholm 2001 (cit. Ramberg & Herre).
Rammeloo, Stephan, Das neue EG-Vertragskollisionsrecht. Die Artt. 4, 5 und 6 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980. Eine rechtsvergleichende Analyse objektiver Vertragsanknüpfungen. München 1992 (cit. Rammeloo).

Reich, Norbert, European Consumer Law and its Relationship to Private Law: ERPL 1995, s. 285–305 (cit. Reich, ERPL 1995).
Remien, Olivier, European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice: CMLR 2001, s. 53–86 (cit. Remien, CMLR 2001).
Roth, Wulf-Henning, Angleichung des IPR durch sekundäres Gemeinschaftsrecht: IPRax 1994, s. 165–174 (cit. Roth, IPRax 1994).
– Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht: RabelsZ 1991, s. 623–673 (cit. Roth, RabelsZ 1991).
Rusche, Tim, Der "enge Zusammenhang" im Sinne des Art. 29 a EGBGB: IPRax 2001, s. 420–425 (cit. Rusche, IPRax 2001).

Schlechtriem, Peter, Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf: JZ 1997, s. 441–447 (cit. Schlechtriem, JZ 1997).
Schnyder, Anton K., Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrecht im Internationalen Privatrecht. Unter besonderer Würdigung des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz. Zürich 1981 (cit. Schnyder).
Schlesinger, Rudolf, A Current Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law: CLR 1973, s. 1–26 (cit. Schlesinger, CLR 1973).
Schmidt, Marek, Privatrechtangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden: RabelsZ 1995, s. 569–597 (cit. Schmidt, RabelsZ 1995).
Schurig, Klaus, Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts. Berlin 1981 (cit. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht).
– Zwingendes Recht, "Eingriffsnormen" und neues IPR: RabelsZ 1990, s. 217–250 (cit. Schurig, RabelsZ 1990).
Seipel, Peter, IT-utvecklingen, det nationella handlingsutrymmet och behovet av internationell reglering: SvJT 2000, s. 270–276 (cit. Seipel, SvJT 2000).
Siesby, Erik, Lærbog i International privatret. Almindelig del og formueret. 2 udgave. København 1989 (cit. Siesby).
Sigurðsson, Guðmundur, Pakkereisekontrakter. EF's pakkereisedirektiv og den nordiske lovgivningen. Ak. avh. Oslo 1995 (cit. Sigurðsson).
Sisula-Tulokas, Lena, Mot en europeisk avtalsrätt: JFT 1999, s. 372–378 (cit. Sisula-Tulokas, JFT 1999).
Sivesand, Hanna, Sweden – delayed reforms due to the Consumer Sales Directive?: ERPL 2001, s. 359–367 (cit. Sivesand, ERPL 2001).
de Sousa, Maria Constança Dias Urbano, Das Timesharing an Ferienimmobilien in der EU. Eine rechtsvergleichende Studie unter Berück-

sichtigung der Timesharing – Richtlinie (94/47/EG). Baden-Baden 1998 (cit. Sousa).
Spindler, Gerald, Kapitalmarktgeschäfte im Binnenmarkt. Der Einfluss der E-commerce-Richlinie auf das Internationale Vertragsrecht: IPRax 2001, s. 400–411 (cit. Spindler, IPRax 2001).
Staudenmayer, Dirk, The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law: ERPL 2000, s. 547–564 (cit. Staudenmayer, ERPL 2000).
Stuyck, Jules, European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or Beyond the Internal Market: ERPL 2000, s. 367–400 (cit. Stuyck, ERPL 2000).
Strömholm Stig, Ideer och tillämpningar. Studier i allmän rättslära. Stockholm 1978, s. 315–331 (cit. Strömholm, Idéer och tillämpningar).
– Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. 5 uppl. Stockholm 1996 (cit. Strömholm).
Svenné Schmidt, Torben, International formueret. 2. udgave. København 2000 (cit. Svenné Schmidt, International formueret).
Svenska Postorderföreningen Nr 1 1999.
The Swiss Chamber of Commerce. Swiss Federal Act on International Private Law. English Translation of Official Text. Zurich 1989.

Thue, Helge Johan, Irma-Mignon-formelen. En konfliktskapende regel: TfR 1965, s. 587–610 (cit. Thue, TfR 1965).
– Ordre public og lov om internasjonalt løsøreskjøp: Lov og Rett 1965, s. 143–144 (cit. Thue, Lov og Rett 1965).
– Rettstenkning inter-esse. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-års dag. Otta 1986, s. 716–724 (cit. Thue, FS Eckhoff).
Towards a European Civil Code, ed. Arthur Hartkamp m.fl., 2nd ed. Nijmegen 1998 (cit. författare, Towards a European Civil Code).
Tuchler, Michael, Access to Justice. Austria. Place of Damage versus Consumers' jurisdiction – court case: CLJ 2000, s. 211–212 (cit. Tuchler, CLJ 2000).

Utkast till skriftligt yttrande till Europeiska gemenskapernas domstol, daterat 2002-03-27 (cit. Utkast till yttrande).
Utterström, Thomas, Marknadsrättsligt konsumentskydd, Norstedts juridiska handbok, 17 uppl. 2001, s. 457–502 (cit. Utterström).

Vischer, Frank, The Antagonism Between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts: Rec. des Cours 1974 II: s. 1–70 (cit. Vischer, Rec. des Cours 1974:II).
– Connecting Factors. IECL. Private International Law. Volume III, Chapter 4. Tübingen 1999 (cit. Vischer, IECL 1999).

– General Course on Private International Law: Rec. des Cours 1992:I, s. 11–246 (cit. Vischer, Rec. des Cours 1992:I).
– Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz: RabelsZ 1989, s. 438–461 (cit. Vischer, RabelsZ 1989).
Wallberg, Knud, Løsning af domænenavnskonflikter under de åbne internationale topdomæner: UfR 2001, s. 47–51 (cit. Wallberg, UfR 2001).
Watterson, Stephen, Consumer Sales Directive 1999/44/EC – The impact on English Law: ERPL 2001, s. 197–221 (cit. Watterson, ERPL 2001).
Weatherill, Stephen, EC Consumer Law and Policy. Harlow 1997 (cit. Weatherill, EC Consumer Law and Policy).
– Prospects for the Development of European Private Law Through 'Europeanisation' in the European Court – the Case of Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: ERPL 1995, s. 307–328 (cit. Weatherill, ERPL 1995).
Weisner, Arnd, Die EG-Kaufrechtsgewährleistungsrichtlinie: JuS 2001, s. 759–764 (cit. Weisner, JuS 2001).
Wilhelmsson, Thomas, Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Helsingfors 1987 (cit. Wilhemsson, Social civilrätt).

Zweigert, Konrad, Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws?: UCLR 1973, s. 283–299 (cit. Zweigert, UCLR 1973).
Zweigert, Konrad och Kötz, Hein, An Introduction to Comparative Law. 2nd ed. Oxford 1992 (cit. Zweigert & Kötz).

Åbyhammar, Marianne, Swedish Consumer Agency/Consumer Ombudsman, 4 May 2000. Swedish view on Clearing Houses and EEJ-Net: /europa.eu.int/comm/consumer...acce_just/acce_just07_swed_en.html/ (cit. Åbyhammar).
Åkerman, Richard och Thunman, Åsa, Jurisdiktion- och lagvalsproblem på Internet: JT 1997–98, s. 432–477 (cit. Åkerman & Thunman, JT 1997–98).
Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. August 1997. Oslo 1997 (cit. författare, FS Lassen).

Örtenhed, Kristina, Hemvistbegreppet. Uppsala 1991 (cit. Örtenhed).
Överenskommelse mellan Konsumentverket och Svenska Rese- och Turistindustrins Samarbetsorganisation som gäller fr.o.m. den 2 februari 1993.

3 Opublicerat material

ARN Änr 1997-6645
ARN Änr 1999-6894
ARN Änr 1999-6117SL
ARN Änr 1999-2224
KOV, Direkt 1 juli 1999
KOV, Dnr 96/K3494
KOV/KO, Dnr 98/K2492
KOV/KO, Dnr 98/K3090
KOV/KO, Ink. 1999-12-15
Konsument Europa, Änr 2001-000118
Falu tingsrätt, akt T557/99
Utrikesdepartementet, 75/012 Änr R 133 Ds (cit. UD/IRK, R 133 Ds)
Utkast till skriftligt yttrande till Europeiska gemenskapernas domstol 2002-03-27.
Arbetspromemoria från Justitiedepartementet, Verkställighet av utländska domar på privaträttens område.

4 Användbara Internetadresser

http://www.arn.se/
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html/
http://www.consumersinternational.org/
http://europa.eu.int/
http://www.nada.kth.se/dataterm/
http://www.timeshare.org.uk/eurolaw.html/

5 EG-domstolens avgöranden

C-12/76	*Industrie Tessili Italiana Commo* mot *Dunlop AG*
C-14/76	*De Bloos, SPRL* mot *Société en Commandite par actions Bouyer*
C-150/77	*Betrand* mot *Paul Ott KG*
C-150/80	*Elefanten Schuh GmbH* mot *Pierre Jacqmain*
C-38/81	*Effer SpA* mot *Hans-Joachim Kantner*
C-34/82	*Martin Peters Bauunternehmung GmbH* mot *Zuid Nederlandse Aannemers Vereiniging*
C-241/83	*Erich Rösler* mot *Horst Rottwinkel*

C-266/85	*H. Shenevai* mot *K. Kreischer*
C-145/86	*Horst Ludvig Martin Hoffmann* mot *Adelheid Krieg*
C-81/87	*The Queen v. H. M. Tresury and Commissioners of Inland Revenne* ex parte *Daily Mail and General Trust plc*
C-362/88	*GB-INNO-BM* mot *Confédération du commerce luxembourgeois*
C-361/89	*Criminal Proceedings against Patrice di Pinto*
C-6 och 9/90	*Francovich och Bonifaci* mot *Italien*
C-280/90	*Elisabeth Hacker* mot *Euro-Relais GmbH*
C-26/91	*Jakob Handte & Co. GmbH* mot *Traitements méca-no-chimiques des surfaces SA.*
C-89/91	*Shearson Lehmann Hutton* mot *TVB Treuhandels-gesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteilig-ungen GmbH*
C-91/92	*Paola Faccini Dori* mot *Recreb Srl*
Förenade målen C-430/93 och C-431/93	*Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen* mot *Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*
Förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94	*Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula och Trosten Knor* mot *Bundesrepublik Deutschland*
C-192/94	*El Corte Inglés s.a* mot *Cristina Blázquez Rivero*
Förenade målen C-34-36/95	*KO* mot *De Agostini (Svenska) Förlag AB respektive TV-Shop i Sverige AB*
C-269/95	*Francesco Benincasa* mot *Dentalkit Srl*
C-45/96	*Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG* mot *Edgar Dietzinger*
C-99/96	*Hans-Hermann Mietz* mot *Intership Yachting Sneek BV*
C-364/96	*Verein für Konsumenteninformation* mot *Österreisch-ische Kreditversicherungs AG*
C-140/97	*Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hof-meister m.fl.* mot *Österrike*
C-237/97	*AFS Intercultural Programs Finland ry*
C-423/97	*Travel Vac SL* mot *Manuel José Antelm Sanchis*
C-440/97	*GIE Groupe Concorde m.fl.* mot *kaptenen på farty-get Suhadiwarno Panjan m.fl.*
C-7/98	*Krombach* mot *Bamberski*
C-38/98	*Renault* mot *Maxicar SpA*

C-208/98	*Berliner Kindl Brauerei AG* mot *Andreas Siepert*
Förenade målen	*Océano Grupo Editorial SA* mot *Rocío Murciano*
C-240/98-C-244/98	*Quintero* samt mellan *Salvat Editores SA* mot *José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane* och *Emilio Viñas Feliu*
C-381/98	*Ingmar GB Ltd* mot *Eaton Leonard Technologies Inc*
C-412/98	*Group Josi Reinsurance Company SA* mot *Universal General Insurance Company*
C-144/99	*Europeiska kommissionen* mot *Konungariket Nederländerna*
C-481/99	Förslag till avgörande av generaladvokat Philippe Léger i *Georg Heininger och Helga Heininger* mot *Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*
Förenade målen C-541/99 och 542/99	Förslag till avgörande av generaladvokat Jean Mischo i *Cape Snc* mot *Idealservice Srl och Idealservice MN RE Sas* mot *OMAI Srl*
C-400/00	*Club Tour, Viagens e Turismo SA* contre *Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido*
C-464/01	*Johann Gruber* mot *Bay Wa Aktiengesellschaft*. Ej avgjort.

6 Nationella avgöranden

a) Sverige

Högsta domstolen

NJA 1923 s. 202
NJA 1925 s. 330
NJA 1930 s. 692
NJA 1937 s. 1
NJA 1940 s. 354
NJA 1951 s. 271
NJA 1962 s. 354
NJA 1963 s. 489
NJA 1966 s. 450
NJA 1969 s. 163
NJA 1973 s. 628
NJA 1981 s. 386
NJA 1984 s. 25
NJA 1986 s. 119
NJA 1986 s. 690

NJA 1987 s. 885
NJA 1990 s. 734
NJA 1993 s. 420
NJA 1997 s. 825
NJA 1998 s. 817
NJA 1998 s. 838
NJA 1999 s. 660
NJA 2000 s. 569
NJA 2001 s. 138
NJA 2001 s. 155
NJA 1943 Avd 2, s. 100–101
NJA1986 C 26
NJA 1991 C 55
NJA 1996 C 10
NJA 1996 C 21

Rättsfall från hovrätterna

RH 1986:55
RH 1987:25
RH 1993:116

Marknadsdomstolen

MD 1973:11
MD 1989:6
MD 1998:17
MD 2000:19

Arbetsdomstolen

AD dom nr 110/01 mål nr B 160/00

Allmänna reklamationsnämnden

ARN avgörande 1992-08-26; 91-5423: årsbok 1992/93 ref. 7
ARN avgörande 1993-08-02; 92-5781: årsbok 1992/93 ref. 20
ARN avgörande 1997-06-11; 1997-0597
ARN avgörande 1999-01-12; 1998-4378
ARN avgörande 1999-04-28; 1998-5117
ARN avgörande 1999-06-15; 1998-6760: årsbok 1999 ref. 43
ARN beslut 1999-04-20; Änr 1998-6114
ARN beslut 2001-04-27; Änr 2000-6503

b) Danmark

O. L. D. 30. marts 1988 i anke 6-272/1987: UfR 1988, s. 626 Ø
Højesterets kendelse af 10. marts 1995: UfR 1995, s. 432
Østre Landsrets domme 12. juni 1995: UfR 1995, s. 799–801

c) Frankrike

INFO-C 6/December 1997

d) Luxemburg

J. Hames e A. Berchem ép. Hames contro *s.a. Spaarkrediet*, Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, sentenza 27 marzo 1990: RDIPP 1991, s. 1097–1102

Winters Arnhem B.V. contro *s.a. Ceodeux*, Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, sentenza 7 luglio 1988: RDIPP 1991, s. 1092–1094

e) Nederländerna

Hoge Raad 13.5.1966. Alnati: Rev. crit. dip. 1967, s. 522–530

f) Tyskland

BGH, Urt. vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93: IPRax 1994, s. 449–452
BGH, Urt. vom 6.4.1995 – IX ZR 61/94: IPRspr. 1995 Nr. 26
BGH, Urt. vom 19.3.1997 – VIII ZR 316/96: JZ 1997, s. 612–615
OLG Hamm, Urt. vom 1.12.1988 – 4 U 120/88: IPRax 1990, s. 242–245
OLG Stuttgart, Urt. vom 18.5.1990 – 2 U 191/89: IPRax 1991, s. 334
OLG Köln, Urt. vom 8.1.1993 – 19 U 123/92: IPRspr. 1993 Nr. 29
OLG Hamburg, Urt. vom 6.5.1993 – 6 U 3/93: IPRspr. 1993 Nr. 32
OLG Düsseldorf, Urt. vom 14.1.1994 – 17 U 129/93: IPRspr. 1994 Nr. 23
OLG Düsseldorf, Urt. vom 9.6.1994 – 13 U 173/92: IPRspr. 1994 Nr. 35A
OLG Hamm, Urt. vom 13.11.1995 – 22 U 170/94: IPRspr. 1995 Nr. 36
LG Aachen, Urt. vom 21.2.1991 – 6 S 267/90: IPRspr. 1991 Nr. 35
LG Hamburg, Urt. vom 29.8.1991 – 302 O 68/91: IPRspr. 1991 Nr. 40
LG Hildesheim, Urt. vom 11.12.1991 – 7 S 236/91: IPRspr. 1992 Nr. 28
LG Köln, Urt. vom 22.1.1992 – 26 O 142/91: IPRspr. 1992 Nr. 29
LG Konstanz, Urt. vom 17.6.1992 – 6 S 47/92: IPRspr. 1992 Nr. 38
LG Konstanz, Urt. vom 24.8.1992 – 2 O 241/92: IPRax 1994, s. 448–449
LG Köln, Urt. vom 28.10.1992 – 9 S 78/92: IPRspr. 1992 Nr. 48
LG Giessen, Urt. vom 14.2.1994 – 4 O 528/93: IPRspr. 1994 Nr. 28

LG Essen, Urt. vom 10.3.1994 – 2 O 315/93: IPRax 1996, s. 120–121
LG Düsseldorf, Urt. vom 12.4.1994 – 10 O 513/93: IPRspr. 1994 Nr. 33
LG Detmold, Urt. vom 29.9.1994 – 9 O 57/94: IPRspr. 1994 Nr. 39
LG Duisburg, Urt. vom 6.10.1994 – 8 O 129/93: IPRspr. 1994 Nr. 40
LG Berlin, Urt. vom 9.11.1994 – 22 O 319/94: IPRspr. 1994 Nr. 42
LG Tübingen, Beschl. vom 8.2.1995 – 7 O 219/95: IPRspr. 1995 Nr. 24
LG Koblenz, Urt. vom 23.5.1995 – 4 HO 158/94: IPRspr. 1995 Nr. 27
LG Rottweil, Urt. vom 31.5.1995 – 3 O 1240/94: IPRspr. 1995 Nr. 28
LG Stuttgart, Urt. vom 13.7.1995 – 19 O 21/95: IPRspr. 1995 Nr. 30
LG Darmstadt (nicht rechskr.), Urt. vom 23.8.1995 – 9 O 62/95: IPRax 1996, s. 121–123
LG Weiden, Urt. vom 27.10.1995 – 2 O 816/95: IPRspr. 1995 Nr. 35

g) Österrike

OGH Beschluss vom 10.7.1996, 3 0 b 1267/96 w

Sakregister

Access to justice 102 ff
Allmänna avtalsrättsliga principer 131 (not 503)
Allmänna reklamationsnämnden 28 f, 106, 127 ff, 148 ff, 151
Alnati-målet 345 (not 1365)
Alternativ konfliktlösning 28 f
Alternativa tvistelösningsorgan 104
Amsterdamfördraget 99 f
Analogi 118, 121, 143 ff
Anbud, se Särskilt anbud
Anknytningsled 44
Anknytningsvillkor 44
Annonsering 92, 180 f, 254 ff
Associationsrätt 276, 291
Autonom tolkning 83
Autonoma domsrättsregler 118 ff
Avbetalningsköp 90, 96, 108
Avtalad lag, se Partsautonomi
Avtals existens 310 f
Avtalsstatut, se Statut
Avtalsvillkor 51 f, 76
Avtalsvillkorslagen, se Lagen om avtalsvillkor i konsument-förhållanden

Bahamas 293
Behörighetsfrågan 34
Bekvämlighetsflagg 266
Bevisfråga 63, 93, 132 (not 507), 294
Bistatut 295
Bolag 139
Bostadsrättslagen 290 (not 1163), 329
Boverket 31
Bryssel I-förordningen 79 f, 91 ff, 100, 107 ff, 253
Brysselkonventionen 78 f, 89 ff, 101, 114 ff
Bytesavtal 141
Börs 220 (not 868)

CISG 64 ff, 68 f
Civilrättsliga regler 25
Clearing House 27, 104

Danmark 114 f
Datorprogram 68
Déni de justice 36
Dépeçage 136 (not 520), 201, 304, 324
Digital leverans 245, 248
Digitala produkter 69, 72, 203, 249
Direktivbaserade lagvalsregler 145 ff, 194 ff, 231 ff, 260 f
Dispositionsprincipen 151
Dispositiva regler 168
Dispositiva tvistemål 151
Distansavtal 232 ff
Distansavtalslagen, se Lagen om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal
Distanskommunikation 233 f
Domsrättsregler 34, 77 f
Dödsbo 56

EEJ-Net 27, 104 ff, 129 f, 150
Effektlandsprincip 37
EG:s rättsakter 99 ff
EG-domstolen 100, 101

E-handelsdirektivet 259, 269
Elsäkerhetsverket 31
Enhetlig tolkning, se Autonom tolkning
Ensidiga lagvalsregler 148
E-post 250 ff
Erkännandefrågan 36 f, 158 f
Euroguichet-kontor 27
Europeisk rekommendationsblankett 29
Ex officio-tillämpning 156 f
Exekvatur 24, 159 f
Extraterritoriell tillämpning 197, 337

Fast driftsställe 120 f
Fast egendom 274, 282
Finansiella tjänster 31, 40
Finansiering av tjänster 225 ff, 299
Finansinspektionen 31
Foralrätter 315 (not 1260)
Forum shopping 80, 114, 132, 223
Foruminvändning 120
Forumland 45 f
Forumregler 34
Fraude à la loi 132 (not 506), 177 ff
Fullgörelseort 113 f
Förarbeten 42
Föreläggande 30
Föreningar 291
Förmedlande organ 104
Förordning 100
Förutsebarhet 132, 169

Genkäromål 109 f
Gibraltar 292
Giuliano & Lagarde-rapporten 80 (not 261)
Grupptalan 31, 40, 84 f
Gränsöverskridande marknadsföring 37, 116, 175 ff, 179 ff, 257
Gränsöverskridande utflyktsförsäljning 184 ff, 227 f
Guldklausul-målet 138 (not 529)

Haagkonvention, 1955 års 170 f, 183 f
Handelsagent 237, 338 ff
Handeln unter falschem Recht 308
Handlingsplaner 102
Hemförsäljning 172 f, 253
Hemförsäljningsdirektivet 285 ff
Hemvist 45, 108, 117
Hire and purchase-avtal 90, 95
Home ward-trend 141, 310 ff, 312 f
Huvudsaklighetsrekvisitet 63 f, 87 f
Hypotetisk partsvilja 173
Hyra 309

IKL 87 f, 169 f
Indispositiva regler, se Tvingande regler
Individualiserande metod 138 (not 592), 173
Inkorporationsteorin 291
Inre marknad 52 ff
Inskränkningar i partsautonomi 199
Interlokal lagkonflikt 192
International law bonus 135
Internationell privaträtt 22, 26, 77
Internationella köplagen, se CISG
Internationellt enhetliga avgöranden 132, 169
Internationellt tvingande regler kap. 8, 179, 185, 235 ff, 302, 304
Internationellt vedertagna principer 121, 347
Internet kap. 6, 68, 93, 94, 120 f
Internt tvingande regler, se Tvingande regler
Intresseanalysen 361 ff
Isle of Man 292

JB 329

Kanalöarna 292
Karakteristiska prestationen 139 ff, 209
Kemikalieinspektionen 31
KO 30 f
Kollisionsregler 43

Kombinerade avtal 70 f
Kommunala konsumentvägledare 27
Konkurrensverket 31
Konsument Europa 27 f, 105, 272
Konsumentbegreppet kap. 2
Konsumentförsäkringslagen 329
Konsumentkreditlagen 73
Konsumentköplagen 68 ff
Konsumentombudsmännen, Nordiska 257
Konsumentpolitik 24 f
Konsumenttjänstlagen 67 f
Konsumentverket 30 f
Kontaktpunkt 27
Kredit 225 ff
Kringgående av lag, se Fraude à la loi
Kryssningsresa 229
Kurs 214
Kvalifikation 223, 278 ff, 287 ff
Köplagen 69

Lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden 76
Lagen om försöksverksamhet avseende medverkan av Konsumentombudsmannen i vissa tvister 31
Lagen om konsumentskydd vid avtal om tidsdelat boende 75
Lagen om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal 71 f
Lagen om paketresor 74
Lagen om talerätt för vissa utländska konsumentmyndigheter och konsumentorganisationer 30 f
Lagvalsavtal, se Partshänvisning
Lagvalsfråga 32 ff, 167
Lagvalsregler 43 f
Lagvalsöverenskommelse, se Partshänvisning
LAS 329
Law shopping 223 f, 313
Lex causae 282
Lex fori 46, 280
Lex forism, se Home ward-trend
Lex rei sitae 274, 309 f
Licensavtal 141, 142
Livsmedelsverket 31
Lojala tillämpningens princip 43
Luganokonventionen 79, 89 ff, 101, 115
Läkemedelsverket 31
Länkar 254 (not 1014)
Lös egendom 69
Lös sak 68, 250, 261

Mailinglistor 253
Marknadsföring, se Gränsöverskridande marknadsföring
Marknadsföringslagen 328
Marknadsrätt 26, 37 f, 256 f
Materiell processledning 125, 152, 154 ff
Materiell rättvisa 206
Materiellrättslig partshänvisning 137
MBL 329
MD 30 f
Meddelanden 102
Medling 107
Mottagande av anbud 183 f, 297
Multipla valutor 93, 258

Newsletters 253
Nyttigheter 262
Nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis, se Timeshare
Näringsidkarbegreppet 54 f
Närmaste anknytningen 138, 169, 265, 345 f
Nödvändiga åtgärder för avtalets ingående 182, 253
Nödvändighetstjänster 214

Objektivt lagval 138
Offentligrättsliga regler 326–328 (not 1305 och 1306)
Officialprövning 122 ff, se även Ex officio-tillämpning
Omedelbart tillämpliga regler, se Internationellt tvingande regler

Ordre public-förbehållet 170, 324 ff, 363 ff
Ordre public-lagar 320 (not 1280)
Oskäliga avtalsvillkor, se Avtalsvillkor

Paketresa 92, 96 f, 216, 219, 230, 234
Paketreselagen, se Lagen om paketresor
Partsautonomi 44, 131, 169, 171, 189
Partshänvisning 44, 137
Permissiv ordre public 319 (not 1277)
Positiv ordre public 365
Postorder 179 f, 248
Preskriptionslagen 328 f
Presumtionsregler 138 ff, 173, 207 ff
Privaträttsliga regler 326
Processrättsligt skydd 26
Produktansvar 40
Prohibitiv ordre public 319 (not 1278)
Prorogationsavtal 110, 117, 122 ff

Race to courts 114, 225
Reklam, se Annonsering och Gränsöverskridande marknadsföring
Rekommendationer 28, 102, 149 f, 161
Rekommendationsblankett, se Europeisk rekommendationsblankett
Renvoi 225 (not 892), 299 (not 1207)
Reservation 353
Restatement First 361 f
Restatement Second 362
Resultatorientering 81
Romfördraget 54, 99 f, 150, 157, 316, 331
Romkonventionen 80, 94 ff, 101, 131 ff, 193
Russinteorin 134 ff

Samägande 75, 276
Savigny, Friederich Carl 323 (not 1288)
Schweiz 186 ff, 224 f
Server 265 f
Sjölagen 328
Skyddslag 45, 130 f, 205
Skyddsprincip 205
Skönhetsoperationer 214, 228
Slutbestämmelser, Romkonventionens 193
Småföretagare 57 f
Småmål 26, 157
Spanien 315 f
Standardavtal, se Avtalsvillkor
Statut 43, 130, 197
Stiftelse 291
Synbarhetskravet 60 ff, 86 f
Systemrationalitet 196 ff
Sällskapsresor 184
Sändarlandsprincipen, se Ursprungslandsprincipen
Särskilt anbud 92, 176, 250 ff
Särskilt tvingande regler, se Internationellt tvingande regler
Sätesteorin 291 (not 1173)

Tillverkningsavtal 70 f, 223
Tillämpningsled 44
Timeshare kap. 7, 75, 92, 96
Timeshare-direktivet 315 f
Tjänst 72, 96, 213 f, 218 f, 220, 263, 288, 298 f
Tjänsters utförande i ett land 219 ff
Toppdomännamn 250 f
Transport 40 (not 65)
Trust 276 f
Turisttjänst 230
Tvingande regler 50, 168 320, 322, 329 f, 355
TV-shopping 181
Tvåsidiga lagvalsregler 148
Typfrämmande rättsinstitut 290 f
Tyst prorogation 109, 126

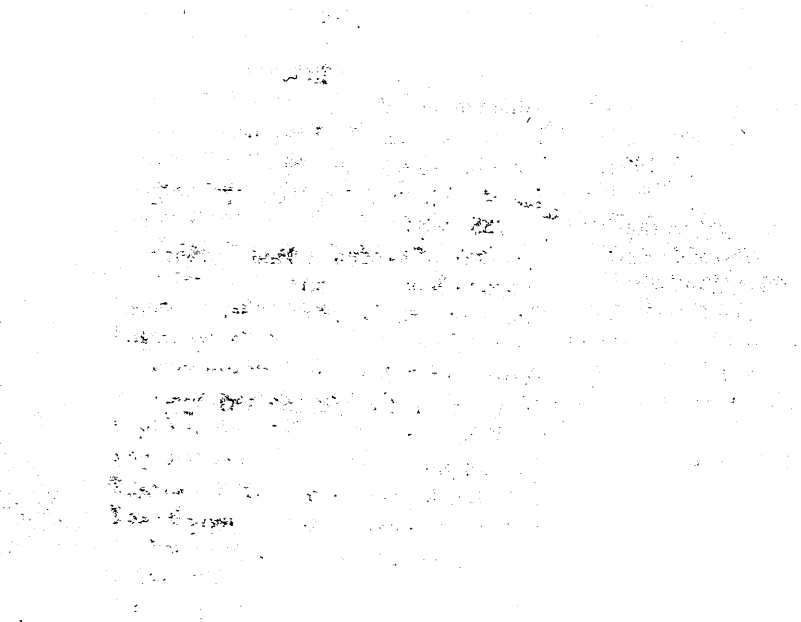
UB 158
Undervisningsavtal 221
Universell tillämpning 80
Uppdragsavtal 214

Uppfyllelseort 112 ff
Ursprungsland 45 f
Ursprungslandsprincipen 37 f, 222 f, 259
Utlandsanknytning 177, 238 f
Utomrättslig tvistelösning, se Access to justice
Utredning om utländsk rätt 33 f

Vanlig vistelseort, se Hemvist
Webbplats 242 (not 962)
Webbsida 242 (not 962), 267 ff
Verksamhetsställe 267
Verkställighetsfrågan 24, 36 f, 159 f
Vägverket 31
Växel 294 f

Åter- och vidareförvisning, se Renvoi

Övergångsbestämmelser 115





Konsumentskydd över nationella gränser är en fråga som blivit alltmer betydelsefull. Det är numera mycket vanligt att konsumenter köper varor och tjänster av näringsidkare i andra länder. Inte minst ett ökat resande och nya försäljningskanaler har bidragit till denna utveckling.

För att konsumenter skall utnyttja de fördelar som den inre marknaden ger är det viktigt att det finns ett fullgott konsumentskydd oavsett om avtal ingås med säljare i Sverige eller med säljare i Italien, Spanien, Grekland, osv.

I denna bok studeras konsumenters rättsställning i avtal som sträcker sig över flera länders gränser. Dessa avtal väcker ett antal svåra internationellt privat- och processrättsliga frågor. Var kan en konsument vända sig med klagomål mot en säljare i ett annat land? Vilket lands lag tillämpas? Gäller ett avgörande i en tvist i ett annat land än där det har meddelats? Trots problemens stora praktiska betydelse råder oklarhet i flera hänseenden. Boken avser att belysa rättsläget särskilt vad gäller den på ett konsumentavtal tillämpliga lagen.

Boken vänder sig främst till personer som fackmässigt kommer i kontakt med internationellt privat- och processrättsliga frågor av konsumenträttslig karaktär.

Marie Larsson är verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Akademisk avhandling.

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK
16000 002737964

ISSN
0282-2040

ISBN
91-7678-508-4