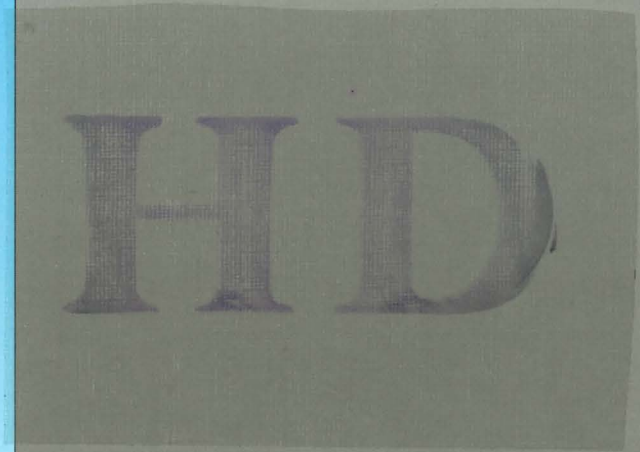
MICHAEL HELLNER

INTERNATIONELL KONKURRENSRÄTT

OM FRÄMMANDE KONKURRENSRÄTTS TILLÄMPLIGHET I SVENSK DOMSTOL



82

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

IUSTUS FÖRLAG

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, och inte på ett sätt som ger en bild av att licensgivaren stödjer ett specifikt användande.

• 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

När det gäller verk av författare som avlidit för mer än 70 år sedan finns enligt svensk lag inte längre någon upphovsrätt. Sådana arbeten kan användas helt fritt och slutanvändarlicensen som annars skulle ha gällt för verk som tillhandahålls från juridikbok.se gäller inte sådana verk. Observera dock att det kan finnas flera rättigheter knutna till ett verk. Exempelvis kan medförfattare och illustratörer ha egna rättigheter till verket. I dessa fall kan verket vara upphovsrättsligt skyddat trots att upphovsrätten har upphört för en författare.

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f443d

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

82

Redaktör: Nils Jareborg

INTERNATIONELL KONKURRENSRÄTT

OM FRÄMMANDE KONKURRENSRÄTTS TILLÄMPLIGHET I SVENSK DOMSTOL

Michael Hellner

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Hellner, M. 2000. Internationell konkurrensrätt. Om främmande konkurrensrätts tillämplighet i svensk domstol. International Competition Law. The Application of Foreign Competition Law in Swedish Courts. Iustus Förlag. 379 pp. Uppsala 2000. ISSN 0282-2040. ISBN 91-7678-448-7.

In litigation involving parties from different countries, private international law questions regarding jurisdiction, applicable law, and enforcement of foreign judgements must be addressed. This study concerns the issues arising in the determination of applicable law in international litigation involving the private enforcement of competition law.

The private international law problems that arise are mainly two. First, competition law can be characterized as public law, and the application of foreign competition law could then be deemed to violate the maxim that foreign public law is not to be applied by the Swedish courts. Second, it is highly doubtful that "traditional" bilateral choice of law rules are adequate to cope with internationally mandatory rules such as competition law rules. In addition to this the question is asked whether EC law constitutes an obstacle to the application of foreign competition law.

A comparative survey of German, Swiss, U.S. and Swedish law is carried out in order to see what possible solutions to the problem that can be found in the different legal orders. Finally, the suitability of several methods of private international law, both bilateral and unilateral, is evaluated in respect to the application of competition law. The answer might not be the same depending on whether the choice of law is in contract or in tort.

Michael Hellner, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, Box 512, SE-751 20 Uppsala

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2000
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-448-7
Omslag: IdéoLuck AB
Sättning: Författaren
Tryck: Elanders Graphic Systems AB, Göteborg 2000
Förlagets adress: Östra Ågatan 9, 753 22 Uppsala, tel: 018-693091

Förord

Det har varit en spännande, stimulerande, rolig, befruktande, ja helt enkelt enastående upplevelse att få vara doktorand vid Juridicum i Uppsala. Men som med allt annat är det dags att sluta när det är som roligast. Inga tårar rinner därför nerför min kind över att jag nu måste lämna denna avhandling och gå vidare.

Avhandlingen har inte skrivits i ett vakuum. Många personer och institutioner har bidragit till att på olika sätt underlätta arbetet. Först och främst vill jag tacka min kära hustru, Ann Hellner, för att hon stått ut med sin emellanåt kinkige make, visat oavlåtligt förtroende för hans förmåga, under den sista tiden stått för markservice och under hela tiden varit solskenet i hans liv.

Jag är också glad att ha haft en handledare i överbibliotekarien Ulf Göranson, som trots att han egentligen lämnat alla förpliktelser inom juridiken, velat ägna sig åt mig och min avhandling. Trots det ansvarsfulla arbetet som överbibliotekarie har Ulf tagit sig tid att finnas där när jag behövt honom.

Jag vill också tacka deltagarna i mikroseminariet i internationell privaträtt: professorn Maarit Jänterä-Jareborg och doktoranderna Marie Larsson, Magnus Ödman och Kristina Örtenhed för att de läst delar av manuskriptet och agerat bollplank. Utan er hade det blivit en sämre avhandling. Till seminariet har docenten Torbjörn Andersson och doktoranderna Dag Edvardsson, Eva Edwardsson och Carl-Martin Gölstam inbjudits och jag vill tacka även dem för deras värdefulla synpunkter.

Avsnittet om amerikansk rätt har lästs och granskats av docenten David Fisher och J.D. Laura Carlson. Laura har också språkgranskat min "summary". Era insatser var verkligen nödvändiga!

Jag vill också tacka bibliotekarierna vid Juridiska biblioteket för all deras hjälp. Jag är medveten om att jag nog varit en av de mer besvärliga låntagarna. I gengäld uppskattar jag er desto mer! Max Planck-Institutet i Hamburg och Minnesota Law School har varit vänliga att ta emot mig och ställa sina förnämliga biblioteket till förfogande. För detta är jag såväl institutionerna som sådana som deras hjälpsamma personal tacksam.

Doktorander lever inte av andlig spis allena och därför vill jag tacka de finansiärer som gjort detta äventyr möjligt. Fört och främst bör Rådet för konkurrensrättslig forskning nämnas, som under fyra års tid finansierat en doktorandtjänst. Vidare gjorde ett resestipendium från Iustus förlag vistelsen i Minnesota möjlig. Emil Hejnes fond för rättsvetenskaplig forskning har bidragit med medel för tryckning av boken.

Vallentuna i februari 2000

Michael Hellner (f. Droege)

Innehåll

Förkortningar 15

I Allmänna frågor 21

1 Inledning 23

1.1 Ämnet 23
1.1.1 Internationella konkurrenstvister 23
1.1.2 Det internationellt privaträttsliga problemet 28
1.1.3 Den praktiska relevansen 30
1.2 Forskningsuppgiften 33
1.2.1 Syfte 33
1.2.2 Avgränsningar 34
1.3 Metod och material 35
1.4 Dépeçage och säranknytning – något om terminologin 38
1.5 Disposition och läsanvisningar 40

2 Internationellt privaträttslig teori och metod 43

2.1 Inledning 43
2.2 Tes: Savignys bilaterala metod 44
2.2.1 Metodväxling 45
2.2.2 Likhetsprincipen 47
2.2.3 Internationellt beslutsharmoni 49
2.2.4 Bilaterala lagvalsregler 49
2.2.5 Gränserna för Savignys metod 51

2.2.6 Genomslaget för Savignys internationellt privaträttsliga lära 53
2.2.7 Savigny och konkurrensrätten 57
2.3 Antites: unilateralismen 57
2.4 Syntes: metodpluralism 64
2.4.1 Internationellt tvingande regler 64
2.4.2 Säranknytningsläran 70
2.4.2.1 Historisk bakgrund 71
2.4.2.2 Wengler 72
2.4.2.3 Zweigert 74
2.4.2.4 Säranknytningslärans väg till svensk rätt 76

II Hinder mot tillämpning av utländsk konkurrensrätt 81

3 Konkurrensrätten är offentlig rätt? 83

3.1 Inledning 83
3.2 Doktrinen om främmande offentlig rätts icke-tillämplighet 86
3.2.1 Suveränitetsprincipen 86
3.2.2 Det saknas lagvalsregler för offentlig rätt 87
3.2.3 Politiseringsargumentet 89
3.3 Gränsdragningen mellan offentlig rätt och privaträtt 90
3.3.1 Den teoretiska diskussionen 90
3.3.2 Den praktiska betydelsen i svensk rätt 94
3.4 Kvalifikation av konkurrensrätten 96
3.4.1 Allmänt om kvalifikation 96
3.4.2 Särskilt om konkurrensrätt 100
3.4.3 Kvalifikationens relevans 109

4 EG-rättens inverkan 111

4.1 Inledning 111
4.2 När är EG:s konkurrensrätt tillämplig? 112
4.3 Parallell tillämpning av EG:s och nationell konkurrensrätt 114
4.3.1 Den grundläggande inställningen 114
4.3.1.1 Bakgrunden 114
4.3.1.2 Tvåhindersteorin 116
4.3.1.3 Walt Wilhelm-doktrinen 116
4.3.2 EG:s och nationell konkurrensrätt har samma inställning 119

4.3.3 EG:s konkurrensrätt har en strängare inställning än den nationella 120
4.3.4 EG:s konkurrensrätt har en mildare inställning än den nationella 121
4.4 Skillnad mellan konkurrensrätt från en annan medlemsstat och från ett tredje land 124
4.4.1 När är EG-rätten överhuvudtaget tillämplig i förhållandet till tredje land? 124
4.4.2 Varför tredje lands rätt bör särbehandlas 125
4.4.3 Konkurrensrätt från en annan medlemsstat 128

III Komparativ undersökning 131

5 Tyskland 133

5.1 Inledning 133
5.1.1 Autonom tysk rätt 133
5.1.2 Tyskland och Romkonventionen 135
5.2 Offentligrättsliga regler i utländskt skuldstatut 136
5.2.1 Perioden fram till 1959 136
5.2.2 Perioden efter 1959 140
5.3 Materiellrättsliga korrektur 143
5.3.1 Avtal i strid mot lag och goda seder 143
5.3.1.1 Smuggelfall 144
5.3.1.2 Flyktingsmuggling 148
5.3.1.3 Brott mot valutaföreskrifter och andra handelspolitiska lagar 150
5.3.1.4 Brott mot vänligt sinnade staters handelsembargon 152
5.3.1.5 Brott mot utländsk mutlagstiftning 154
5.3.2 Prestationshinder 155
5.3.2.1 Ursprunglig omöjlighet 156
5.3.2.2 Efterföljande omöjlighet 156
5.3.3 Bortfall av avtalsförutsättningar 159
5.4 Säranknytning av utländska internationellt tvingande regler 160
5.5 Särskilt om utländsk konkurrensrätt 161

6 Schweiz 166

6.1 Inledning 166
6.1.1 Historik 166
6.1.2 Översikt över IPRG 168

6.2 Inställningen till utländsk offentlig rätt i skuldstatutet 170
6.2.1 Äldre rätt 170
6.2.2 Inställningen i IPRG 172
6.3 Materiellrättsliga korrektur 174
6.3.1 Avtal i strid mot lag och goda seder 175
6.3.2 Prestationshinder 179
6.4 Säranknytning av utländska internationellt tvingande regler 181
6.4.1 Introduktion till artikel 19 IPRG 181
6.4.2 Lagvalsregelns metod och struktur 182
6.4.2.1 Regler med tillämpningsanspråk 182
6.4.2.2 Nära anknytning 184
6.4.2.3 Resultatanalys 184
6.4.2.4 Normledet 186
6.5 Särskilt om utländsk konkurrensrätt 187
6.5.1 Inledning 187
6.5.2 Skadeståndsanspråk (art. 137 IPRG) 187
6.5.2.1 Kvalifikation 188
6.5.2.2 Hänsynstagande till den främmande rättens tillämpningsanspråk 189
6.5.2.3 Anknytningsmomentet 190
6.5.2.4 Begränsningar av skadeståndsanspråk 192
6.5.3 Avtalsrättsliga anspråk 193
6.5.3.1 Konkurrensrättsliga bestämmelser i avtalsstatutet 193
6.5.3.2 Säranknytning av utländsk konkurrensrätt 193

7 USA 196

7.1 Inledning 196
7.1.1 Delstatlig eller federal rätt 196
7.1.2 Den amerikanska metodpluralismen 197
7.1.2.1 Bakgrunden 197
7.1.2.2 First Restatement 200
7.1.2.3 Governmental interest analysis 203
7.1.2.4 Second Restatement 207
7.2 Inställningen till utländsk offentlig rätt i skuldstatutet 209
7.3 Materiellrättsliga korrektur 214
7.3.1 Olagliga och omoraliska avtal 214
7.3.2 Prestationshinder 217
7.4 Säranknytning av utländska internationellt tvingande regler 219

8 Sverige 222

8.1 Inledning **Fel! Bokmärket är inte definierat.**
8.2 Inställningen till utländsk offentlig rätt i skuldstatutet 223
8.3 Materiellrättsliga korrektur 230
8.3.1 Avtal i strid mot lag och goda seder 230
8.3.2 Prestationshinder 233
8.3.2.1 De relevanta rättsreglerna 233
8.3.2.2 Tillämpning på de konkurrensrättsliga fallen 235
8.4 Säranknytning 238
8.5 Särskilt om utländsk konkurrensrätt 239

9 Sammanfattning och delanalys 242

9.1 Inledning 242
9.2 Utländsk offentlig rätt i skuldstatutet 242
9.3 Materiellrättsliga korrektur 244
9.3.1 Osedlighet 244
9.3.2 Prestationshinder 246
9.4 Säranknytning 247
9.5 Särskilt om främmande konkurrensrätt 248

IV Frågan om tillämplig lag 251

10 Avtalsrättsligt lagval 253

10.1 Inledning 253
10.1.1 Bakgrunden 253
10.1.2 De internationellt avtalsrättsliga problemen 254
10.1.3 Kapitlets disposition 256
10.2 Ingår konkurrensrättsliga frågor i avtalsstatutet? 258
10.2.1 Inledning 258
10.2.2 Vilket regelverk avgör frågan? 261
10.2.2.1 Inledning 261
10.2.2.2 Parallell tillämpning av IKL och Romkonventionen? 261
10.2.3 IKL 263
10.2.4 Romkonventionen 265
10.3 Inkongruens mellan avtalsstatutet och konkurrensrätt med tillämpningsavsikt 268
10.3.1 Inledning 268
10.3.2 Objektivt lagval 269

10.3.2.1 Tas hänsyn till om de konkurrensrättsliga reglerna i avtalsstatutet gör anspråk på tillämpning? 269
10.3.2.2 Innehåller avtalsstatutet som regel också konkurrensrättsliga bestämmelser med tillämpningsanspråk? 278
10.3.3 Subjektivt lagval 289
10.3.3.1 Lagvalsavtalet 289
10.3.3.2 Dépeçage 289
10.3.3.3 Begränsningar i partsautonomin 291
10.3.4 Utvärdering och metodologiska invändningar 293
10.4 Materiellrättsliga korrektur 294
10.5 ”Den nya enhetsläran” 296
10.6 Dépeçage – särskild bilateral lagvalsregel för konkurrensrätt 300
10.6.1 För och nackdelar med ett bistatut 300
10.6.2 Förslag i doktrinen 302
10.6.3 Kritik 305
10.7 Unilateral säranknytning 308
10.7.1 Inledning 308
10.7.2 Konkurrensstatutets omfattning 308
10.7.3 Artikel 7.1 Romkonventionen 310
10.7.3.1 Inledning 310
10.7.3.2 Internationellt tvingande regler 311
10.7.3.3 Kravet på nära anknytning 311
10.7.3.4 Beaktande av en regels syfte och natur 314
10.7.3.5 Konsekvenserna av tillämpning respektive icke-tillämpning 315
10.7.3.6 Regelns fakultativa karaktär 315
10.7.3.7 Innebörden av att en regel ”ges verkan” 316
10.7.4 Metodologiska anmärkningar 317
10.7.5 Kritik 318
10.7.5.1 Kritik mot regelns metod 318
10.7.5.2 Påståenden om otillbörligt gynnande av statlig dirigism 319
10.7.5.3 Kritik mot regelns vaga karaktär 320
10.7.5.4 Skall utländsk konkurrensrätt tillämpas ex officio? 320
10.8 Sammanfattning och slutsatser 323

11 Utomobligatoriskt skadestånd 327

11.1 Endast tillämpning av utländsk konkurrensrätt som tillhör deliktstatutet 328
11.1.1 Tillämplig lag för utomobligatoriskt skadestånd 328
11.1.2 Konvergens mellan deliktstatut och konkurrensrättens avgränsningsregler 330
11.2 Unilateral säranknytning av främmande konkurrensrätt 335

Summary 337

Käll- och litteraturförteckning 349

Förkortningar

Arch. Civ. Prax.	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am.J.Int.L	American Journal of International Law
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
AöR	Archiv für öffentliches Recht
BB	Betriebs-Berater
BDGVöR	Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BG	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKA	Bundeskartellamt
BR-Drucksache	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucksache	Bundestags-Drucksache
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bundesblatt	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossen-

	schaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BYIL	British Yearbook of International Law
CAD	Computer Aided Design
Cal. L. Rev.	California Law Review
CC	Code Civil
Clunet	Journal du droit international
CMLRep.	Common Market Law Reports
CMLRev.	Common Market Law Review
Columbia L. Rev.	Columbia Law Review
dens.	densamma/e
disp. prel.	disposizioni preliminari [del codice civile] (eg. disposizioni sulla legge in generale)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Ds	Departementsserien
dvs.	det vill säga
ECLRrev.	European Competition Law Review
ECR	European Court Reports
ed.	edition/editor
EG	Europeiska gemenskapen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGF	EG-fördraget/Fördraget om upprättandet av Europeiska [ekonomiska] gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EKSGF	EKSG-fördraget/Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen
ELRev.	European Law Review
Eng. Rep.	English Reports
EU	Europeiska unionen
EUF	EU-fördraget/Fördraget om Europeiska unionen
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
F.2d	Federal Reporter, Second Series (Cases Argued and Determined in the United States Court of Appeals for the District of Columbia, United States Court of Appeals and the United States Court

	of Customs and Patent Appeals, United States Emergency Court of Appeals)
F.Supp.	Federal Supplement (Cases Argued and Determined in the United States District Courts and the United States Court of Claims)
FT	Förvaltningsrättslig Tidskrift
GA	generaladvokat
GATT	General Agreement on Tariff and Trade
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begr. von J.A. Gruchot
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HD	Högsta domstolen
Hrsg.	Herausgeber
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDL	Lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo
IKL	Lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
IÄL	Lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap
Jherings Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JT	Juridisk Tidskrift
JW	Juristische Wochenschrift
JWTL	Journal of World Trade Law
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench
Kfo	Kommissionsförordning
KG	Kammergericht
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
Krek	Kommissionens rekommendation
LG	Landesgericht
LIA	Lagen (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption
LIMF	Lag (1990:272) om vissa internationella frågor

	rörande makars förmögenhetsförhållanden
LIEI	Legal Issues of European Integration
m.a.o.	med andra ord
MPI	Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
m.v.h.	med vidare hänvisningar
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NiemayersZ	Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht
NTIR	Nordisk tidskrift för interationell rätt
Ned.TIR	Nederlands tijdschrift voor internationaal recht
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
OG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
opubl.	opublicerat
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Rdnr.	Randenummer
RIDC	Revue internationale du droit comparé
RCDIP	Revue critique du droit internationel privé
Rdir	Rådsdirektiv
Rec. des Cours	Recueil des Cours (de l'Académie de droit international)
REG	Rättsfall från Europeiska gemenskapens domstol
Rev. esp. der. int.	Revista española de derecho internacional
RF	Regeringsformen
Rfo	Rådsförordning
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
rmk	Reichsmark
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.Ct.	Supreme Court Reporter
Schw. Jb. Int. R.	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung

SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvD	Svenska Dagbladet
SvJT	Svensk Juristtidning
SÖ	Sveriges överenskommelser med främmande makter (fr.o.m. 1991 Sveriges internationella överenskommelser)
TR	tingsrätt
T.R.	Term Reports
U.C.C.	Uniform Commercial Code
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
uppl.	upplaga
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	U.S. Code
VersR	Versicherungsrecht
Warn.	Warneyer, Rechtsprechung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yb. PIL	Yearbook of Private International Law
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZIPS	Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ÄKöpL	Äldre köplagen: lag (1905:38 s. 1) om köp och byte av lös egendom

I

Allmänna frågor

1 Inledning

It is axiomatic that in anti-trust matters the policy of one state may be to defend what it is the policy of another state to attack.[1]

1.1 Ämnet

1.1.1 Internationella konkurrenstvister[2]

Konkurrensrätten kan sägas ha två sidor – en offentlig och en privat. På den offentliga sidan åligger det Europeiska kommissionen att övervaka efterlevnaden av EG:s konkurrensrätt och Konkurrensverket att övervaka att svensk konkurrensrätt efterlevs. De båda myndigheterna genomför på eget initiativ undersökningar av konkurrenssituationen inom olika branscher och tar emot klagomål från företag som anser sig drabbade av andra företags konkurrensbegränsande beteende.[3] Vidare inkommer en stor mängd information till de båda konkurrensvårdande myndigheterna genom att företag som står i begrepp att ingå

[1] Lord Wilberforce i: *Westinghouse Uranium Contract Litigation M.D.L. Docket No. 235*, [1978] A.C. 547 (s. 617).

[2] Detta avsnitt har med i stort sett samma lydelse publicerats som s. 102–105 i min artikel om Brysselkonventionen och konkurrensrätten, ERT 1998, s. 102–121.

[3] Under 1998 genomförde Konkurrensverket 23 undersökningar på eget initiativ. Se Konkurrensverkets årsrapport 1998, s. 9.

ett avtal eller att inleda ett visst förfarande själva anmäler dessa för att få prövat om de strider mot konkurrensrätten.[4] En sådan prövning kan utmynna i antingen ett individuellt undantag, ett icke-ingripandebesked eller ett s.k. comfort letter.

> Företag kan till kommissionen och/eller Konkurrensverket anmäla ett avtal för *undantag* från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. Undantag skall beviljas när de positiva effekterna av ett samarbete överväger de negativa. En fungerande konkurrens måste dock finnas kvar på marknaden. Ett undantag är tidsbegränsat och kan under vissa förutsättningar omprövas.
>
> Företag kan också ansöka om *icke-ingripandebesked* för avtal och förfaranden. Icke-ingripandebesked är förklaringar av myndigheten i fråga att inget av förbuden i konkurrensrätten överträds och att den därför inte kommer att ingripa. Beslut om icke-ingripandebesked gäller tills vidare men kan under vissa förutsättningar omprövas.
>
> Slutligen kan ansökan om undantag eller icke-ingripandebesked resultera i ett s.k. *comfort letter* om sökanden angivit att han nöjer sig med ett sådant. Comfort letters är, till skillnad från de ovan nämnda formella besluten, inte en rättsakt från kommissionen utan endast ett brev från ansvarig tjänsteman i vilket anges att kommissionen inte har för avsikt att gå vidare med sin undersökning. Konkurrensverket utfärdar inte comfort letters.

Den privata sidan av konkurrensrätten består dels i att avtal i strid mot konkurrensrätten drabbas av privaträttslig ogiltighet enligt artikel 81.2 EG-fördraget (f.d. art. 85.2) och 7 § konkurrenslagen, dels i en möjlighet för företag att enligt 33 § konkurrenslagen väcka talan om skadestånd avseende den skada de vållats av konkurrensbegränsningen. Inom EG-rätten finns ingen uttrycklig regel om rätt till skadestånd.

Konkurrensrättens offentliga del i form av kommissionens och Konkurrensverkets konkurrensvårdande verksamhet har tilldragit sig stor uppmärksamhet bland företagen. Under 1997 inkom 286 ansökningar om icke-ingripandebesked eller undantag till Konkurrensverket och under 1998 anmäldes 216 avtal och inkom 192 klagomål till kommissionen.[5] Konkurrensrättens ”privata” sida har emellertid för-

[4] I sin s.k. Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget föreslår kommissionen en långtgående reform som syftar till att ersätta den centraliserade ordningen för förhandsgodkännande med en decentraliserad ordning för efterhandskontroll.

[5] Se Konkurrensverkets årsredovisning 1997, s. 11 och XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken 1998, s. 47.

blivit relativt okänd i Sverige. Ytterst sällan görs en invändning om avtals ogiltighet och ännu mer sällan väcks talan om skadestånd.[6] Så behöver det inte vara. De konkurrensvårdande myndigheterna är överlastade med arbete och om enskilda kunde fås att i större utsträckning utnyttja de möjligheter lagen faktiskt ger dem, skulle det vara ett stort framsteg i arbetet för den fria konkurrensen. Särskilt Europeiska kommissionen uppmuntrar också enskilda att i större utsträckning föra processer i nationella domstolar.

I detta sammanhang förtjänar den amerikanska (federala) konkurrensrätten att framhållas. De amerikanska erfarenheterna visar att konkurrensrättens efterlevnad inte kan garanteras av myndigheters verksamhet allena utan endast kan uppnås genom en omfattande mobilisering av privata intressen.[7] I USA finns liksom i Sverige såväl en offentlig som en privat sida av övervakningen av konkurrensreglernas efterlevnad.[8] För den offentliga övervakningen står *Department of Justice Antitrust Division* och *Federal Trade Commission (FTC)*; den privata övervakningen garanteras i Clayton Act,[9] enligt vilken enskilda har möjlighet att väcka talan om ”treble damages”[10] och ”injunctive relief”[11]. Om enskild talan i dessa sammanhang är ovanlig i Sverige är läget på andra sidan Atlanten omvänt. I USA går det tio privata antitrustmål på varje mål som initierats av myndigheterna.[12]

Man kan givetvis endast spekulera om orsakerna till den svenska återhållsamheten och den amerikanska entusiasmen. Troligtvis spelar dock tre omständigheter en särskilt stor roll. För det första är brott mot konkurrensreglerna svåra att bevisa och svensk processrätt saknar motsvarighet till amerikanska regler om ”discovery”, dvs. vittgående

[6] Under perioden 1 juli 1993 till 31 december 1996 framställdes yrkande om ogiltighet (7 §) eller skadestånd (33 §) endast i sju mål. Ett mål innefattade såväl yrkande om ogiltighet som skadestånd och övriga sex mål avsåg yrkande om skadestånd. Se SOU 1997:20, s. 192.

[7] GWB-Kommentar-Emmerich, § 35, Rdnr 12 (s. 1527).

[8] Med engelsk terminologi ”public” och ”private enforcement”.

[9] 15 U.S.C. § 12 ff.

[10] 15 U.S.C. § 15.

[11] 15 U.S.C. § 26.

[12] Slot/McDonnell, Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law, s. 27. För en kort introduktion till ”private enforcement” inom den amerikanska konkurrensrätten se exempelvis Sullivan/Harrison, Understanding Antitrust, s. 35–46.

möjligheter att via förhör och infordrande av skriftliga handlingar m.m. skaffa information av betydelse för utformningen av talan och genomförandet av rättegången. Stadgandet om editionsplikt i 42 kap. 8 § rättegångsbalken[13] skulle möjligen kunna spela en liknande roll men ”är något av en mystifikation och existerar, verkar det, endast på papperet”.[14]

För det andra verkar, på gott och ont, den svenska regeln i 18 kap. 1 § rättegångsbalken om att tappande part får betala vinnande parts rättegångskostnader troligtvis hämmande på processbenägenheten. I USA gäller istället en huvudregel om att parterna bär sina egna rättegångskostnader.[15] Amerikanska advokater arbetar vidare ofta mot s.k. contingency fees, dvs. ”andel i vinst”, istället för timarvode. För det tredje fungerar givetvis den höga nivån på de amerikanska skadestånden i form av ”treble damages” sporrande på processbenägna litiganter.[16]

Nu betyder den omständigheten att de konkurrensrättsliga reglerna sällan förekommer i civilprocesser naturligtvis inte att de är betydelselösa i rättsliga förhållanden mellan företag. Det är med stor sannolikhet så att de mål som når domstolarna endast utgör toppen på ett isberg. Det finns också anledning att anta att privat talan om skadestånd och invändning om avtals ogiltighet i anledning av brott mot konkurrensrätten i framtiden kan komma att bli vanligare.[17] Den decentralisering av EG:s konkurrensrätt från kommissionen till de na-

[13] Första stycket, sista meningen föreskriver att ”[p]arterna är skyldiga att på framställning av motparten uppge, vilka andra skriftliga bevis de innehar”.
[14] Lindblom, SvJT 1996, s. 820.
[15] A.a., s. 822.
[16] Det är nog dessutom en fråga om ”rättslig kultur”. Även inom andra områden än konkurrensrätten är processbenägenheten större i USA. Vidare spelar det troligen stor roll att även före tillkomsten av federal lagstiftning och federala konkurrensmyndigheter var avtal ”in restraint of trade” förbjudna i common law, vilket kunde göras gällande i en civilprocess. Den europeiska konkurrensrätten har istället tagit sin början som förvaltningsrättslig reglering.
[17] Denna åsikt delas av Andersson, Dispositionsprincipen, s. 21 och Coyet, ERT 1999, s. 596. Det är dessutom säkert så att ju fler gånger denna tes upprepas i doktrinen desto fler jurister uppmärksammas på möjligheten och vi får något av en självuppfyllande profetia.

tionella domstolarna, som kommissionen föreslår i en s.k. vitbok kommer otvivelaktigt att leda dithän om förslaget förverkligas.[18]

Vidare lever och verkar svenska jurister i en alltmer internationaliserad rättsmiljö och påverkas i större utsträckning än tidigare av utländsk praxis. Möjligheten att hävda avtals ogiltighet eller kräva skadestånd har endast funnits en dryg handfull år inom den svenska konkurrensrätten men är i många europeiska konkurrensrättsordningar etablerad praxis.[19] Slutligen finns en möjlighet att svensk processrätt i framtiden kan komma att berikas med regler om ”discovery” eller att det blåses liv i rättegångsbalkens stadgande om editionsplikt.[20] Amsterdamfördraget har tillfört EG-fördraget en artikel 65, som ger EG kompetens att i viss utsträckning harmonisera civilprocessrättsliga regler i medlemsstaterna.[21] Ett expertförslag om en ”European Judicial Code” omfattande tillnärmning av medlemsstaternas civilprocessrätt lades också fram 1994, vilket innehöll ett tiotal regler om ”discovery”.[22]

Den omfattande internationaliseringen lär inte bara innebära att svensk intern juridik influeras av utländsk rätt utan också att svenska parter i större utsträckning än tidigare kommer i direkt kontakt med utlandet i form av tvister med utländska parter. Är det fråga om en tvist som grundar sig på EG:s konkurrensrätt blir motparten i de flesta fall också utländsk.[23] I internationella konkurrenstvister aktualiseras alltid frågor om vilket lands domstolar som är behöriga samt vilket

[18] Se Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, s. 36 f.

[19] Jfr. t.ex. §§ 1 och 35 i tyska Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). I ett informationshäfte från kommissionen framhålls möjligheten för enskilda att använda sig av den europeiska konkurrensrätten som försvar och som rättslig grund för skadeståndstalan. Se The Impact of Community Law on the Domestic Legal Systems of the Member States: Competition Law, s. 19 f.

[20] Se ovan not 13.

[21] Se Lindblom, SvJT 1997, s. 307–316.

[22] Storme, Approximation of Judiciary Law. Förslaget lär dock knappast omedelbart komma att leda till förslag till EG-direktiv utan får ses som ett första inlägg i debatten.

[23] Det beror på det s.k. samhandelskriteriet enligt vilket EG:s konkurrensrätt endast är tillämplig på konkurrensbegränsande förfaranden som hindrar handeln mellan medlemsstaterna. Se t.ex. Wahl, Konkurrensförhållanden, s. 149–161 för en förklaring av begreppet.

lands lag som reglerar avtals ogiltighet och konkurrensrättsligt skadestånd. Slutligen uppkommer också frågan om en dom från en nationell domstol kan erkännas och verkställas i andra länder, exempelvis där den tappande parten har tillgångar. Det är denna andra fråga om tillämplig konkurrenslag som denna avhandling syftar till att besvara.[24]

1.1.2 Det internationellt privaträttsliga problemet

Det kan alltså tänkas att part i en civilprocess som förs vid svensk domstol gör gällande att ett avtal är ogiltigt eftersom det strider mot utländsk konkurrensrätt eller väcker talan om skadestånd och därvid yrkar på tillämpning av ett främmande lands konkurrensrättsliga skadeståndsregler. Jag skriver ”kan tänkas” eftersom det ännu aldrig hänt. Förklaringen till att det ännu aldrig hänt får delvis antas vara densamma som förklaringen till varför så få konkurrensrättsliga tvister överhuvudtaget når svenska domstolar. I internationella tvister tillkommer emellertid ytterligare ett hinder.

Konkurrensrätten ligger i gränslandet mellan privaträtten och den offentliga rätten och är utomordentligt svår att hänföra till den ena eller andra kategorin.[25] I den lärobok i internationell privaträtt som används i samtliga juris kandidatutbildningar vid svenska universitet påpekar BOGDAN att utländsk offentligrättslig lagstiftning inte kan behandlas på samma sätt som utländska privaträttsliga regler. Huvudregeln bör vara att tillämpningen av utländsk offentlig rätt avvisas med hänvisning till den s.k. isolationsprincipen.[26]

Utländska offentligrättsliga krav skall enligt Bogdan normalt inte tillgodoses med de svenska domstolarnas hjälp. Helt avvisande är han dock inte och han framhåller att ”[i]nställningen till främmande offentligrättslig lagstiftning håller på att förändras i samma takt som staterna blir medvetna om sina gemensamma intressen att förhindra t.ex. skatteflykt, valutabrott, socialförsäkringsbedrägeri, brott mot

[24] De internationellt processrättsliga frågorna om domsrätt och verkställighet av främmande avgöranden har jag tidigare berört i en artikel om Brysselkonventionen och konkurrensrätten, ERT 1998, s. 102–121.
[25] Se om detta bl.a. Bernitz, Marknadsrätt, s. 77.
[26] Se Bogdan, Svensk IP, s. 80 f. Termen ”isolationsprincip” härstammar från Hjerner, Främmande valutalag, s. 253 f.

konkurrenslagarna osv. I den mån man anser att det ligger i domstolslandets intresse att vissa främmande offentligrättsliga lagar efterföljs bör lagarnas offentligrättsliga natur inte utgöra ett hinder".[27] Det är bland annat om tiden är mogen för tillämpning av främmande konkurrensrätt avhandlingen syftar till att utreda.

Den första frågan blir således om konkurrensrätten tillhör den offentliga rätten och om så är fallet främmande konkurrensrätt trots det kan tillämpas. Vidare kan de traditionella lagvalsreglerna ifrågasättas för offentligrättsliga regler. Enligt samma ovan citerade läroboksförfattare torde om utländsk offentlig rätt tillämpas "det [inte] spela någon roll vilken rättsordning som tillämpas på det aktuella rättsförhållandets privaträttsliga aspekter, utan de offentligrättsliga bestämmelserna får anses innehålla egna, uttryckliga eller underförstådda, regler om sitt geografiska tillämpningsområde".[28] Den andra frågan blir därför, om främmande konkurrensrätt anses kunna tillämpas, på vilket sätt den tillämpliga konkurrenslagen lämpligast skall utpekas. Vilken lagvalsregel skall gälla?

Även om de konkurrensrättsliga reglerna inte anses höra till den offentliga rätten kan ifrågasättas om den "klassiska" internationellt privaträttsliga metoden lämpar sig för sådana regler som de konkurrensrättsliga. Frågan uppkommer därför att de konkurrensrättsliga reglerna behandlas som s.k. internationellt tvingande regler, dvs. regler som av laglandets[29] domstolar tillämpas oavsett vilket lands lag som i övrigt är tillämplig på rättsförhållandet. De ges alltså företräde framför den lag som den internationella privaträtten utpekat som tillämplig.

Därigenom sätts ett av den internationella privaträttens främsta mål i fara – det om internationell beslutsharmoni.[30] Om inte andra staters domstolar än laglandets också är beredda att ge konkurrensrättsliga regler företräde framför den i övrigt tillämpliga lagen riskerar vi en situation där utgången i konkurrenstvist är avhängig av i vilket lands domstolar talan väcks. Frågan är om intresset av internationell beslutsharmoni *eller* intresset av att bistå en annan stat i att genomföra

[27] Bogdan, Svensk IP, s. 83.
[28] A.a., s. 83.
[29] Med "laglandet" avses här och i det följande det land som utfärdat den konkurrensrätt som gör anspråk på tillämpning.
[30] Se om detta mål bl.a. Rabel, Conflict of Laws, s. 94; Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 57 f.

dess konkurrenspolitik *eller* intresset av att skydda enskilda som drabbats av ett konkurrenshindrande beteende är så starkt att det motiverar ett frångående av de traditionella lagvalsreglerna.

1.1.3 Den praktiska relevansen

Jag beklagade tidigare att den privata övervakningen av konkurrensrättens efterlevnad hittills kommit att spela en så obetydlig roll i det svenska rättslivet. Jag tillstod också att frågan om tillämpning av främmande konkurrensrätt ännu aldrig aktualiserats inför en svensk domstol. Varför då skriva en avhandling om något som inte verkar vara ett problem? En fråga som ju är, eller åtminstone borde vara, av intresse för den juridiska forskningen är om problemet har någon praktisk relevans. Avhandlingsämnet förefaller vid en första anblick huvudsakligen vara av akademisk natur.[31]

Avhandlingen uppvisar sålunda vissa drag av grundforskning – ett ord som i uppslagsboken definieras som ”forskning som har rent vetenskaplig inriktning och inte primärt är avsedd att lösa praktiska problem”.[32] Det är riktigt såtillvida att den teoretiska frågan om tillämpning av utländsk offentlig rätt och den offentliga rätten närliggande regler är fundamentalt sammankopplad med internationellt privaträttslig teori och rör vid en livsnerv i striden om ämnets grundvalar.

Om, som enligt ordboksdefinitionen, med grundforskning avses forskning som inte primärt syftar till att lösa praktiska problem, vill jag emellertid å det bestämdaste hävda att denna avhandling inte riktigt kvalificerar sig som grundforskning. Även om några fall där frågan om tillämpning av utländsk konkurrensrätt ännu inte dykt upp i domstolarna innebär det inte att sådana inte kan tänkas. Avhandlingen får helt enkelt ses som ett exempel på när rättsvetenskapen ligger steget före rättstillämpningen. När avhandlingsämnets potentiella praktiska relevans nu framhållits är det väl dags för författaren att presentera bevis eller åtminstone i någon mån göra troligt att sådana tvister kan tänkas uppkomma. Följande tre exempel tjänar det syftet.

> *Exempel 1*
>
> Ett österrikiskt och ett svenskt företag sluter ett återförsäljaravtal enligt vilket det österrikiska företaget får rätt att på den amerikanska markna-

[31] Se Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 110.
[32] Nationalencyclopedins ordbok, Band 1, s. 571.

den sälja en viss produkt som det svenska företaget skall leverera. Enligt återförsäljaravtalet förbinder sig det österrikiska företaget att inte sälja produkten under visst pris – ett s.k. bruttoprissättningsavtal.

Efter en tid blir företagen oense om det rätta i den exklusivitetsstrategi som ligger bakom bruttoprissättningen. Sedan försök att omförhandla avtalet misslyckats byter österrikarna till en annan leverantör av en likvärdig produkt.

Efter att österrikarnas kontraktsbrott är ett faktum väcker det svenska företaget talan om skadestånd vid Stockholms TR, som enligt ett prorogationsavtal är behörigt forum. Tillämplig lag på avtalet är svensk rätt. Det österrikiska företaget hävdar invändningsvis att avtalet är ogiltigt enligt amerikansk konkurrensrätt, som är tillämplig på denna konkurrensbegränsning. Vidare inkommer man med stöd i samma amerikanska konkurrensrätt till tingsrätten med ett genkäromål med yrkande om kontraktuellt skadestånd för den uteblivna vinst som orsakats av att omsättningen minskat på grund av kravet på bruttoprissättning.

Exempel 2

Ett amerikanskt dataföretag med upphovsrätten till ett mycket avancerat CAD-program licensierar rättigheterna för den estniska marknaden beträffande återförsäljning, användarstöd och utbildning till ett svenskt företag. För att få rättigheterna till denna åtråvärda produkt tvingas det svenska företaget också att åta sig att köpa ett stort antal licenser årligen av en av amerikanarnas mindre attraktiva produkter – ett s.k. kopplingsförbehåll. I licensavtalet, som amerikanarna dikterat, föreskrivs att kalifornisk rätt är tillämplig. Ingenting sägs dock om behörig domstol.

Estlandssatsningen blir inte den framgång svenskarna tänkt sig och det hela går nätt och jämt runt. För att förbättra ekonomin vägrar man att köpa en enda licens till för den mindre intressanta programvaran. Någon enighet beträffande denna fråga går dock inte att nå med den amerikanska leverantören, som hotar med domstol.

Eftersom det svenska företagets huvudsakliga tillgångar finns i Sverige, och det amerikanska av svenska jurister upplysts om omöjligheten att av svenska myndigheter erhålla verkställighet av en amerikansk dom, väcker amerikanarna talan om skadestånd för kontraktsbrott vid Stockholms TR.

Till sitt försvar invänder det svenska företaget att kopplingsförbehållet är ogiltigt enligt den nya, på EG-rätten modellerade, estniska konkurrenslagen. Eftersom avtalet har konkurrensbegränsande effekt på den estniska marknaden är estnisk konkurrensrätt också tillämplig.

Exempel 3

Ett stort amerikanskt läkemedelsföretag med patent på en produkt nödvändig för att framställa ett visst läkemedel vägrar att sälja den till ett svenskt företag som dristat sig till att konkurrera med det ameri-

kanska företaget på dess hemmamarknad. Ingen närmare motivering till säljvägran lämnas och det kan konstateras att produkten till sinsemellan likvärdiga villkor säljs till många andra företag världen över, däribland ett svenskt.

Det kan konstateras att säljbojkotten negativt drabbat konkurrensen i såväl Sverige som USA. Eftersom det amerikanska företaget har ett helägt dotterföretag i Sverige finns behörig svensk domstol. Det svenska företaget väcker talan vid Stockholms TR och yrkar i första hand ”treble damages” enligt amerikansk konkurrensrätt. I andra hand yrkar man på tillämpning av den svenska konkurrenslagens skadeståndsregler, som dock knappeligen skulle ge samma höga skadeståndsbelopp.

Samtliga dessa tre exempel bedömer jag som fullt tänkbara även om det sista, som innebär talan om utomobligatoriskt skadestånd, får ses som mindre sannolikt. Även om svenska domstolar skulle acceptera tillämpningen av utländsk konkurrensrätt, lär det bli svårt att vinna acceptans för nivån på amerikanska skadestånd.[33] Det hade nog varit klokare processföring att väcka talan i amerikansk domstol.

Frågan om tillämpning av utländsk konkurrensrätt får i och med vårt inträde i Europeiska unionen förnyad aktualitet. Mellan EU:s medlemsstater gäller 1980 års konvention om tillämplig lag på kontraktsrättsliga förpliktelser, den s.k. Romkonventionen.[34] Denna konvention har åvägabragt enhetliga lagvalsregler på avtalsrättens område för samtliga EU:s medlemsstater. Sverige har också tillträtt konventionen och den gäller från och med 1 juli 1998 genom lag (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser i Sverige.

I Romkonventionens artikel 7 behandlas tillämpligheten av utländska och inhemska s.k. internationellt tvingande regler, dvs. regler som av laglandets domstolar tillämpas oavsett vilket lands lag som i övrigt är tillämplig på rättsförhållandet. Till denna kategori regler räknas de konkurrensrättsliga. I artikel 7.2 fastslås den självklarheten att en domstol alltid tillämpar forumstatens egna internationellt tvingande regler. *Att* en domstol får använda sin egen konkurrensrätt oavsett på

[33] Jfr. art. 137 st. 2 schweiziska IPRG vari stadgas att högre skadestånd än vad motsvarande konkurrensbegränsning skulle ha renderat i Schweiz inte kan utbetalas.
[34] OJ 1980, nr. L 266, s. 1.

rättsförhållandet tillämplig lag har heller aldrig varit särskilt omstritt. Frågan har snarare varit *när*.[35]

Den riktiga nyheten finner vi i konventionens artikel 7.1, där det slås fast att en domstol får ge verkan till ett tredje lands internationellt tvingande regler, d.v.s. regler från ett land som vare sig är forumstat eller det land vars lagar utgör avtalsstatut. Konkurrensrättslig lagstiftning anses omfattas av denna bestämmelse.[36] Stadgandet var så kontroversiellt att medlemsstaterna i konventionens artikel 22.1 gavs möjlighet att reservera sig mot detta, vilket också Storbritannien, Tyskland, Irland, Luxemburg, Spanien och Portugal gjort. Sverige har *inte* reserverat sig, varför tillämpning av utländsk konkurrensrätt fått särskilt stark aktualitet.

1.2 Forskningsuppgiften

1.2.1 Syfte

Avhandlingen kan sägas tjäna två syften – ett inomvetenskapligt och ett praktiskt. Det inomvetenskapliga syftet är att studera hur olika internationellt privaträttsliga metoder fungerar i frågan om tillämpningen av utländsk konkurrensrätt samt att försöka utvärdera lämpligheten av de olika metoderna. Av särskilt intresse har varit att studera den ”klassiska” bilaterala metoden och att jämföra den med den s.k. säranknytningsläran, som den ovan (s. 33) nämnda artikel 7.1 Romkonventionen kan sägas ge uttryck för (metoderna förklaras närmare i kapitel 2). Det praktiska syftet är givetvis att försöka presentera ett svar på den konkreta frågan, dvs. om och när utländska konkurrensrättsliga regler kan tillämpas.

Det inomvetenskapliga syftet att studera olika internationellt privaträttsliga metoder har stått i förgrunden. Det är det syftet som i mångt och mycket har fått styra avhandlingens disposition. Det är därför som avhandlingen begåvats med ett relativt omfattande kapitel 2 som redogör för framväxten av de olika metoder som ställs mot var-

[35] Den problematiken behandlas närmare i bl.a. Nerep, Extraterritorial Control of Competition.
[36] Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 28.

andra. Vidare har metodjämförelsen också fått styra inriktningen av den komparativa studien i kapitlen 5 till 9 och också analysen i kapitlen 10 om avtalsrättsligt lagval och kapitel 11 om utomobligatoriskt lagval.

En avhandling med syftet att i största möjliga detalj lösa alla lagvalsfrågor som kan uppkomma i internationella konkurrenstvister hade troligen sett annorlunda ut än denna. Den hade förmodligen till stor del ägnats åt att utreda vilket resultat de olika principerna för konkurrensrättens territoriella tillämplighet leder till vid olika slags konkurrensbegränsande avtal samt därefter mer kortfattat åt förutsättningarna att utifrån dessa tillämpningsanspråk tillämpa utländsk konkurrensrätt, dvs. en analys av artikel 7.1 Romkonventionen.[37]

Det ena behöver dock inte utesluta det andra. Den omständigheten att avhandlingen koncentrerats till konkurrensrättsliga regler och inte till den vidare kategorin internationellt tvingande regler (vilket ur ett inomvetenskapligt metodologiskt perspektiv hade gått lika bra) har med nödvändighet lett till att praktiska frågor kommit att beaktas eftersom det inte går att bortse från de konkreta regler som skildras. Vidare hade kapitel 4 om EG-rättens inverkan på frågan om tillämpning av utländsk konkurrensrätt aldrig skrivits om inte ett praktiskt syfte existerat parallellt med det teoretiska. Inte heller hade kapitel 3 om kvalifikation av konkurrensrättsliga regler skrivits på det sätt det skrevs om inte syftet faktiskt varit att leverera ett praktiskt användbart svar beträffande en viss kategori regler. Att resultatet av den undersökningen förhoppningsvis också har visst teoretiskt intresse får närmast betraktas som en bonus.

1.2.2 Avgränsningar

Avhandlingen är främst en studie i internationellt privaträttslig metod med konkurrensrättsliga regler som ett hjälpmedel för att illustrera skillnader mellan olika metoder. För att kunna analysera dessa skillnader har jag använt mig av de konkurrensrättsliga regler som huvudsakligen kan komma att aktualiseras i tvister mellan enskilda, dvs. de regler som stipulerar avtals ogiltighet och grundar skadeståndsskyldighet. Eftersom avhandlingen har ambitionen att hålla ett rimligt omfång har exempelvis frågan om inställningen till främmande konkurrensmyn-

[37] Mer i den riktningen går Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition.

digheters krav på böter, viten och bevismaterial fått lämnas därhän.[38] En utvidgning till att omfatta dessa frågor hade inte heller nödvändigtvis tillfört metodfrågan någonting.

Eftersom studien huvudsakligen syftar till en metodanalys har inte heller alla praktiska frågor ”körts i botten”. Det hade gått att djupare analysera exempelvis gränsdragningsfrågor mellan den lag som är tillämplig på avtalsrättsliga frågor – avtalsstatutet – och den lag som avgör *att* ogiltighet eller skadeståndsskyldighet skall vara för handen – konkurrensstatutet. Av samma anledning har de konkurrensrättsliga reglernas tillämpningsanspråk schematiskt antagits utifrån internationellt erkända kriterier. Den mer praktiskt inriktade avhandlingen hade, som sades ovan, behövt närmare penetrera den frågan.

Slutligen är det heller inte en avhandling som syftar till att studera *alla* tänkbara internationellt privaträttsliga metoder. Nej, syftet är att analysera den metod som ligger bakom den mycket kontroversiella artikel 7.1 Romkonventionen (se ovan s. 33), nämligen den s.k. säranknytningsläran. Denna metod ställs mot mer traditionell metod. Eftersom flera stater vid sin anslutning till Romkonventionen valt att reservera sig mot denna artikel är det intressant att se hur traditionell metod hanterar frågan om utländska konkurrensrättsliga regler.

1.3 Metod och material

Den internationella privaträtten är liksom den materiella rätten en del av den nationella rätten.[39] Rättskälleläran är också densamma. Ändå är komparativa utflykter av särskilt värde inom just detta ämne. Skälen till detta är många. För det första har ämnet så att säga ett internationellt föremål, dvs. det tar sikte på förhållanden som har anknytning till flera länder, varvid det naturligtvis är av intresse att se om utgången hade blivit densamma om en viss fråga hade prövats i något annat av de berörda länderna. För det andra är det inhemska materialet ofta så

[38] Mycket matnyttigt om detta står att finna i Mozet, Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden.
[39] Bogdan, Svensk IP, s. 19.

magert att man ibland kan ifrågasätta om det överhuvudtaget lämpar sig för en vetenskaplig framställning.[40]

Vidare har, såväl i Sverige som övriga världen, den internationella privaträtten i mindre utsträckning än den materiella rätten varit föremål för mer eller mindre heltäckande kodifiering.[41] Rättsvetenskapen har därför varit hänvisad till en tämligen sparsam och ofta mycket kasuistisk rättspraxis. Detta förhållande gäller särskilt för ämnets allmänna del. Då ämnet dessutom är mer ”formellt” till sin natur och mindre präglat av rättspolitiska värderingar än materiell rätt har det legat närmare till hands att se på utländsk rätt för att där hämta ledning. Det utländska materialet kan då vara till stor nytta som exempelsamling i den positivrättsliga diskussionen[42].

Ytterligare ett argument för rättsjämförande studier härleds från ett av den internationella privaträttens främsta mål, nämligen strävan efter internationell beslutsharmoni.[43] En sådan förutsätter att det skapas enhetliga lagvalsregler länder emellan. Mot önskan om internationell beslutsharmoni står olika nationella krav på att egna behov och förhållanden får styra utformningen av lagvalsreglerna. En förutsättning för att kunna göra en riktig avvägning mellan dessa två intressen är att en undersökning görs av de lösningar som redan existerar i olika länder.

De ovan anförda skälen till en komparativ inriktning gör sig särskilt starkt gällande inom den internationella konkurrensrätten. I svensk doktrin finns inget skrivet om just frågan om tillämpning av utländsk konkurrensrätt. Vad beträffar den för konkurrensrätten intressanta frågan om tillämpningen av utländsk offentlig rätt och regler i gränslandet mellan den offentliga och privata rätten får i första hand hänvisas till HJERNERS avhandling *Främmande valutalag och internationell privaträtt* från 1956, BOGDANS *Expropriation in Private International Law*

[40] Se Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 39; Hjerner, Främmande valutalag, s. XI; Pålsson, Haltande äktenskap, s. 17 ff.

[41] Det förhållandet har de senaste årtiondena dock ändrats i land efter land. Det finns också anledning att anta att EG kommer att utnyttja sin nyvunna kompetens i art. 65 EG-fördraget till en långtgående kodifiering och harmonisering av medlemsstaternas internationella privaträtt.

[42] Strömholm, SvJT 1971, s. 257.

[43] Se Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 57 f.

från 1975 samt artiklar av BAGGE 1937, GIHL 1953 och EEK 1973.[44] I utländsk, särskilt tysk, fransk och schweizisk doktrin har däremot förts en omfattande och kontinuerlig diskussion om såväl frågan om tillämpningen av utländsk offentlig rätt som utländsk konkurrensrätt. I Schweiz har dessutom båda frågorna blivit föremål för lagstiftning.

En komparation bör ta sin utgångspunkt i de stora och/eller på området ledande rättsordningarna, där såväl doktrin som praxis är omfattande. Jag har fastnat för att närmare belysa innehållet i tysk, schweizisk och amerikansk rätt. Skälen till detta är flera. Naturligtvis hade det varit intressant att studera flera rättsordningar, kanske särskilt engelsk och fransk rätt, men det har av hänsyn till önskan att inom rimlig tid kunna färdigställa undersökningen inte varit möjligt. Det går naturligtvis inte att svara på innan en sådan undersökning gjorts men det finns skäl att anta att det hade kostat mer än det smakat.

Det starkt begränsade urval som sålunda har måst göras motiverar jag på följande sätt. Tysk rätt har jag valt därför att det i Tyskland har utvecklats en mycket rikhaltig doktrin och praxis på området. Vidare kan med fog hävdas att den för den internationella konkurrensrätten så relevanta artikel 7.1 Romkonventionen bygger på den tyska s.k. säranknytningsläran. Schweizisk rätt är av särskilt intresse därför att den nya schweiziska kodifikationen om den internationella privaträtten som första och enda i världen uttryckligen har reglerat såväl den allmänna frågan om tillämpning av utländsk offentlig rätt som frågan om utländsk konkurrensrätt. Amerikansk rätt (USA) är av intresse bland annat därför att den är så olik den europeiska. Ibland kan själva olikheten göra en jämförelse mer intressant genom att den kan ge friska impulser. Vidare uppvisar artikel 7.1 Romkonventionen likheter med amerikanska internationellt privaträttsliga teorier om ”governmental interest analysis”.

Den stora brist på material som finns beträffande tillämpningen av utländsk konkurrensrätt – mig veterligen inte ett enda av domstol avgjort rättsfall i hela världen – har tvingat mig till att undersöka hur näraliggande rättsområden behandlas. Jag undersöker inställningen till

[44] Bagge, Den amerikanska guldklausullagstiftningens internationella verkningar i fråga om obligationslån utfärdade av icke-amerikansk gäldenär i dollarvaluta, TfR 1937, s. 158–210; Gihl, Lois politiques et droit international privé, Rec. des Cours, Vol. 83, 1953 II, s. 163–254; Eek, Peremptory Norms and Private International Law, Rec. des Cours, Vol. 129, 1973 II, s. 3–73.

internationellt tvingande och till offentligrättsliga regler i allmänhet. Utifrån resultatet av den undersökningen bör kunna analogiseras beträffande de konkurrensrättsliga reglerna, som är internationellt tvingande och ligger i gränslandet mellan offentlig rätt och privaträtt.

Det vore naturligtvis möjligt att hänföra de här relevanta konkurrensrättsreglerna till privaträtten och i den fortsatta undersökningen utgå ifrån det. Det hade varit arbetsbesparande. Tyvärr är de kriterier för indelning av rätten i en offentlig och en privat del som finns inte så klara och precisa att det med hundraprocentig säkerhet går att uttala sig om konkurrensrättens tillhörighet. Var någonstans man hamnar i en sådan analys beror bland annat på enligt vilken teori man anser att indelningen skall göras, något som ingalunda är klart. Även om jag i kapitel 3.4.2 kommer till resultatet att de konkurrensrättsliga reglerna om avtals ogiltighet och skadestånd, åtminstone i internationellt privaträttsliga sammanhang, bör betraktas som privaträttsliga vore det mycket vanskligt att bygga resten av avhandlingen på ett så angripbart antagande. Jag har därför, medveten om att det med endast något annorlunda utgångspunkt går att komma till ett annat resultat, ansett det nödvändigt att även utreda inställningen till främmande offentlig rätt.

1.4 Dépeçage och säranknytning – något om terminologin

I den internationellt privaträttsliga terminologin förekommer två termer – *dépeçage* och *Sonderanknüpfung*. En fråga som vållat mig mycket huvudbry är hur jag skall förhålla mig till dessa termer, som i mångt och mycket har samma betydelse. Låt mig börja med att förklara betydelsen för att därefter redogöra för och motivera mitt ställningstagande.

Den första termen, dépeçage, härstammar som hörs från franskan och betyder ungefär ”uppstyckning”. Inom den internationella privaträtten har den kommit att få två betydelser. Enligt den ena betydelsen innebär dépeçage att den lag som är bäst lämpad tillämpas på en specifik rättsfråga i ett rättsförhållande mellan två parter. Sålunda kan olika frågor i samma fall komma att bedömas enligt olika lagar. Dépeçage är

heller inte begränsat till den internationella avtalsrättens område.[45] Enligt den andra, snävare, betydelsen kan genom ett lagval två eller flera lagar utpekas som tillämpliga på olika delar av ett och samma avtal.

Termen dépeçage förefaller, så vitt jag kunnat se, vara en relativ nykomlig i den svenska internationellt privaträttsliga doktrinen och dyker egentligen inte upp förrän i samband med att den denna tar sig an Romkonventionen.[46] Tidigare användes (och används fortfarande) de mer svenskt klingande termerna uppdelning och uppspaltning.[47]

Säranknytning är min direktöversättning av tyskans ”Sonderanknüpfung”. Det är alltså fråga om något så heretiskt som ett försök till lansering av en ny term. I tysk doktrin kan Sonderanknüpfung betyda samma sak som dépeçage. Tyvärr är det emellertid inte så enkelt att Sonderanknüpfung är tyska för dépeçage. Dépeçage är en term som är känd även i tysk internationellt privaträttslig doktrin och existerar delvis parallellt med Sonderanknüpfung. För att ytterligare komplicera saker och ting förekommer i fransk doktrin uttrycket ”rattachement spécial” som är en översättning av den tyska termen. Sonderanknüpfung används nämligen huvudsakligen för att beteckna ett särskilt lagval för internationellt tvingande regler (se ovan s. 29).

Sonderanknüpfung är vanligast i sammansättningen ”Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen”, dvs. säranknytning av internationellt tvingande regler. Särskilt talas om Sonderanknüpfung i samband med den unilaterala metod och teori, den s.k. säranknytningsläran (Sonderanknüpfungslehre), som ligger bakom Romkonventionens artikel 7 (se om säranknytningsläran nedan kap. 2.4.2). Det som förvirrar är att termen också används i samband med frågor om särskilt statut för formkrav, rättshandlingsförmåga, följderna av passivitet osv. Dessa kan utses med ”vanliga” bilaterala lagvalsregler, dvs. lagvalsregler som utifrån ett visst anknytningsmoment kan leda till tillämpning av antingen inhemsk eller utländsk rätt.

Den lösning jag har stannat för i valet mellan dessa termer är att jag använder mig av begreppet säranknytning i samband med interna-

[45] Se t.ex. Reese, Columbia Law Review, Vol. 73, 1973, s. 58–75: ”Dépeçage can be defined broadly to cover all situations where the rules of different states are applied to govern different issues in the same case” (s. 58).
[46] Se Bogdan, TfR 1982, s. 14.
[47] Se Pålsson, Romkonventionen, s. 45 för modernt bruk och Lando, Kontraktstatuttet, s. 19 f. för den troliga källan.

tionellt tvingande regler och endast när det är fråga om den unilaterala metod, säranknytningsläran, som ligger bakom artikel 7. Säranknytningsläran representerar en potentiellt mycket viktig metodförnyelse inom den internationella privaträtten och den förtjänar en egen term. Den bör inte ”gömmas undan” inom det mycket vida begreppet dépeçage. Denna term använder jag, bortsett från det område jag reserverar för säranknytning, i den gängse betydelsen, dvs. alla andra tillfällen när olika frågor i samma fall bedöms enligt olika lagar. Jag behåller också termen i dess snävare betydelse, dvs. när två eller flera lagar utpekas som tillämpliga på olika delar av ett och samma avtal.

1.5 Disposition och läsanvisningar

Avhandlingen är indelad i fyra delar. Den första delen är betitlad *allmänna frågor*, och syftar till att lägga en grund vad beträffar avhandlingsämnet och de olika internationellt privaträttsliga metoder som avhandlingen syftar till att ställa mot varandra. Särskilt det andra kapitlet om *internationellt privaträttslig teori och metod* läses med fördel av läsare med intresse för detta slags frågor. Kapitel 1.1 om avhandlingsämnet får dock betraktas som ett ofrånkomligt måste för dem som vill läsa vidare.

De som läser vidare skall finna att avhandlingens andra del handlar om eventuella *hinder mot tillämpningen av utländsk konkurrensrätt*. Dess första kapitel, kapitel 3 försöker utröna om de konkurrensrättsliga reglerna om ogiltighet och skadestånd är offentligrättsliga eller privaträttsliga samt i någon korthet göra en utvärdering av dikotomins relevans för den internationella privaträtten.

Kapitel 4 om *EG-rättens inverkan* är en följd av att avhandlingen handlar om just konkurrensrätt och inte om internationellt tvingande regler i allmänhet. Konkurrensrätten är ett rättsområde där EG-rätten griper in och inte kan ignoreras. Det finns, om inte Romkonventionen räknas till EG-rätten, ingen EG-rättslig lagvalsregel för internationellt konkurrensrättsliga tvister. Den fråga som blir av intresse att utreda är istället om, och i så fall i vilken utsträckning, som EG:s konkurrensrätt, när den är tillämplig, hindrar medlemsstaterna från att tillämpa ett annat lands konkurrensrätt.

Sammanfattningsvis kan om del 2 sägas att jag där försöker besvara frågan *om* utländsk konkurrensrätt överhuvudtaget kan tillämpas.

I del 3 som omfattar en *komparativ undersökning* kommer länderna i något omvänd ordning. från den brukliga. Kapitlet om svensk rätt kommer nämligen sist. Det finns två anledningar till det. För det första är det inhemska materialet relativt magert och därför inte lämpligast att börja med. Bättre då att föra in läsaren i problemet med en av de mer matnyttiga rättsordningarna, lämpligtvis den tyska (kapitel 5), följd av schweizisk (kapitel 6) och amerikansk (kapitel 7) rätt. För det andra innebär inte kapitel 8 om svensk rätt att ämnet behandlas uttömmande. Kapitlet skall endast ses som en allmän inledning till och historisk bakgrund till den svenska rättens inställning till internationellt tvingande regler och offentligrättsliga regler i allmänhet. En närmare analys beträffande konkurrensrätten med utgångspunkt i svensk rätt (även om denna utgörs av internationella konventioner) görs nämligen strax därefter i del 4. Innan dess försöker jag dock i kapitel 9 mig på en sammanfattning och delanalys av det komparativa materialet.

”Mikrostrukturen” är densamma för samtliga de komparativa kapitlen. De innehåller alla, med undantag för kapitlet om svensk rätt, först en kort introduktion till det aktuella landets internationella privaträtt. Därefter utreds inställningen till offentligrättsliga regler i det s.k. skuldstatutet, dvs. den lag som är tillämplig på rättsförhållandet. Jag har valt att undersöka inställningen till just offentligrättsliga regler och inte inställningen till internationellt tvingande regler därför att det är den förstnämnda kategorin regler som särbehandlas i de undersökta rättsordningarna. Om en regel är privaträttslig anses den som regel ingå i skuldstatutet oavsett om den är internationellt tvingande eller inte.

Därefter analyseras de materiellrättsliga korrektur med vilkas hjälp konkurrensrättsliga regler med tillämpningsanspråk skulle kunna komma att beaktas även om de inte ingår i skuldstatutet. De materiellrättsliga regler som avses är främst civilrättsliga regler om att avtal i strid mot lag och goda seder är ogiltiga samt regler om att ett utländskt statligt förbud kan anses utgöra en omöjlighet med befriande verkan.

Vidare undersöks inställningen till den s.k. säranknytningsläran som ligger bakom artikel 7.1 Romkonventionen och i fallen Schweiz och USA, som ju inte kan tillträda EG-konventionen, om det finns något motsvarande. Slutligen försöker jag utifrån den insamlade in-

formationen att säga något om inställningen till främmande konkurrensrätt. Särskilt beträffande Schweiz finns det naturligtvis en del att säga eftersom landet lagstiftat i frågan om tillämplig lag på konkurrensrättsligt skadestånd.

I den komparativa delen diskuteras såväl frågan *om* som den om *när* utländsk konkurrensrätt kan tillämpas.

Avhandlingens fjärde del om *tillämplig konkurrenslag* kan läsas fristående och är nog den som innehåller mest matnyttigt för den som vill ha svaret på själva det praktiska problemet *när* utländsk konkurrensrätt kan tillämpas. Likväl följer även de två kapitlen om inom- och utomobligatoriskt lagval i denna del den ”mikrostruktur” som lades fast i den komparativa delen. Som jag sade tidigare i kapitel 1.2.1 dominerar det inomvetenskapliga syftet och även här ställs den ”klassiska” metoden mot den s.k. säranknytningsläran.

Kapitel 10 om avtalsrättsligt lagval är långt mer omfattande än kapitel 11 om utomobligatoriskt lagval. Det finns två anledningar till det. Den första och främsta anledningen är att det är inom det avtalsrättsliga lagvalet som skillnaderna mellan de olika metoderna framträder som tydligast. Det har därför varit motiverat att gå in på detalj. Den andra anledningen är att jag bedömer det inomobligatoriska lagvalet som praktiskt viktigare i konkurrensrättsliga tvister (se ovan s. 32).

2 Internationellt privaträttslig teori och metod

Det torde vara omöjligt att förstå den nuvarande internationella privaträtten utan att känna den bakomliggande historiska utvecklingen. En undersökning av denna torde bl.a. visa, att internationellt-privaträttsliga regler eller grundsatser, som nu tagas mer eller mindre för givna, ha sina rötter i samhällsförhållanden och föreställningar, som väsentligt avvika från vår tids. Man kan fråga sig, om de måhända accepteras som självklara just därför att deras ursprung är förgätet.[48]

2.1 Inledning

Frågan om tillämpning av utländsk konkurrensrätt är som jag redan i inledningskapitlet sagt intimt sammankopplad med internationellt privaträttslig teori och metod. Offentligrättsliga regler och regler som befinner sig i gränslandet mellan offentligrätt och privaträtt anses av många författare överhuvudtaget inte höra hemma inom den internationella privaträtten. Som redan antytts, och som kommer att framgå tydligare av kapitel 3, tillhör de konkurrensrättsliga reglerna om avtals ogiltighet och skadestånd just denna kategori av vad som skulle kunna

[48] Gihl, Historia, s. VIII.

kallas ”semipublika” regler. För alla dessa regler, som inte klart hör hemma inom privaträtten anses istället den s.k. internationella offentliga rättens regler vara tillämpliga. Inom den internationella offentligrätten gäller en annan metod än inom den internationella privaträtten – en unilateral metod.[49] Den huvudsakliga frågan är när en stats egna offentligrättsliga regler är tillämpliga och tillämpning av utländsk offentlig rätt diskuteras endast undantagsvis.

Metoderna överlappar emellertid varandra. Det har föreslagits att man skulle utvidga den internationella privaträtten till att omfatta även de ”semipublika” reglerna (alternativt att de redan omfattas) och att på dessa följaktligen den traditionella bilaterala metoden skulle tillämpas. Å andra sidan har också föreslagits att den unilaterala metoden skulle tillämpas även för privaträttsliga regler. Vad som kommit ur denna debatt, och som får betecknas som gällande rätt sedan Romkonventionen trätt i kraft, är ett slags metodpluralism med inslag av såväl unilateralism som bilateralism.

Framöver i avhandlingen kommer tillämpningen av dessa metoder på frågan om främmande konkurrensrätt att undersökas och utvärderas. För- och nackdelarna med ett system som bygger på olika metoder kommer också att diskuteras. Det synes mig därför vara på sin plats, att här för läsaren göra en relativt grundlig genomgång av de internationellt privaträttslig metoder som analyseras.

2.2 Tes: Savignys bilaterala metod

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779–1861), ledande gestalt inom den s.k. historiska skolan, utgav 1849 åttonde bandet av sitt stora verk *System des heutigen Römischen Rechts*. Första kapitlet (drygt halva bandet) om ”Oertliche Gränzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse” behandlar den internationella privaträtten och kom att bilda skola över hela Europa. Hans inflytande känns tydligt än

[49] Bogdan, Svensk IP, s. 83: ”[det] torde […] inte spela någon roll vilken rättsordning som tillämpas på det aktuella rättsförhållandets privaträttsliga aspekter, utan de offentligrättslia bestämmelserna får anses innehålla egna, uttryckliga eller underförstådda, regler om sitt geografiska tillämpningsområde”.

idag och han erkänns som grundaren av den moderna internationella privaträtten.[50]

2.2.1 Metodväxling

Det nya med Savignys teori var utgångspunkten, som också känns igen idag.[51] Till skillnad från tidigare statutteorier, som tog sin utgångspunkt i en schematisk klassificering av lagarna, övergick Savigny till att söka efter ett rättsförhållandes naturliga ”säte” (Sitz).

> Enligt tidigare s.k. statutteorier gällde att utgångspunkten var den främmande rättens tillämpningsanspråk. Detta skulle som regel respekteras. Denna metod kunde fungera i det medeltida Italien, där det alltid fanns en *jus commune* (den romerska rätten), ur vilken den främmande lagstiftarens extraterritoriella kompetens kunde härledas. Senare i Frankrike, vid en tid då nationalstaten höll på att växa fram (1500-talet), erkändes ingen dylik högre rätt. Gränsdragningen mellan de utländska rättsreglerna utifrån deras territoriella giltighet kunde egentligen endast avgöras efter domstolens eget huvud. I realiteten kom det att bli ett system där domstolslandets egna regler avgjorde huruvida utländsk rätt skulle tillämpas eller inte. Därigenom uppkom en diskrepans mellan praxis och teori som gjorde att teorin i längden var ohållbar. Statutteorin vilade ju på grundsatsen att den utländska rätten skulle ju tillämpas i kraft av sin egen lagstiftares obestridda kompetens att reglera en viss fråga och inte därför att domstolslandet ansåg det lämpligt.[52]
>
> Den holländska skolans (1600-talet) främsta bidrag var att den gjorde rent hus med de tidigare statutteoriernas grundföreställning att utländsk rätt skulle tillämpas i kraft av dess egen inneboende räckvidd. Till grund för tillämpningen av utländsk rätt lades istället *comitas gentium*. Utgångspunkt för frågeställningen var dock fortfarande den utländska rättens tillämpningsanspråk. Den holländska skolan, till skillnad från de itali-

[50] Neuhaus, RabelsZ 1982, s. 4; Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 53.

[51] Det har ifrågasatts om Savignys lära verkligen var så ny. Dels gick det endast ett år mellan sjunde och åttonde bandet av *System des heutigen Römischen Rechts*, varför Savigny knappast kan ha haft tid till omfattande egna undersökningar, dels har på grundval av jämförande analys mellan Savignys verk och tidigare tyska författare (bl.a. von Wächter) nyhetsvärdet bestridits. Se Nehaus, a.a., s. 5 f. Mycket kritisk till nyhetsvärdet av Savignys arbete Sandmann, Grundlagen und Einfluss der IPR-Lehre Wächters, s. 215 ff. Se Steindorff, Sachnormen im IPR, s. 41 ff. för en utförlig redogörelse över varför Savignys frågeställning måste ha varit ny.

[52] Gihl, Historia, s. 130 ff.

enska och franska skolorna, sökte lösa konflikter mellan suveräna staters rättsordningar.

CARL GEORG VON WÄCHTER (1789–1880) gick i sin 1841–1842 i Archiv für die civilistische Praxis publicerade avhandling *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* till hårt angrepp mot statutteorin. Wächter vände upp och ned på statutteorins metod när han hävdade att svaret på frågan om vilket lands lag som var tillämplig på ett visst rättsförhållande fick sökas i den egna rätten, dvs. i *lex fori*. Ännu starkare än den holländska comitas-skolan betonade han att den internationella privaträtten var nationell rätt.[53]

Savignys metodväxling, dvs. att inte längre fråga efter den främmande rättens tillämpningsanspråk, har karaktäriserats som en kopernikansk ändring av frågeställningen.[54] Själv formulerar han rättskipningens uppgift vid fall av ”Collision verschiedener Territorialrechte”[55] som:

> ”daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist, (worin dasselbe seinem Sitz hat)”[56]

Savigny själv tycks inte ha varit helt medveten om betydelsen av ändringen av frågeställning. Han förkastar visserligen statutteorin som ”otillräcklig” på grund av dess ”ofullständighet” och ”mångtydighet”,[57] men aldrig uttryckligen på den grunden att den skulle ha utgått från en felaktig ansats. Han använder sig dessutom ofta av fackuttryck hämtade från statutteorin, såsom exempelvis personalstatut och realstatut.[58] Vidare argumenterar han av och till utifrån statutteorins utgångspunkt, såsom exempelvis när han utrycker att lagar om

[53] von Wächter, Arch. Civ. Prax., Vol. 24, 1841, s. 236 ff.

[54] Neuhaus, RabelsZ 1949/50, s. 366. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 16 finner beskrivningen överdriven.

[55] von Savigny, System VIII, s. 23.

[56] A.a., s. 28, 108. Min översättning: ”att för varje rättsförhållande det rättsområde uppsöks, vilket detta rättsförhållande enligt sin karaktäristiska natur tillhör eller är underkastat (inom vilket det har sitt säte)” (den spärrade stilen i citatet ovan syftar till att återge originalet, där tesen bröts ut och trycktes i spärrad stil). Tesen upprepas av Savigny mer eller mindre ordagrannt på s. 121, 126, 128, 132, 251 och 295.

[57] A.a., s. 123.

[58] A.a., s. 148, 149, 296, 299, 303.

”Nachfolge in Lehen” inte är tillämpliga på vissa situationer.[59] Savigny insåg att det fanns en skillnad men hade svårt att se den praktiska betydelsen: ”Beide Arten, die Frage aufzufassen [vom Gesetze oder vom Rechtsverhältnis her], sind nur im Ausgangspunkte verschieden. Die Frage selbst ist hier und dort dieselbe, und die Entscheidung kann in beiden Fällen nicht Verschieden ausfallen”.[60]

2.2.2 Likhetsprincipen

Savigny introducerar begreppet ”freundliche Zulassung” som förklaringsmodell till varför främmande rätt överhuvudtaget tillämpas.[61] Begreppet i sig skiljer sig inte nämnvärt från den doktrin om comitas som utvecklats i den holländska skolan. Avgörandet att tillämpa utländsk rätt ligger hos forumstaten. Vilken lag som skall tillämpas kan fastställas utifrån allmännt gällande objektiva kriterier.

I den äldre holländska skolans frågande efter den främmande lagens tillämpningsområde och i dess tolkning av lagvalsproblem som suveränitetskonflikter låg en koppling mellan rätten och politiken. Savigny ser däremot inte privaträtten som lagar som kunde knytas till en politisk makt – för Savigny är privaträtten inte en beståndsdel av den statliga ordningen utan ett normativt uttryck för folkets seder. För honom är ”der eigentliche Sitz des Rechts das gemeinsame Bewustsein des Volkes”.[62] Enligt Savigny är rätten något som ”erst durch Sitte und Volksglauben, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch den Willen des Gesetzgebers”.[63] Staten spelar sålunda endast en marginell roll vid rättens

[59] A.a., s. 308.

[60] A.a., s. 3. Min översättning: ”Båda sätten att uppfatta frågan [utifrån lagen eller rättsförhållandet] skiljer sig endast åt i fråga om utgångspunkten. Frågan själv är här och där densamma och avgörandet kan i båda fallen inte bli annorlunda.”

[61] A.a., s. 28.

[62] von Savigny, Gesetzgebung, s. 11. Min översättning: ”rättens egentliga säte, folkets gemensamma medvetande”.

[63] A.a., s. 14. Min översättning: ”frambringas först genom sedvänja och folktro, därefter genom rättsvetenskapen, överallt alltså genom inre, i all stillhet verkande krafter, inte genom lagstiftarens vilja”.

tillkomst. Den kan förvisso kodifiera rätten i lagar, men dessa får då en rent deklaratorisk karaktär.[64]

Savigny får här anses vara influerad av tidens filosofiska strömningar, såsom de uttryckts av bl.a. KANT. (1724–1804).[65] Även Kant ser privaträtten som något som existerade redan i ”naturtillståndet”, även om den först med den offentliga maktens framträdande kunde säkras.[66] Tanken kan spåras ännu längre tillbaka till LOCKE (1632–1704) som utvecklade teorier om att egendom, och därmed också privaträtt, fanns redan i ”naturtillståndet”.[67]

Rätten tjänar enligt Savigny inte till att förverkliga statliga mål utan ger uttryck för ”der Volksgeist” (särskilt i den form denna uttolkas av historiskt skolade rättsvetenskapsmän).[68] Savignys rättsbegrepp gör själva lagvalsfrågan oberoende av en viss makthavares comitas eftersom det är fråga om rätt som inte syftar till att tjäna en viss suveräns intressen – och därigenom varken den inhemska eller utländska suveränen överhuvudtaget berörs. Savignys ”volksgeistlära” bekräftar statens indifferens inför lagvalsfrågan (som redan är för handen vad beträffar den materiella rätten), eftersom den förstår rätten som ett metafysiskt kulturfenomen och en ordning som redan är given staten.[69]

Det faller sig med Savignys rättsbegrepp naturligt att utgå från rättsförhållandet och de människor som skapat det samt att i första hand ta dessa människors vilja och intressen till utgångspunkt. Savignys angreppsätt är, till skillnad från hans föregångare som utgick från

[64] von Savigny var som framgår stark motståndare till kodifiering av den tyska rätten. Se förutom originalkällan även Wieacker, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, s. 86 ff.; Fikentscher, Methoden III, s. 72 f. och Gale, Stanford Journal of International Law, Vol. 18, 1982, s. 130 ff.

[65] Se allmänt om detta Tegethoff, Kant und Savigny samt även Wieacker, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, s. 11 f.

[66] Kant, Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, I. Teil § 8 ”Etwas Aeusseres als das Seine zu haben, ist nur in einem rechtlichen Zustande, unter einer öffentliche-gesetzgebenden Gewalt, d. i. im bürgerlichen Zustande möglich” (s. 61), § 9 ”Im Naturzustande kann doch ein wirkliches, aber nur provisorisches äusseres Mein und Dein statthaben” (s. 62). Se också. § 15 ”Nur in einer bürgerlichen Verfassung kann etwas peremtorisch, dagegen im Naturzustande zwar auch, aber nur provisorisch erworben werden” (s. 72).

[67] Locke, Two Treatises on Government, Book 2, Ch. 5, §§ 26 ff. (s. 286 ff.).

[68] Anners, Den europeiska rättens historia 2, s. 118.

[69] Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, s. 6 f.

en folkrättslig ståndpunkt, privaträttsligt.[70] Med Savignys synsätt återstår endast att söka efter ett rättsförhållandes säte eller ”Heimath” (hemvist – väl att skilja från personers hemvist).[71]

2.2.3 Internationellt beslutsharmoni

En huvudtes hos Savigny är att en lagvalsfråga skall avgöras likadant oavsett i vilken stat talan förs.[72] Savigny utgår från en idé om en folkrättslig gemenskap bland oberoende kristna stater, vilka betraktar varandras lagar som likställda.[73] Savigny tänker sig att en mellan olika stater fullständigt överenstämmande behandling av lagvalsfrågor snart kommer att förverkligas. En sådan överensstämmelse kommer antingen att kunna åvägabringas genom rättsvetenskapens och rättspraxis' försorg eller genom internationell lagstiftning.[74] Det kan därför inte heller, såsom i statutteorin som den kommit att utvecklas, generellt ges företräde för lex fori.[75] Savigny motiverar inte sin likställighetsprincip enbart utifrån teoretiska grunder utan även utifrån praktiska. Den *forum shopping* som domstolars preferens för den egna rätten leder till anser han vara orättfärdig.[76]

2.2.4 Bilaterala lagvalsregler

Eftersom Savigny anser att alla betänkligheter mot en ”freundliche Zulassung” av främmande rätt bortfallit och att lagvalsfrågan skall avgöras utifrån ett rättsförhållandes natur (dess säte), ligger det för honom nära till hands att tänka sig att det – oavsett vilket lands internationella privaträtt som tillämpas – kommer att utvecklas normer som

[70] Neuhaus, RabelsZ 1949/50, s. 372.
[71] von Savigny, System VIII, s. 120.
[72] A.a., s. 27.
[73] A.a., s. 27: ”einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen [… der] im fortschritt der Zeit immer allgemeinere anerkennung gefunden [hat] unter dem Einfluß theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht”. Även här kan ett inflytande från Kants idéer om ”ius cosmopoliticum” spåras. Se Kant, Die Metaphysik der Sitten, II. Teil, § 62.
[74] von Savigny, System VIII, s. 114 f.
[75] A.a., s. 126. Kritik mot Wächters lära om subsidiär användning av den materiella rätten i lex fori på s. 129.
[76] A.a., s. 129.

är internationellt riktiga. Normer som härleds utifrån ett rättsförhållandes och inte en viss lags natur bör således också vara allsidiga (eller annorlunda uttryckt bi- eller multilaterala).[77]

Savigny delar in rättsreglerna i ett antal olika klasser:[78]

I. Personer (rättskapacitet, rättshandlingsförmåga)
II. Rättsförhållanden
    1. Sakrätt
    2. Obligationsrätt
    3. Arvsrätt
    4. Familjerätt
        A. Äktenskap
        B. ”Väterliche Gewalt”
        C. Förmyndarskap

För dessa personer och rättsförhållanden gäller det att finna deras rätta säte. De faktiska förhållanden som därvid tjänar till att förmedla rättsförhållandets säte är enligt Savigny fyra:

1. En av rättsförhållandet berörd persons *hemvist*,
2. den *ort*, vid vilken *saken* som är föremål för rättsförhållandet *befinner sig*,
3. den *ort*, där en rättslig *handling* företagits eller skall företas, eller
4. den *ort*, vid vilken den *domstol* som har att fatta beslut i tvisten befinner sig.

När Savigny sedan närmare utreder vilket faktiskt förhållande som bäst ger uttryck för ett rättsförhållandes säte leder det inte till några enorma omvälvningar i förhållande till tidigare teorier.[79] Förtjänsten ligger snarast i att Savignys metod öppnar för en större förfining av lagvalsreglerna än den tidigare indelningen i statuta persona, realia och mixta. Vidare möjliggör sökandet efter ett rättsförhållandes säte också ett sökande efter rationella lagvalsregler som tar hänsyn till parternas intressen.[80]

[77] Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, s. 11 f.
[78] von Savigny, System VIII, s. 12, 118 ff.
[79] Strikwerda, Semipubliekrecht, s. 124.
[80] Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 117.

Savignys sökande efter ett rättsförhållandes säte innehåller i förhållande till hans egen rättskällelära en motsättning. För varje rättsförhållande skall rättssystemet tillfrågas ”welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist”.[81] Det är sålunda inte externa förhållanden som är avgörande vid det internationella rättsförhållandets platsbestämmande utan det är detta rättsförhållandes ”eigenthümliche Natur”, således interna förhållanden. Ett rättsförhållandes natur låter sig enligt von Savignys lära knappast sökas någon annanstans än i det underliggande rättsinstitutet – ”Wenn wir also nicht bey der unmittelbaren Erscheinung [des Rechtsverhältnisses] stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältniss unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinem Typus, steht, und von diesem […] beherrscht wird”[82] Rättsinstituten är enligt Savigny emellertid något abstrakt, tidlöst och av universell karaktär. Hur kan man i något från tid och rum avskärmat finna ett lokaliserande element för att avgöra ett visst konkret rättsförhållandes ”säte”?[83]

2.2.5 Gränserna för Savignys metod

Savigny behandlar i systematiserad form aldrig den internationella offentliga rätten. Han delar in rättsförhållandena i sådana som tillhör statsrätten (den offentliga rätten) och i sådana som tillhör privaträtten.[84] Han behandlar endast de till privaträtten hörande rättsförhållandena.[85] Vidare berör Savigny med avseende på internationellt privaträttsliga problem inte i någon större utsträckning gränsdragningsproblematiken eftersom han i sin framställning håller sig till områden som tryggt kan räknas till privaträtten (se ovan s. 50). I den mån han ändå försöker dra en gräns, dras den med hänvisning till den romerska rätten och Ulpianii välbekanta yttrande ”publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem”. Om detta uttalande har det hävdats att det ger uttryck för en intresseteori; ett synsätt som Savigny också förefaller dela.[86]

[81] von Savigny, System VIII, s. 28, 108.
[82] von Savigny, System I, s. 9.
[83] Se Gutzwiller, Einfluß, s. 45.
[84] von Savigny, System I, s. 331.
[85] A.a., s. 331: ”Das Wesen der dem Privatreeht angehöranden soll nunmehr weiter entwickelt werden; sie allein liegen in unsrer Aufgabe”
[86] A.a., s. 22: ”Dennoch bleibt zwischen beiden Gebieten ein fest bestimmter Gegensatz darin, daß in dem öffentlichen Recht das Ganze als Zweck, der

Inom ramen för ordre public, dvs. undantag från likställighetsprincipen, utvecklar Savigny vissa principer som kommit att leva vidare. Savigny använder själv aldrig uttrycket ordre public utan talar istället om undantag från grundsatsen att domstolen har att tillämpa den lag till vilken rättsförhållandet hör, oavsett om denna är inhemsk rätt eller utländsk.[87] Han delade in undantagen i två kategorier:

1. Lagar av strängt positiv, tvingande natur (Gesetze von streng positiver, zwingender Natur), som på grund av sin natur inte lämpade sig för en fri likställd behandling,
2. rättsliga institut i en främmande stat, som inte har någon motsvarighet i forumstaten och därför inte har anspråk på rättsligt skydd.[88]

Savignys inställning till vad som med modern svensk internationellt privaträttslig terminologi går under beteckningen ”typfrämmande rättsinstitut” får väl idag betecknas som föråldrad och har i de flesta rättsordningar ersatts med en mer flexibel inställning.[89]

Till den första kategorin, ”Gesetze von streng positiver, zwingender Natur”, räknar Savigny lagar som tillkommit av hänsyn till den allmänna sedligheten eller lagar som tillkommit av hänsyn till det allmännas bästa och därför kan vara av politisk eller nationalekonomisk karaktär. I förhållande till denna kategori lagar framstår, enligt Savigny, varje stat som fullständigt stängd. Någon tillämpning av utländsk rätt kan inte komma i fråga om en dylik inhemsk lag är tillämplig.[90]

Savignys begrepp ”Gesetze von streng positiver, zwingender Natur” omfattar vad som idag går under namnet ”internationellt tvingande regler” men är troligen en ännu bredare kategori. Till denna ka-

Einzelne als untergeordnet erscheint, anstatt daß in dem Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältnis sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besonderen Zustände bezieht.” Se vidare nedan kap. 3.3 för gränsdragningen mellan offentlig rätt och privaträtt.

[87] von Savigny, System VIII, s. 32.

[88] A.a., s. 33.

[89] Se beträffande svensk rätt Bogdan, Svensk IP, s. 94 ff. Savigny vill till de främmande rättsinstituten räkna sådant som idag snarast skulle anses strida mot ordre public, bl.a. vägrande att erkänna en ”negerslav” såsom egendom eftersom en person inte kan behandlas som en sak i den inhemska rättsordningen.

[90] von Savigny, System VIII, s. 36, 276.

tegori regler räknar antagligen Savigny alla regler vid vars tillkomst suveränen har haft ett intresse och som inte, enligt den historiska skolans syn på privaträtt, sprungit ur ”der Volksgeist”. Konstruktionen känns i viss utsträckning fortfarande aktuell även om exemplen naturligtvis åldrats med mindre värdighet. Savigny exemplifierar denna kategori lagar med bl.a. förbud mot polygami och förbud för judar att förvärva fast egendom.[91] Vidare anser Savigny att skadeståndsrätten (Delicte) tillhör de strängt positiva, tvingande rättsreglerna. På skadeståndsrättsliga spörsmål skall lex fori tillämpas oaktat att detta ofrånkomligen leder till *forum shopping*.[92]

2.2.6 Genomslaget för Savignys internationellt privaträttsliga lära

Inflytandet av Savignys *System des heutigen Römischen Rechts* på den moderna kontinentaleuropeiska internationella privaträtten kan knappast underskattas.[93] Hela den internationella privaträtten benämns ibland också ”Savignys internationella privaträtt”.[94] Den moderna västeuropeiska internationella privaträtten är såväl till metod som grunddrag omisskänneligt Savignysk till sin karaktär. Visserligen har många av de lagvalsregler som Savigny formulerade övergivits och genom förfining av den tämligen grova klassificeringen av rättsförhållandena (se ovan s. 50) har många nya tillkommit.[95] Alla väsentliga grunddrag i den moderna internationella privaträtten återfinns emellertid redan i Savignys lära: frågeställning som utgår ifrån rättsförhållandet och inte från lagen och den därur följande nödvändigheten att göra ett val mellan flera la-

[91] Viss försiktighet får anses vara påkallad med att ur detta uttalande dra slutsatsen att Savigny var antisemit. I nästa mening framhåller han att domaren i stater som inte har ett dylikt förbud för judar att förvärva fast egendom ej bör tillämpa utländsk rätt med sådant innehåll – även om den judiska personen i fråga har sitt hemvist i en sådan stat. Judarna fick fullständiga medborgerliga rättigheter i Preussen först 1869 och 1871 i det enade Tyskland.
[92] von Savigny, System VIII, s. 280.
[93] Så säger Vogel, Anwendungsbereich, s. 214 om Savignys lära att ”auf dessen Gedanken auch das heutige Internationale Privatrecht noch weitgehend aufgebaut ist”.
[94] Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 16 m.v.h.
[95] Strikwerda, Semipubliekrecht, s. 130.

gar,[96] frigörandet från den egna materiella rättens värderingar som leder till internationellt enhetliga avgöranden,[97] partsautonomi[98] samt slutligen också gränserna för statens internationellt privaträttsliga tolerans gentemot främmande rätt genom idén om ordre public.[99]

I Europas tysktalande delar var Savignys teorier fullständigt dominerande från och med 1890-talet. Nya kodifikationer från 1850-talet och framåt i Sachsen och Baltikum[100] samt i de tre schweiziska kantonerna Zürich, Zug och Schaffhausen kom att innehålla internationellt privaträttsliga bestämmelser som förrådde ett Savignyskt inflytande.[101]

I Frankrike, Belgien, Nederländerna och Italien kan Savignys starka inflytande spåras steg för steg. Först ut var nederländaren T.M.C. ASSER, känd grundare av Haagkonferensen för internationell privaträtt, som i ett arbete från 1879, beträffande den internationella privaträttens uppgift hänvisade till Savignys metod att utgå ifrån rättsförhållandet.[102] I belgaren LAURENTS kolossalverk från 1880–1881 över den internationella privaträtten sägs om Savigny att han ”est célébré comme l'initiateur de cette nouvelle direction de notre science”.[103] I Frankrike hyllades han av PILLET som i sitt betydelsefulla verk *Principes de droit international privé* skrev att ”[n]ous sommes tout prêts à adopter la terminologie de Savigny”.[104]

I den anglo-amerikanska rättssfären kom av flera skäl Savignys inflytande inte att bli lika starkt. I Förenta Staterna hade JOSEPH STORY redan 1834, dvs. innan Savigny utvecklade sin interntionellt privaträttsliga lära, utkommit med sitt banbrytande verk *Commentaries on the*

[96] Savigny, System VIII, s. 2 f. samt passim.

[97] A.a., s. 26 f.; Rabel, Conflict of Laws, s. 94 gör gällande att: ”[s]ince Savigny, it has been customary to regard the attainment of uniform solutions as the chief purpose of private international law.”.

[98] Savigny, System VIII, s. 110 ff.

[99] A.a., s. 33 ff.

[100] Baltikum stod vid denna tid under ryskt herravälde men det ledande skiktet utgjordes av en tysk minoritet. Så undervisades exempelvis huvudsakligen på tyska vid universitetet i Tartu (Dorpat) långt in på 1800-talet.

[101] Gutzwiller, Einfluß, s. 106 ff.; Niederer, Die allgemeinen Lehren des IPR, s. 62.

[102] Asser, Eléments de dip. ou du conflit des lois, s. 13. Eftersom detta verk inte kunnat uppbringas utan utlandsresa är hänvisningen efter Gutzwiller, Einfluß, s. 135.

[103] Laurent, Droit civil international, T. 1, s. 607.

[104] Pillet, Principes, s. 282.

Conflict of Laws, som kom att lägga grunden för den amerikanska internationella privaträtten i mer än ett sekel framöver. I England uppmärksammades Savigny dock i den på 1800-talet ännu sparsamma litteraturen av bl.a. WESTLAKE.[105]

I det kanske mest inflytelserika internationellt privaträttsliga verket på de brittiska öarna DICEY AND MORRIS görs uttryckliga hänvisningar till Savigny som auktoritet. Inom den engelska rätten torde begreppet *authority* fortfarande vara inskränkt till att endast omfatta ett ytterst litet antal rättslärde. I verket upptas jämte Savigny endast HUBER och STORY.[106]

En förklaring till framgången för Savignys teori för den internationella privaträtten kan tänkas ligga i tidpunkten för dess lansering. I förhållande till den liberala statsteori som kom att dominera den senare hälften av 1800-talet passar Savignys metod som hand i handske. Visserligen kom den historiska skolan och dess ”Volksgeist”-teori att bli en historisk parentes men den skarpa åtskillnad som denna skola gjorde mellan privaträtt och politik kom ändå att bli förhärskande. Savigny ansåg den från staten frigjorda rätten vara legitimerad eftersom den var en produkt av ”der Volksgeist”. Det sena 1800-talets ”civila samhälle” behövde inte längre denna legitimation eftersom det ansåg sig ha en från historia och tradition oberoende rätt att autonomt gestalta privaträtten.[107] Genom monopoliseringen av alla ”offentliga” funktioner hos ”staten” uppstod som motsats det ”civila samhällets” rent ”privata” område.[108]

Det är också begripligt varför Savignys internationellt privaträttsliga metod inte kom vid en tidigare tidpunkt. Vid glossatorernas tid eller vid tidpunkten för den holländska skolan fanns varken de filosofiska eller sociologiska förutsättningarna för Savignys metod.[109] Läran om privaträttens ”förstatlighet” var endast det teoretiska uttrycket för en faktisk utveckling som ägde rum under denna tid – indelningen i en privat och en offentlig sfär av vad som tidigare uppfattats som en

[105] Westlake, A Treatise on Private International Law, s. 67: ”[t]he following sketch of the Roman system will follow throughout the authority of Savigny, in the eigth volume of his great work on the modern Roman law”.
[106] Dicey and Morris, s. 8.
[107] Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, s. 9 f.
[108] Brunner, Land und Herrschaft, s. 115.
[109] Vogel, Anwendungsbereich, s. 225.

enda sammanhängande rättsordning. De teoretiska begreppen hade tillhandahållits av bl.a. HEGEL, som gjorde skillnad på ”stat” och ”samhälle”.[110]

Med en syn på privaträtten som något fristående från staten kunde Savignys internationellt privaträttsliga metod övertas utan att också ”Volksgeist-läran” övertogs. Statutisternas sökande i lagarnas innehåll efter kriterier för avgränsning av de olika rättsordningarnas giltighetsområde kunde överges. Suveränen, som överlämnat privaträtten till en autonom del av samhället, hade ingen anledning att återta detta överlämnande på det internationellt privaträttsliga planet. Dennes ointresse för privaträtt möjliggjorde inte enbart föreställningen att privaträtt i sig kunde finna tillämpning överallt; det gjorde också rättsförhållandena ”statslösa”. Därigenom uppstod ett behov av att utveckla regler som åtföljde de materiella privaträttsreglerna och anvisade rättsförhållandena ett ”säte”.[111]

I lagvalsreglernas avlägsnande från värderingarna i den materiella rätten återspeglas den liberala privaträttssynen. Avlägsnandet är konsekvent, eftersom den stat som har en indifferent inställning till privaträtten skulle vara inkonsekvent om den i den internationella privaträtten eftersträvade materiellt rättvisa lösningar. Följaktligen tjänar enligt Savignys modell lagvalsreglerna inte till att utpeka den materiellt bästa rättsordningen utan den geografiskt bästa; dvs. rätten i den stat i vilken en part, handling eller företeelse har sitt säte (eller närmast anknytning, tyngdpunkt osv. för att använda några av de liknelser som använts för att uttrycka detta förhållande). Med andra ord går den internationellt privaträttsliga rättvisan före den materiella. Den internationellt privaträttsliga rättvisan bygger precis som den materiella på en avvägning av intressen. Skillnaden ligger i att medan den materiella rätten ser till lagens innehåll, ser den internationella privaträtten till intresset av tillämpningen av ett visst lands lag – oavsett dess innehåll.[112]

[110] Hegel, Rechtsphilosophie, §§ 182 ff. Han försökte dock utan större framgång överbrygga motsatsförhållandet mellan ”stat” och ”samhälle” genom framställa staten som ”Wirklichkeit der sittlichen Idee” och därmed som en i den dialektiska processen högre stående nivå. Se § 257.

[111] Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, s. 10.

[112] Kegel, Internationales Privatrecht, s. 106 f. Jänterä-Jareborg, FS Agell, s. 301 har beskrivit det som att ”[d]en internationella privaträtten kunde länge beskrivas som en *lokaliseringsmetod* där lagvalsreglerna upekade tillämplig rätts-

2.2.7 Savigny och konkurrensrätten

Eftersom det knappt fanns någon konkurrensrätt på Savignys tid kan måhända en rubrik som ”Savigny och konkurrensrätten” vara en aning missvisande. I åttonde bandet av *System des heutigen Römischen Rechts* nämns heller aldrig med ett ord konkurrensrätt. Det är dock lätt att konstatera att om det då funnits konkurrensätt av modernt slag, hade den varit att hänföra till kategorin lagar av strängt positiv, tvingande natur. Beträffande denna kategori lagar kunde tillämpning av främmande rätt inte komma ifråga.

Savignys system har dock tidigare kommit att utsträckas till områden det ursprungligen inte omfattande. Som ovan sagts ansåg Savigny själv att skadeståndsrätten låg utanför gränserna för hans lära eftersom de tillhörde de strängt positiva, tvingande rättsreglerna. Det hindrar oss inte idag från att använda oss av en i allt väsentligt savignysk metod för att utpeka tillämplig skadeståndsrätt. Frågan är om det också vore lämpligt att utsträcka Savignys metod till de konkurrensrättsliga reglerna. Det är en fråga som återstår att utreda i framför allt kapitlen 5 till 11.

2.3 Antites: unilateralismen

Under den tid som Savignys metod med bilateral lagvalsregler började få allmän utbredning i Europa, fanns det alltid en minoritet som avvisade dessa och istället förespråkade ett system med ensidiga, eller unilaterala, lagvalsregler – dvs. regler, som enbart avgör när den egna materiella rätten är tillämplig.

Bakom dessa idéer om ett unilateralistiskt system ligger två helt olika utgångspunkter. Den äldre unilateralistiska skolan – som mot slutet av 1800-talet företräddes av bland andra SCHNELL[113] och NIEDNER[114] – tog sin utgångspunkt i folkrättsliga föreställningar och

ordning och den materiella utgången saknade relevans”. Se även Vischer, General Course on PIL, s. 92: ”the ’materialization’ of conflict of laws is the challenge of the further development in this field”.

[113] Schnell, ZIPS, Bd. 5, 1895, s. 337–343.

[114] Niedner, Einführungsgesetz, s. 13 f.

såg i Savignys system ett intrång i främmande staters suveränitet.[115] Om en stat genom allsidiga lagvalsregler också anvisar andra staters rätt deras tillämpningsområde ikläder den sig en roll den inte har befogenhet att spela. En stat kan inte bestämma vilken främmande makt som skall reglera ett rättsförhållande på vilket dess egna lagar inte är tillämpliga. Staten griper därmed in i andra staters suveränitet – det vore som om Tyskland avträdde en del av Frankrike till Spanien.[116]

En annan utgångspunkt ligger till grund för de unilateralistiska system som förespråkats av främst NIBOYET,[117] VIVIER,[118] SOHN[119] och PILENKO[120] – på senare tid särskilt lidelsefullt förfäktat av QUADRI[121]. För dessa modernare teorier är det inte längre fråga om överordnad folkrätt som skulle förjuda en stat att reglera tillämpligheten av en annan stats regler.[122] För att tala med Quadri är det istället fråga om de materiella rättsreglernas struktur och frågan om deras tillämplighet i rummet. Quadri jämför de vid den tiden existerande internationellt privaträttsliga lagreglerna med ”en skog av torra träd” eftersom även de modernare lagvalskodifikationerna var (och är fortfarande) långt ifrån lika detaljerade som motsvarande regler i den materiella rätten.[123] Lagvalsreglerna kan inte vara frikopplade från de materiella rättsreg-

[115] För en mer utförlig redogörelse för äldre kritiker av bilaterala lagvalsregler, se Wiethölter, Einseitige Kollisionsnormen, s. 4–8.
[116] Schnell, ZIPS, Bd. 5, 1895, s. 339.
[117] Niboyet, Cours de droit international privé français.
[118] Vivier, RCDIP 1953, s. 655–676 samt 1954, s. 73–90.
[119] Sohn, Harvard L. Rev., Vol. 55, 1941–42, s. 978–1004.
[120] Pilenko, Jus Gentium – Diritto Internazionale, Bd. 5, 1953, s. 34–59 samt dens., Revue Hellenique de Droit International 1953, s. 319–355. Se även de Nova, Diritto Internazionale 1959, s. 198–205. Pilenko utvecklade när han var professor vid universitetet i Petrograd, i en på ryska utgiven bok om internationellt privaträttslig metod, sina idéer redan 1911. Boken utkom i en andra upplaga 1915 men kom att förbli praktiskt taget okänd utanför Ryssland. Den bolsjevikiska statskuppen 1917 tvang Pilenko i landsflykt och först vid åttio års ålder återkom han till sina idéer i de ovan omnämnda artiklarna. Vid tidpunkten för sin död (1956) förberedde han ett större arbete, som dock aldrig kom att fullbordas.
[121] Quadri, Lezioni, passim.
[122] Se a.a., s. 275–278 för en redogörelse för skillnaden mellan den ”nya” unilateralismen och den ”gamla”.
[123] A.a., s. 7 (återgivet ur förordet till tredje upplagan): ”le codificazioni del diritto internazionale priato, vere selve di rami secchi”.

lerna och heller inte vara överordnade dem, eftersom ingen stat utfärdar regler med obegränsad territoriell tillämplighet, lika lite som den utfärdar regler som har obegränsad temporal tillämplighet. Det vore att agera som om inga andra stater funnes – och det kan en stat inte göra.

> Quadri, belyser problemet i ett mycket illustrativt exempel: I Italien regleras (åtminstone vid tidpunkten då Quadri gav exemplet) giltigheten av ett testamente (bortsett från formfrågor) enligt lagen i det land i vilket testator vid tidpunkten för sin död var medborgare. I Storbritannien och Förenta Staterna å andra sidan, regleras samma fråga av lagen i det land där testator hade sitt hemvist. Om en brittisk medborgare med hemvist i Förenta Staterna upprättar ett testamente, som av någon anledning klandras inför italiensk domstol, skulle frågan om testamentets giltighet där avgöras enligt brittisk lag.[124] Samma fråga skulle, såväl i Storbritannien som i Förenta staterna, ha avgjorts enligt amerikansk rätt.
>
> De rättsordningar som kan anses ha ett reellt intresse av frågan är ense om att den skall avgöras enligt regler i en av dem, dvs. enligt amerikansk rätt. Nu insisterar emellertid de italienska lagvalsreglerna på tillämpningen (i Italien) av medborgarskapets lag! Den italienska rättsordningen, som inte har något direkt intresse av att reglera frågan (vilket visas av att den inte tillämpar sina egna materiella regler), kommer att avgöra fallet enligt regler i ett land (Storbritannien), som inte självt betraktar sina regler som tillämpliga. Vidare kommer den italienska rätten genom att tillämpa brittisk rätt att vägra tillämpning av ett lands regler (de amerikanska), som anser dem tillämpliga. Enligt Quadri skall en stat inte ha några åsikter om tillämpligheten av främmande staters lagar – det är en fråga som de främmande staterna själva får avgöra.[125]

Tillämpningen av utländsk rätt, hävdar Quadri, beror inte på så kallade internationellt privaträttsliga regler utan på en allmän, grundläggande princip (som bygger på internationell välvilja) om anpassning av den egna materiella rätten till utländska rättsordningar eller principen om samordning med främmande rättsordningar.[126] Varje rättsregel har

[124] Quadri bortser i exemplet konsekvent från att såväl Storbritannien som Förenta Staterna på arvsrättens område är flerrättssystem. En något elegantare version av exemplet där Storbritannien och Förenta Staterna bytts ut mot Danmark och Norge presenteras i de Nova, Historical and Comparative Introduction, s. 580.

[125] Quadri, Lezioni, s. 280 ff.

[126] de Nova, Historical and Comparative Introduction, s. 579 (eftersom jag inte i någon större utsträckning behärskar italienska, har jag huvudsakligen

med nödvändighet vid sidan om ett bestämt materiellt tillämpningsområde också ett begränsat territoriellt och temporalt dylikt. Dessa är de tre nödvändiga element, som varje rättsregel innehåller och som är absolut likställda (även om de ibland av redaktionella skäl inte återfinns på samma ställe). Därför kan man inte plocka ut ett av dessa tre element (det materiella) och isolerat tillämpa det. Det vore en förvanskning av den utländska regeln eftersom endast *hela* regeln kan tillämpas och den kan endast komma från *en* stat.[127]

De slutsatser som unilateralisterna drog var att varje stat beträffande sina egna regler bestämmer när dessa är tillämpliga. Dessa avgränsningsregler kan kallas ensidiga eller unilaterala.[128] Metoden består i att rättstillämparen i ett fall med internationell anknytning beaktar alla rättsordningar som bör tas med i räkningen och utreder om de har regler som ”vill” tillämpas. Om detta är fallet beträffande någon rättsordning, skall avgörandet träffas utifrån dess regler. Om endast domstolslandets lag förklarar sig tillämplig, skall den tillämpas.

Om flera rättsordningar förklarar sig tillämpliga, är det fråga om en riktig eller ”positiv lagkonflikt”. I en sådan situation kommer man inte undan ett val mellan de på tillämpning pockande rättsordningarna. SCHNELL, som tillhör den äldre skolan unilateralister, anser för det fall att inte forumstatens regler gör anspråk på tillämpning, att lagen i det land skall tillämpas, som använder sig av samma anknytningsmoment som domstolslandets lag gör när den bestämmer tillämpligheten av sina egna regler. Utan vidare omsvep erkänner Schnell att sådana ”konflikter” skulle komma att lösas enligt den bilaterala metod till vilken han var motståndare.[129] Likaså anser PILENKO att domstolslandets lag skall ges företräde även om ett annat lands lag också gör anspråk på tillämpning. Om lex fori inte är tillämplig men två eller fler andra rättsordningar gör anspråk på tillämpning, skall antingen en bi-

förlitat mig på sekundärkällor – jag har dock haft tillgång till Quadris Lezioni).

[127] de Nova, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 817; Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 30

[128] Pilenko introducerar begreppet ”spatialrätt” (droit spatial) och kallar de båda metoderna ”monovalent”, dvs. unilateral och ”polyvalent”, dvs. bilateral, se Jus Gentium – Diritto Internazionale, Bd. 5, 1953, s. 34.

[129] Schnell, ZIPS 1895, s. 342 ”In einem solchen Falle würde die Frage nach dem anzuwendenden Recht ebenso beantwortet werden, wie nach der hier bekämpften Auffassung”.

lateral (polyvalent) lagvalsregel användas eller den rätt vars spatialrätt ligger närmast domstolslandets.[130] *Niboyet* föreslår att den rättsordning skall tillämpas, som mest liknar domstolslandets.[131]

QUADRI, ”with a valiant respect for logic”, vägrar att lösa den gordiska knuten genom att helt enkelt tillämpa den ena eller andra lagen. Han föreslår därför ingen direkt reglering utan anser att frågan får lösas från fall till fall genom beaktande av vilken av lagarna i fråga som är mest effektiv samt parternas förväntningar vad beträffar tillämplig lag.[132] I kontraktsrättsliga ”konflikter” får avtalets ”proper law” tillämpas vad beträffar avtalets innehåll men också vad beträffar formen. Andra tänkbara lösningar är enligt Quadri en kumulation av båda rättsordningarna (under beaktande av favor debitoris) eller tillämpning av den lag som ligger närmast domstolslandets.[133] SOHN vill i sådana fall av en ”positiv lagkonflikt” använda sig av ”the principle of cumulation of connecting factors”.[134] Vad som egentligen avses med det uttrycket är oklart, men Sohn förefaller syfta på ett sökande efter rättsförhållandets (Sohn talar om ”rights”) närmaste anknytning. Sådana anknytningsfaktorer skall tas i beaktande, som kan förväntas komma att tas i beaktande även i andra stater, som har att avgöra en liknande fråga.

Å andra sidan uppstår problem när *ingen* rättsordning förklarar sig tillämplig (en s.k. negativ konflikt). De flesta unilateralister förespråkar för dessa fall tillämpning av domstolslandets lag. PILENKO ser överhuvudtaget ingen konflikt (freden är inget ”negativt krig”). Lex fori skall tillämpas i kraft av sin allmänna tillämplighet, dess ”compétence supplétive”.[135] QUADRI förnekar att negativa konflikter i nämnvärd utsträckning existerar, eftersom någon rättsordning genom tolkning alltid kommer att förklara sig tillämplig.[136] Skulle ett sådant fall ändå dyka

[130] Pilenko, Jus Gentium – Diritto Internazionale, Bd. 5, 1953, s. 56. Se även Wiethölter, Einseitige Kollisionsnormen, s. 33 f. för en sammanfattning av Pilenkos lära.

[131] Niboyet, Cours, s. 352 medger dock att ”[c]e n’est peut-être pas une solution rationnelle, mais il faut bien trouver une solution”.

[132] de Nova, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 820.

[133] Quadri, Lezioni, s. 290 f.

[134] Sohn, Harvard L. Rev., Vol. 55, 1941–42, s. 994–999.

[135] Pilenko, Jus Gentium – Diritto Internazionale, Bd. 5, 1953, s. 53.

[136] Quadri, Lezioni, s. 288. Quadri anger som exempel ett fall där en argentinsk medborgare är bosatt i Frankrike. Den argentinska rätten, som tillämpar

upp ser han en möjlig lösning i skapandet av särskilda ad hoc regler i den materiella rätten.[137] SOHN slutligen, förespråkar även för dessa fall en vägning av anknytningsfaktorer: ”[t]he law whose comptence may be inferred from the accumulation of the points of attachement will decide the case even though it does not ordinarily take cognizance of such disputes”.[138]

De unilateralistiska systemen utgav sig inte bara för att vara logiska konsekvenser av ett eller annat postulat, de påstods också förenkla den internationella privaträtten. Problem, som uppstår med multilaterala system, skulle elimineras eller framstå som helt skenbara.[139] Kvalifikationsproblemet skulle upphöra att vara ett problem eftersom det inte längre skulle finnas någon anledning att försöka få in utländsk materiell rätt och inhemsk internationell privaträtt under en och samma nämnare. Varje ”spatialrätt” befattar sig ju enbart med den egna rättsordningens materiella regler, varför begreppen naturligtvis blir identiska.[140] Renvoi blir otänkbart eftersom varje lag enbart pekar ut sitt eget tillämpningsområde och aldrig hänvisar vidare till en annan

hemvistprincipen, är inte tillämplig (vilken sorts konkret problem Quadri avser framgår aldrig, man får förmoda att han för ett allmänt resonemang om personalstatut) eftersom personen i fråga har sitt hemvist i Frankrike. Den franska rätten, som tillämpar nationalitetsprincipen, är heller inte tillämplig eftersom han är argentinsk medborgare. Quadris lösning för detta fall går ut på att den franska rätten borde tillämpas eftersom hemvist alltid finns som alternativ tillämpningsgrund vad beträffar personalstatut. Den fråga man kan ställa sig är om fallet hade fått samma lösning om frågan hade uppkommit inför argentinsk domstol. Kan man verkligen utgå ifrån att den omständigheten att hemvist är subsidiärt till medborgarskap går före det eventuella förhållandet att medborgarskap kan vara subsidiärt till hemvist enligt argentinsk rätt? Mycket kritiska: de Nova, Historical and Comparative Introduction, s. 586; dens. Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 820 samt Gothot, RCDIP 1971, s. 31: ”les explications de M. Quadri son passablement embarrassées”.

137 de Nova, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 820.

138 Sohn, Harvard L. Rev., Vol. 55, 1941–42, s. 996 f. Sohn påstår sig vara influerad av svensken Nils Söderqvist som också drog åt det unilaterala. Se Söderqvist, Le Problème du Conflit de Lois.

139 Se Wiethölter, Einseitige Kollisionsnormen, s. 43–87 för en utvärdering av de unilaterala systemens praktikabilitet.

140 Pilenko, Jus Gentium – Diritto Internazionale, Bd. 5, 1953, s. 53 f.; Sohn, Harvard L. Rev., Vol. 55, 1941–42, s. 986 ff.

rättsordning.[141] Orde public skulle heller inte komma att vara något problem eftersom ”spatialreglerna” i lex fori uttryckligen skulle peka ut den egna materiella rätten som tillämplig där domstolarna tidigare gripit till ordre public.[142] Slutligen undviker man med ett unilateralt system den situationen att lagvalsreglerna i forumstaten pekar ut en lag, som själv inte ”vill” tillämpas.[143]

> Pilenko har beträffande ordre public fel. Han anför ett exempel där en indisk muslim vill ingå ett andra (polygamt) äktenskap i Paris. Enligt franska internationellt privaträttsliga regler skall medborgarskapets lag tillämpas på hans rätt att ingå äktenskap. Lagen i Indien tillåter polygama äktenskap, varför den franska domstolen tvingas tillgripa ordre public. Om den ”monovalenta” metoden istället tillämpades hade domstolen kunnat konstatera att art. 147 CC, som förbjuder ingående av ett andra äktenskap innan det första är upplöst, är tillämplig på alla äktenskap som ingås i Frankrike.[144]
>
> Det löser emellertid knappast problemet. Även med den ”monovalenta” metoden undkommer man knappast frågor av ordre public-karaktär. Om, för att ta ett klassiskt exempel, den tillämpliga lagen förbjuder ingående av äktenskap mellan man och kvinna av olika raser, finns inte nödvändigtvis någon lagregel i lex fori att förklara tillämplig om man inte tolkar det så att exempelvis 1:1 ÄktB ”Äktenskap ingås mellan en kvinna och en man [oavsett ras, religion etc.]” anses universellt tillämplig. Därmed är emellertid knappast någonting vunnet jämfört med att istället tillgripa ordre public.

[141] Pilenko, Jus Gentium – Diritto Internazionale, Bd. 5, 1953, s. 47 ff.; Sohn, Harvard L. Rev., Vol. 55, 1941–42, s. 984 ff. För Qadri se de Nova, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 818.

[142] Pilenko, Jus Gentium – Diritto Internazionale, Bd. 5, 1953, s. 42–46.

[143] Särskilt Quadri verkar uppröras.

[144] Jfr. 1:3 IÄL. Pilenko låter sig här inspireras av Kahns berömda uttalande att ”[w]as man unter den 'Gesetzen der öffentlichen Ordnung', der 'Vorbehaltsklausel' und ähnl. zusammenzufassen pflegt, ist im allgemeinen der noch unerkannte und der noch unfertige Regel des internationalen Privatrechts. Jede Ausnahme von einer sonst geltenden Regel, jede speziellere, neu sich bildende Kollisionsnorm, jede jenem Passepartout des ordre public”, Jherings Jb. 1898, s. 108.

2.4 Syntes: metodpluralism

2.4.1 Internationellt tvingande regler

Under rubriken ”internationellt tvingande regler” döljer sig egentligen flera olika idéer om allsköns särskilda regler som av en eller annan anledning inte passar in i det rådande internationellt privaträttsliga systemet. På grund av sin speciella natur låter sig dessa regler inte anknytas enligt gängse metod. Vilken metod det nu är fråga om har varit av mindre betydelse – såväl anhängare av unilateral som bilateral metod har uppmärksammat dessa regler och konstaterat att de inte riktigt passar in. De olika förslag som framförts låter sig med ganska avsevärd förenkling inordnas i tre grupper: lärorna om Prohibitivgesetzen, lois d’ordre public[145] samt lois d’application immédiate.[146]

Som ovan framgått (se ovan kap. 2.2.5) uppmärksammar redan SAVIGNY att vissa regler av ”streng positiver, zwingender Natur” på grund av sin natur inte lämpar sig för samma fria, oberoende av staters gränser, behandling som andra regler.[147] Savigny ser dock dessa regler som undantagsfall, vilkas existens endast kan beklagas och om vilka det kan förväntas att de med tiden kommer att minska i antal.[148] Hans profetia skulle emellertid komma att delvis slå fel. Han fick rätt såtillvida att mycket av det han vid den tidpunkten ansåg skulle undantas från hans system, idag utan vidare är föremål för bilaterala lagvalsregler. Ett gott exempel på det utgör den internationella skadeståndsrätten. Han fick fel såtillvida att nya regler av huvudsakligen ekonomiskpolitisk karaktär, vilka ingriper i civilrättsliga förhållanden, tillkommit i en utsträckning ingen nog kunnat ana vid 1800-talets mitt.

Savignys bilaterala metod kom att bilda skola i Tyskland, och även hans uppfattning om ”Gesetze streng positiv, zwingender Natur” som

[145] Eller närmare bestämt ”lois d’ordre police et de sûreté” och ”lois d’ordre public”.

[146] För en utförlig redogörelse se Schwander, Lois d’application immédiate, s. 125–198.

[147] Savigny, System VIII, s. 33.

[148] A.a., s. 38 ”Es ist aber zu erwarten, daß diese Ausnahmefälle, in Folge der natürlichen Rechtsentwicklung der Völker, sich fortwährend vermindern werden”.

ett *undantag* från huvudregeln kom att bli förhärskande. Senare kom de dock huvudsakligen att gå under beteckningen ”Prohibitivgesetze”.[149] I den romanska skolan, vars första företrädare var MANCINI,[150] kom dessa regler istället att gå under namnet ”lois d’ordre public”[151] och inte alls ses som ett beklagligt undantag utan istället som en andra bärande pelare i hela det internationellt privaträttsliga systemet.

Enligt den romanska skolan kunde lagarna delas in i personliga, för vilka en nationalitetsprincip[152] gällde, och territoriella, vilka följde en territorialitetsprincip. Den stora diskussionen kom att handla om vilka lagar som skulle höra till den ena kategorin och vilka som skulle höra till den andra. I allt väsentligt kunde man dock enas om att till de territoriellt verkande lagarna, dvs. ordre public-lagarna, hörde den offentliga rätten, lagar av politisk karaktär som tjänade den allmänna ordningen eller de goda sederna och lagar som inte tjänade den enskildes intressen utan det allmännas. Alla försök att identifiera dessa ”lois d’ordre public” hade det gemensamt att de tog sin utgångspunkt i en analys av lagens materiella innehåll.[153]

I Tyskland utlöste Savignys trevande försök att klassificera regler av ”streng zwingender, positiver Natur” i det internationellt privaträttsliga systemet ingen liknande entusiasm som den med vilken den romanska läran om ”lois d’ordre public” omfattades. De flesta författare var kritiska och tyckte att Savigny hade gjort ett för stort undantag från sin i övrigt till efterföljd förtjänande lära.[154] KAHNS attack mot

[149] Se t.ex. von Bar, Theorie und Praxis, s. 89; Kahn, Jherings Jb. 1898, s. 9–40. Det kom dock aldrig att råda någon större enighet om beteckningen ”Prohibitivgesetze” i litteraturen. De flesta författare avfärdade dem och beteckningen men var tvungna att ta ställning till dem och i förekommande fall även namnet eftersom det var i bruk i praxis. Se Schwander, Lois d’application immédiate, s. 125.

[150] Se de Nova, Historical and Comparative Introduction, s. 464–468 samt Gihl, Historia, s. 240–250 för en redogörelse för Mancinis idéer.

[151] Även ”lois de police” är vanligt förekommande samt ett flertal andra beteckningar, se Schwander, Lois d’application immédiate, s. 154.

[152] Gihl, Historia, s. 249 och passim föredrar istället ”civitetsprincip”.

[153] Schwander, Lois d’application immédiate, s. 154.

[154] Se t.ex. von Bar, Theorie und Praxis, s. 90: ”In der That ist die ganze Lehre von den Prohibitiv- oder zwingenden Gesetzen, so wie sie Savigny aufgestellt hat, nichts anderes als ein Hülfs- und Hausmittel, mit welchem er der sonst unbequemen und unhaltbaren Consequenzen seiner im Einzelnen – man darf das sagen, ohne der Genialität seiner Gesammtauffassung zu nahe

dessa ”Prohibitivgesetze” inom den internationella privaträtten torde vidare ha kvävt uppkomsten av idéer liknande dem om ”lois d'ordre public” i sin linda.[155] Yttermera vann idéer om ”negativ” ordre public terräng i den vetenskapliga diskursen. Visserligen erkändes också en ”positiv” ordre public men denna kom mest att ta formen av särskilda avgränsningsregler som gav viss lagstiftning, t.ex. den konkurrensrättsliga, ett vitt territoriellt tillämpningsområde och gjorde den internationellt tvingande – ibland dessutom utan att ordre public överhuvudtaget nämndes eller t.o.m. med uttryckligt avståndstagande från detta begrepp.[156]

Då nationalismen och de från Mancini härrörande idéerna om medborgarskapet som det juridiska band som förband en människa med en viss stat började avklinga även i de romanska länderna, förlorade läran om ”lois d'ordre public” sin teoretiska grundval. Den kunde inte längre bygga på den dualistiska indelningen i personliga och territoriella lagar. Vidare vann även inom det romanska rättsområdet idén om ordre public med ”negativ” verkan mark.[157] Den gamla frågan om vilka lagar i den egna rätten som undandrog sig vanliga lagvalsregler hade emellertid inte förlorat sin förmåga att fascinera. PHOKION FRANCESCAKIS kom 1958 i sitt verk om renvoi till räddning med sina betraktelser om vad han kallade ”lois d'application immédiate”.[158] Denna gång förefaller också chansen betydligt större att nå samsyn mellan romansk och germansk, samt möjligen även anglo-amerikansk, rättsvetenskap och -tillämpning.[159]

Francescakis' lära om ”lois d'application immédiate” har mycket gemensamt med den likaledes romanska läran om ”lois d'ordre public”. Den skiljer sig från sin föregångare framförallt i den teoretiskt bättre underbyggnaden (viktig eftersom även i de romanska länderna ”negativ” ordre public dominerar).[160]

zu treten – oft recht ungenügenden und unhaltbaren Consequenzen sich zu entledigen versucht”.

[155] Kahn, Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze), Jherings Jb. 1898, s. 1–112.

[156] Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 36 f.

[157] Maury, RCDIP 1954, s. 10.

[158] Francescakis, Renvoi, s. 11–16, 48–50. Senare utvecklat i Riv. dir. int. priv. proc. 1967, s. 691–698.

[159] Se Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 37 m.v.h.

[160] Schwander, Lois d'application immédiate, s. 184.

Med läran om ”lois d’application immédiate” – som på svenska översatts till ”omedelbart tillämpliga regler”[161] – har Francescakis inte för avsikt att uppfinna en ny metod utan han påstår sig enbart ha ett deskriptivt syfte.[162] I fransk praxis finns en lång rad avgöranden som stöder sig på artikel 3 Code Civil (CC) och även i belgisk, italiensk och spansk praxis finns avgöranden avseende liknande bestämmelser. I artikel 3 CC stadgas att ”Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire”[163] Doktrinen var emellertid oenig om tolkningen av denna bestämmelse.[164] Francescakis ger uttryck för förhoppningen att han genom att lansera begreppet ”lois d’application immédiate” skall kunna bringa doktrin och praxis samman.[165] Han vill göra klart att han endast ger ett nytt namn till en gammal företeelse.[166] Begreppet ”lois d’application immédiate” var en nybildning för att komma till rätta med den förvirring som uppdelningen i ”lois de police et de sûreté” och ”lois d’ordre public” hade medfört.[167]

Francescakis skiljer mellan de två kategorierna utifrån följande kriterier: ”Lois de police et de sûreté” bygger på artikel 3 CC – med dessa ingriper staten i civilrätten och i den internationella privaträtten. Enligt traditionell uppfattning skall de enligt lagens ordalydelse tillämpas territoriellt i den meningen att de enbart skulle tillämpas på personer eller sakförhållanden inom landets gränser.[168] ”Lois d’ordre public” däremot, har inte direkt stöd i lag utan har utvecklats i doktrinen och omfattar alla inhemska lagar som utesluter tillämpningen av utländsk rätt.[169]

[161] Termen, så vitt jag kan bedömma, för första gången använd av Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 240.
[162] Francescakis, Riv. dir. int. priv. proc. 1967, s. 696; dens., Ordre public, s. 164.
[163] Min översättning: ”Politirättsliga lagar och lagar avseende den allmänna säkerheten gäller för alla, som bor på franskt territorium”. Beträffande övriga lagar kunde däremot medborgarskapets lag vara tillämplig. En motsvarande bestämmelse finns exempelvis i Art. 28. disp. prel. codice civile: ”Le leggi penali e quelle di polizia e sicurezza pubblica obbligano tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato”.
[164] Francescakis, RCDIP 1966, s. 3 f., 6, 14 samt passim.
[165] Francescakis, Riv. dir. int. priv. proc. 1967, s. 694.
[166] A.a., s. 696: ”l’étiquette neuve recouvre un objet aprés tout traditionnel”.
[167] Francescakis, Répertoire, s. 480, not 121 och 123.
[168] A.a., s. 478 f., not 103–107.
[169] A.a., s. 479, not 108 och 110.

Enligt Francescakis är ”lois de police et de sûreté” och ”lois d’ordre public” lika i så måtto att båda kategorierna lagar inte utpekas som tillämpliga av de vanliga lagvalsreglerna. Istället frågas efter dessa lagars tillämpningsområde.[170] Därför finner Francescakis det också lämpligt att sammanfoga båda kategorierna under ett och samma begrepp – ”lois d’application immédiate”.[171] Ytterligare en anledning finner Francescakis i den omständigheten att praxis inte längre förmådde hålla isär de två kategorierna.[172] Det berodde bland annat på att det enligt Francescakis var omöjligt att hålla isär begreppen offentlig rätt och privaträtt (lois de police et de sûreté ansågs tillhöra den första kategorin).[173]

Francescakis avser med ”lois d’application immédiate [du droit interne] en del av den internationella privaträtten, som inte använder sig av metoden med bilaterala lagvalsregler utan omedelbart underkastar ett visst sakförhållande den inhemska rätten. Huruvida en regel är ”omedelbart tillämplig” avgörs inte av om den tillhör den offentliga eller privata rätten utan utifrån dess syfte. Omedelbart tillämpliga regler är sådana regler som har till syfte att skydda ”l’organisation étatique”.[174] Francescakis anger visserligen en räcka exempel på lagar som är omedelbart tillämpliga men anser att det i första hand är en uppgift för rättstillämpningen att bestämma vilka som skall räknas till denna kategori. Det leder visserligen till rättsosäkerhet men det skulle å andra sidan beröva rättstillämpningen dess nödvändiga smidighet (*souplesse*) om lagstiftaren i varje fall uttryckligen i lagen angav att den var omedelbart tillämplig.[175]

[170] Francescakis, RCDIP 1966, s. 3.
[171] A.a., s. 4.
[172] Francescakis, Répertoire, s. 480, not 121 och 123.
[173] A.a., s. 479 f., not 121. Se vidare dens., Riv. dir. int. priv. proc. 1967, s. 695 och Ordre public, s. 160 beträffande kritik mot uppdelningen i offentlig rätt och civilrätt för den internationella privaträttens räkning: ”Le droit international privé est en fin de compte le droit de toutes les relations internationales affectées par la diversité des droits internes. Il se doit donc d’aborder de front le problème de l’intervention de l’Etat, qu’elle s’exprime ou non par le concept du droit public.”
[174] A.a., s. 480, not 124–127; dens. RCDIP 1966, s. 12 f. samt Riv. dir. int. priv. proc. 1967, s. 697.
[175] Francescakis, Répertoire, s. 481, not 146.

Det finns sålunda två slags lagar. Å ena sidan finns det lagar som skall tillämpas omedelbart – ”lois d’application immédiate”. Å andra sidan finns det lagar som skall användas när inga omedelbart tillämpliga regler står att finna. För den senare kategorin, och här skiljer sig Francescakis från unilateralisterna, skrider de vanliga bilaterala lagvalsreglerna till verket och pekar ut tillämplig rätt.[176] Francescakis medger att termen ”lois d’application immédiate” är vilseledande såtillvida att de inte helt är undandragna den internationellt privaträttsliga processen. Även de omedelbart tillämpliga lagarna har sitt tillämpningsområde som måste fastställas. För dessa lagar återfinner man sålunda en äldre internationellt privaträttslig metod, som föregår Savignys, och som utgår ifrån lagarnas tillämpningsområde.[177]

Slutligen uppkommer för ”lois d’application immédiate” frågan om deras förhållande till ordre public och frågan om även utländska ”lois d’application immédiate” skall tillämpas. Enligt Francescakis är domstolarnas uppgift lättare vid tillämpningen av ”lois d’application immédiate” än vid tillgripandet av ordre public. I fallet ”lois d’application immédiate” måste inte domstolen fälla ett värdeomdöme utan enbart slå fast nödvändigheten av att tillämpa den egna lagen. Orde public kan därmed reserveras för fall där utländsk rätt strider mot allmänna rättsgrundsatser i lex fori och kommer därmed att tillgripas i färre fall än tidigare.[178]

Vad beträffar tillämpningen av utländska ”lois d’application immédiate” knyter Francescakis,[179] liksom senare företrädare för läran, an sina idéer till Nussbaums observationer av ”spatially conditioned internal rules”.[180] Det leder till frågan om denna bestämning av lagens

[176] Francescakis, Renvoi, s. 15 f.; dens., Riv. dir. int. priv. proc. 1967, s. 697. Se RCDIP 1966, s. 16 där Francescakis svär sig fri från unilateralismen: ”Pour nous, il n’est question de fixer unilatéralement que le seul domaine de ses lois. Ce qui reste dehors de ce domaine est du ressort des règles de conflit du type de Savigny”.

[177] A.a., s. 9: ”C’est dire que l’on retrouve avec elles l’autre procédé de solution des conflits de lois, le plus ancien, celui que Savigny n’avait pas négligé mais que la doctrine contemporaine a perdu de vue, autrement dit le procédé de réglementation des relations internationales par détermination du domaine d’application des lois”.

[178] Francescakis, Ordre public, s. 165 f.

[179] Francescakis, Renvoi, s. 15.

[180] Nussbaum, Principles of PIL, s. 71.

territoriella tillämpningsområde är att betrakta som en (ensidig) lagvalsregel eller som en del av den materiella regeln själv – en fråga som är av särskild betydelse för de rättsordningar som inte, eller endast i undantagsfall, tillämpar utländsk internationell privaträtt (renvoi), t.ex. Sverige och Italien (se nedan kap. 10.3.2.1 för frågans betydelse vid tillämpning av Romkonventionen).

RODOLFO DE NOVA, som kom att ägna frågan om vad han kallade ”norme autolimitate”[181] mycken energi, ansåg inte att det var fråga om renvoi. Det var endast fråga om trogen tillämpning av den utländska rätten – ”[i]t is simply applying that substantive rule of the competent legal order which does fit the facts of the given case – as those facts are seen by *that* legal order”. de Nova förutsätter dock först att den utländska rätten har utpekats av en bilateral lagvalsregel i forumstaten. ”Norme autolimitate” tillämpas sålunda enbart inom ramen för skuldstatutet eller lex fori.[182] Det är emellertid inte självklart att det är en tillfredsställande lösning, vilket för oss till frågan om en eventuell säranknytning av dessa regler.

2.4.2 Säranknytningsläran

Säranknytningsläran består egentligen av ett flertal olika läror. Gemensam nämnare för dem alla är att de inte anser att skuldstatutet kan ge ett förnuftigt svar på hur utländska ”lois d’application immédiate”, som ju ofta är offentligrättsliga, skall hanteras.[183] Säranknytningsläran kan sålunda ses som den andra sidan av det mynt som på ena sidan präglats med olika bilder av omedelbart tillämpliga regler – eller som de kommit att kallas: internationellt tvingande regler. Istället för att låta dessa internationellt tvingande regler omfattas av den internationellt privaträttsliga laghänvisningen, förespråkar de en parallell ”säranknytning” av slika regler.

[181] de Nova var inte konsekvent utan använde flera andra termer. Se Lipstein, ICLQ 1977, s. 885 m.v.h. för hans varierande terminologi. På engelska använde han sig av termen ”self-limiting substantive rules. Se de Nova, Historical and Comparative Introduction, s. 533.
[182] A.a., s. 533.
[183] Schubert, RIW 1987, s. 734.

Under åren före andra världskriget stod den tyska industrin inför ett bekymmersamt juridiskt problem. På 1920-talet hade stora mängder obligationer utställts av tyska företag i USA. Efter införandet av valutakontroll i Tyskland 1931 och tillämpningen av denna senare under nazistregimen, vägrade de tyska obligationsgäldenärerna att betala såväl ränte- som kapitalbelopp, som skulle utbetalas i utländsk valuta och på utländsk ort. De tyska företagen hänvisade till dessa valutaregler, som inte tillät dem att fullgöra sina förpliktelser utan tysk myndighets tillstånd. De erbjöd sig istället att fullgöra sin betalningsskyldighet genom att inbetala beloppen i tyska mark till en tysk myndighet. De tyska utgivarna/gäldenärerna blev följaktligen i flera fall stämda inför amerikansk domstol.

Då dessa obligationer alla löd under lagen i staten New York och kapital samt ränta skulle erläggas där, tappade de tyska svarandena alla mål. De var på jakt efter ett hållbart försvar. Tyska rättsvetenskapsmän konsulterades och dessa utvecklade en teori, vilken skulle tillåta tysk rätt, eller åtminstone de tyska valutareglerna, att bli tillämpliga för dessa fall med anknytning till New York.[184] Teorin mötte inget gillande i de amerikanska domstolarna, men lades senare fram som en akademisk övning av WENGLER 1941[185] och utvecklades vidare av ZWEIGERT 1942[186]. Dessa förslag lade grunden till den s.k. säranknytningsläran[187], som har blivit föremål för omfattande diskussion i

[184] Mann, Mandatory Rules, s. 32.

[185] Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, ZvglRW 1941, s 168–212.

[186] Zweigert, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ 1942, s. 283–307.

[187] Tankar om att internationellt tvingande regler (en term som ej användes vid denna tidpunkt) var underkastade andra lagvalsregler än de som utpekade skuldstatut cirkulerade dock tidigare, särskilt i anslutning till de s.k. guldklausulmålen i flera staters högsta domstoler. Se bl.a. Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Band IV, s. 249 ff. som 1936 förespråkade en säranknytning av offentligrättsliga regler som skyddar privata intressen; Bagge, TfR 1937, s. 158–210 samt även Koeppel, Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht, s. 86 ff., 151 f. som 1938 synes ha förespråkat säranknytning. Neumeyer skiljer sig något i motiveringen från bl.a. Wengler och Zweigert i det han betonar att tillämpningen av utländsk offentlig rätt sker helt i forumstatens eget intresse (se s. 177). Wengler var emellertid den

främst tysk doktrin.[188] I det följande gör jag en beskrivning av de enligt min mening viktigaste bidragen till säranknytningslärans utveckling.

2.4.2.2 Wengler

WILHELM WENGLER utgår ifrån att tvingande regler i forumstatens lag används oavsett vilket lands lag som är avtalsstatut om det bara finns en tillräckligt nära anknytning mellan forumstaten och rättsförhållandet.[189] Vidare utgår han ifrån att tvingande regler i avtalsstatutet skall användas, men ifrågasätter vad som egentligen menas med avtalsstatut. Enligt Wengler kan inte frågan enbart besvaras med påståendet att avtalsstatutet är den rättsordning som är tillämplig på avtalsförhållandet. Han slår fast att i nästan alla länders internationella privaträtt säranknyts vissa delfrågor, som t.ex. formkrav, rättshandlingsförmåga, misstag, m.m.[190]

Avtalsstatutet bestämmer alltså inte över hela rättsförhållandet, utan bara de delar som inte redan säranknutits till en annan rättsordning. Frågan kan då ställas om inte internationellt tvingande regler angående innehållet i en rättshandling också borde säranknytas.[191]

Ur grundsatsen att domstolarna i forumstaten använder sina egna internationellt tvingande regler utan hänsyn till avtalsstatutet, drar Wengler slutsatsen att främmande tvingande regler också får användas oavsett vilket lands lag som är avtalsstatut. Han motiver detta med att det är nödvändigt för att erhålla likalydande domar oavsett forum – internationell beslutsharmoni.[192]

Ett främmande lands internationellt tvingande regler skall, enligt Wengler, användas i enlighet med dessa reglers tillämpningsanspråk.[193] Varje stat som själv utfärdar internationellt tvingande regler bör, enligt

förste som utförligt presenterade en sammanhängande teori om på vilket sätt utländsk offentlig rätt skulle säranknytas.

[188] Mann, Mandatory Rules, s 31 f.

[189] Wengler, ZvglRW 1941, s. 169.

[190] A.a., s. 172. Här använder Wengler termen ”Sonderanknüpfung” på ett sätt där jag istället använder mig av ”dépeçage”.

[191] A.a., s. 172 f.

[192] A.a., s. 181 f.

[193] A.a., s. 183. Wengler och övrig tysk doktrin talar om reglers ”användningsvilja”. Jag använder mig istället av termen ”tillämpningsanspråk”.

grundtanken om vad Wengler kallar den ”internationella rättshjälpen”, också tillämpa främmande staters internationellt tvingande regler enligt deras tillämpningsanspråk, för att kunna påräkna att de egna internationellt tvingande reglerna tillämpas i utländskt forum.[194]

Vidare fordras, enligt Wengler, att laglandet har en verkligt nära anknytning till rättsförhållandet, vilket rättfärdigar tillämpningen av dess internationellt tvingande regler. Ett starkt tecken på nära anknytning är att utfärdarstaten själv är i stånd att genomdriva sina bestämmelser.[195] Tillräckligt nära anknytning kan exempelvis också anses råda om båda parterna har sitt säte eller hemvist i utfärdarstaten.[196]

Om ett rättsförhållande, trots svag anknytning till laglandet, faller under dess internationellt tvingande regler, bör de ifrågavarande reglerna inte beaktas. Den utfärdande staten har då, enligt Wengler, handlat utanför sitt folkrättsliga kompetensområde. Wengler inser det osannolika i att alla länder kommer att tillämpa samma kriterier för nära anknytning till forumstaten. Han anser emellertid att möjligheten att uppnå internationellt enhetliga lösningar vore större om dörren öppnades för tillämpning av utländska internationellt tvingande regler, än om staterna fortsätter att tillämpa internationellt tvingande regler i lex fori men enbart tillämpa utländska dito om de tillhör skuldstatutet.[197]

Wengler ser inte kumulation av flera länders internationellt tvingande regler som något problem. I sådana fall måste avtalsinnehållet överensstämma med alla dessa. I fråga om redaransvar borde exempelvis gälla att internationellt tvingande regler i de lagar som utfärdats av de länder där avgångshamnen, destinationshamnen och rederiets säte är belägna kumulativt avgör om en ansvarsklausul är giltig. Wengler ser i detta inget hinder för den internationella handeln, då exempelvis de rättsliga kraven på fartygets sjöduglighet måste vara uppfyllda på alla orter.[198]

Slutligen uppställer Wengler kravet att en främmande stats internationellt tvingande regel inte får strida mot forumstatens ordre public.

[194] A.a., s. 181 f. Här verkar Wengler vara inne på ett slags ”comitastänkande”.
[195] A.a., s. 185.
[196] A.a., s. 187.
[197] A.a., s. 188.
[198] A.a., s. 191 f.

Några undantag anser emellertid Wengler påkallade. En utländsk internationellt tvingande regel skall, enligt Wengler, emellertid i vissa fall kunna tillämpas trots att den till sitt innehåll strider mot forumstatens ordre public. Om rättsförhållandet har en förhållandevis svag anknytning till forumstaten, kan det tänkas att ordre public i lex fori inte ”gör så starkt motstånd” mot den utländska internationellt tvingande regeln. I sådana fall skulle alltså ordre public i forumstaten inte rätt och slätt hindra en användning av den utländska rätten, utan fungera som geografisk begränsning av de främmande internationellt tvingande reglernas tillämpningsområde.[199]

Slutligen kan Wenglers säranknytningslära sammanfattas i tre krav för att utländska tvingande regler skall vara tillämpliga:

1) Rättsförhållandet måste falla under den tvingande regelns avsedda tillämpningsområde.
2) Det måste finnas en tillräckligt nära anknytning mellan utfärdarstaten och rättsförhållandet.
3) Den tvingande regeln får inte strida mot forumstatens ordre public.[200]

2.4.2.3 Zweigert

KONRAD ZWEIGERT vidareutvecklade Wenglers lära och presenterade 1942 ett lösningsförslag för de fall där ett avtalsförhållande är underkastat inhemsk rätt, men ett fullföljande av avtalet omöjliggörs av utländska prestationsförbud.[201] Ämnet hade, mitt under brinnande världskrig, högsta aktualitet. I förhållande till Wenglers nyss nämnda förslag inskränkte Zweigert sitt förslag i två avseenden: Bland mångfalden av utländska internationellt tvingande regler omfattas enbart prestationsförbud av hans säranknytningslära, samt endast i den konstellation där lex fori även är skuldstatut.

Zweigert ifrågasätter den dittillsrådande tyska praxis att enbart använda utländska förbudslagar – exempelvis guldklausulförbud, valutalagar, smugglingslagar och lagar om förbud att driva handel med fien-

[199] A.a., s. 197 f.
[200] A.a., s. 211.
[201] Zweigert, K., Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ 1942, s. 283–307.

den[202] – om den utländska lagen var skuldstatut. Alltsomoftast tillämpas den främmande lagen ändå inte eftersom den anses strida mot tysk ordre public.[203]

Det främsta syftet med varje lagvalsregel måste, enligt Zweigert, vara att ett konkret fall bedöms lika i hela världen – internationell beslutsharmoni. Detta syfte motverkas emellertid av att beslutsharmoni inte får uppnås på bekostnad av forumstatens intressen. För att skapa en lagvalsregel för prestationsförbud anser Zweigert det nödvändigt att söka sig bortom Savignys metod.[204]

Fullkomlig beslutsharmoni kan uppnås om en förbudsregel används i enlighet med regelns avsedda tillämpningsområde. Detta tillämpningsområde får förvisso eftersökas genom tolkning, men reglerna kommer ändock säkerligen ofta att visa sig göra anspråk på världsvid tillämpning. Någon form av begränsning är av nöden. Zweigert ansluter sig här till Wenglers ståndpunkt att en internationellt tvingande lag måste ha tillräckligt nära anknytning till rättsförhållandet för att kunna tillämpas.[205]

Vad som menades med tillräckligt nära anknytning behöver dock konkretiseras. Zweigert slår fast, att om en ”Wertbewegung” äger rum inom utfärdarstatens territorium, skulle anknytningen vara tillräckligt nära.[206] För att lösa konflikten mellan önskan att uppnå internationellt enhetliga avgöranden och de nationella intressena, söker Zweigert frigöra sig från ordre public-tänkandet. En utländsk internationellt tvingande regels anspråk på tillämplighet skall inte avgöras utifrån forumstatens intressen, utan bedömas enligt en övernationell måttstock – ”internationellt typiska intressen”.[207]

[202] A.a., s. 293.
[203] A.a., s. 287.
[204] A.a., s. 287 f.
[205] A.a., s. 288 f.
[206] A.a., s. 294 f. Zweigert använder i sin artikel det svårtolkade, för att inte säga svårbegripliga, uttrycket ”Wertbewegung”. ”Wertbewegung” betyder ordagrannt ”värderörelse” – ett uttryck som knappast gör någon klokare. Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 152 not 1 översätter med ”värdeöverflyttning”. I Jan Hellners avhandling ”Om obehörig vinst”, begagnar författaren sig av uttrycket ”förmögenhetsförskjutning”, (s. 4) som synes mig vara en lämplig översättning på ”Wertbewegung”.
[207] Zweigert, RabelsZ 1942, s. 290 f.

Zweigert lyckas i sin uppsats aldrig närmare precisera innebörden av ”internationellt typiska intressen”. Han menar dock att domstolen skulle befria sig från nationella värderingar och i stället föreställa sig intressena hos en färglös idealstat. Den utländska förbudslagstiftningen skall, hävdar Zweigert, avklädas alla individuella egenheter och domaren skall tränga in i dess sakliga kärna. På så vis kommer en objektiv bedömning att äga rum.[208]

Zweigert sammanfattar sin säranknytningslära i denna sats:

> ”Ausländische Leistungsverbote sind dann anzuwenden, wenn sie nach ihrem eigenen Geltungskreis angewendet werden wollen und wenn die den Leistungsvorgang vermittelnde Wertbewegung sich ganz oder zum Teil im Gebiet des Verbotslandes abspielt.”[209]

I ett senare arbete försöker Zweigert konkretisera vad han menar med ”internationellt typiska intressen”.[210] Han gör skillnad mellan internationellt tvingande regler som ger uttryck för allmänt förekommande och erkända ekonomiska och sociala värderingar samt sådana som går därutöver och till och med utgör kampåtgärder mot andra stater. De allmänt erkända internationellt tvingande reglerna (règles sympathiques) skall säranknytas, till skillnad från den andra gruppen internationellt tvingande regler (règles hetérogènes).[211]

2.4.2.4 Säranknytningslärans väg till svensk rätt

WENGLER och ZWEIGERT lade grunderna till en lära som fått många anhängare och idag också kan kalla sig härskande mening. Av just denna anledning har jag här valt att lyfta fram dem. Syftet med det här avsnittet är inte att ge en uttömmande redogörelse för alla teorier och

[208] A.a., s. 292.

[209] Min översättning: ”Utländska prestationsförbud skall tillämpas, när de enligt sitt eget giltighetsområde gör anspråk på tillämpning och när den genom prestationen förmedlade förmögenhetsförskjutningen utspelar sig helt eller delvis inom förbudslandets territorium.”

[210] Zweigert, K., RCDIP 1965, s. 645–666.

[211] A.a., s. 653 ff. Uttrycket påstår han sig ha lånat från Neumayer, BDGVöR, Heft 2, 1958, s. 35. Neumayers artikel är emellertid på tyska och det uttryck han använder sig av är ”artfremde Eingriffe” (s. 35), som i sin tur kommer från Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht IV, s. 235 ff. Se Neumayer, RCDIP 1957, s. 579 som i denna artikel översätter detta uttryck till ”interventions hétérogènes”.

uttalanden om säranknytning; det skulle i sig säkert kunna fylla en volym. Syftet är istället att försöka spåra den röda tråden fram till artikel 7 i Romkonventionen som idag är gällande rätt i Sverige och också bygger på säranknytningsläran.

KARL H. NEUMAYER slår i en artiklar i två delar publicerade 1957 och 1958[212] fast att internationellt tvingande regler i praxis inte enbart används när de tillhör avtalsstatutet. Å andra sidan används heller inte alltid varje tvingande regel i avtalsstatutet.[213] Han förespråkar utifrån dessa två iakttagelser säranknytning av utländska internationellt tvingande regler i enlighet med följande sats:[214]

> ”les regles qui sont impératives sur le plan international s'appliquent chaque fois que les éléments de fait visés par une disposition se réalisent en tout ou dans leur partie essentielle dans la sphère sociale relevant du législateur ayant édicté ladite disposition.”[215]

Neumayer anser inte att kumulation av flera länders internationellt tvingande regler utgör något problem. Om ett avtal skall uppfyllas delvis i flera länder är det inte oskäligt att kräva av parterna att de förutser och räknar med en tillämpning av åtminstone de internationellt tvingande reglerna i de berörda rättsordningarna.[216]

Problemet med internationellt tvingande regler observerades också av holländaren DE WINTER. Hans intresse för ämnet går att spåra så långt tillbaka som 1940[217] men den artikel som troligen är den som kom att få betydelse för rättsutvecklingen är från 1964.[218] de Winter

[212] Neumayer, K.H., Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, RCDIP 1957, s. 579–604 och 1958, s. 53–78.
[213] Neumayer, RCDIP 1957, s. 582 ff, 587 ff
[214] Neumayer, RCDIP 1958, s. 73.
[215] Min översättning: ”internationellt tvingande regler skall alltid användas när de faktiska omständigheter som berörs av en bestämmelse, i sin helhet eller till en betydande del, utspelar sig i den sociala sfären hos den lagstiftare som har utfärdat nämnda bestämmelse.”.
[216] Neumayer, RCDIP 1958, s. 75.
[217] Se Schultsz, RabelsZ 1983, s. 267–270 för en redogörelse för ”den tidige” de Winters skrifter. de Winter gick vid den tiden för övrigt under namnet Barmat. Trots att han var först är det endast Neumayer som citerar honom. Se Neumayer, RCDIP 1957, s. 582 (not 4) och passim.
[218] de Winter, Dwingend recht bij internationale overeenkomsten, Ned. TIR 1964, s. 329–365.

bekänner sig till samma skola som Wengler, Zweigert och Neumayer och anser med dem att tredje länders internationellt tvingande regler kan tillämpas i vissa fall.[219] De internationellt tvingande reglerna identifierar han som en grupp rättsregler som ligger mellan de tvingande rättsreglerna och ordre public: ”dwingende rechtsregels met een zo belangrijke sociale functie dat deze ook in internationale gewallen niet mag worden opgeofferd”.[220] Till denna kategori räknar de Winter tvingande regler om avbetalningsköp, arbetsavtal och agenturavtal. Han vill också dit hänföra ett stort antal regler av närmast ordnings- och planeringskaraktär (ordeningsvoorschriften), vilka fyller en viktig social eller ekonomisk funktion och ligger i gränsområdet mellan offentlig rätt och privaträtt. Som exempel anger han (den nederländska) hyreslagstiftningen, den extraordinära förordningen om arbetsförhållanden, valutaregleringen, förbudet mot guldklausuler, prisföreskrifter, föreskrifter beträffande import och export av varor, konkurrenslagstiftningen, nationaliseringar och så vidare.[221]

Även om de Winter själv i jämförelse med Wengler, Zweigert och Neumayer får anses stå närmast den sistnämnde,[222] kritiserar han såväl Zweigert som Neumayer för att de ger för snävt utrymme för säranknytning genom att de kräver för nära anknytning till utfärdarstaten för tillämpning av dess internationellt tvingande regler. Zweigert uppställer ju kravet på att en ”Wertbewegung”[223] skall ha ägt rum inom utfärdarstatens territorium och Neumayer kräver att ”les éléments de fait visés par une disposition se réalisent en tout ou dans leur partie essentielle dans la sphère sociale relevant du législateur ayant édicté ladite disposition”[224]

de Winter anser istället att tillämpningen av utländska internationellt tvingande regler endast skall vara föremål för följande tre begränsningar:

1. Forumstatens ordre public i dess klassiska negativa funktion,

[219] A.a., s. 344–355.
[220] Min översättning: ”tvingande rättsregler med en så viktig social funktion att dessa inte heller i internationella fall får uppoffras”.
[221] A.a., s. 332.
[222] Schultsz, RabelsZ 1983, s. 271.
[223] För uttrycket se ovan not 206.
[224] Se ovan not 215 för översättning.

2. om den främmande lagstiftaren agerat *ultra vires*, dvs. utanför sin folkrättsliga kompetens,
3. om den främmande regeln står i konflikt med ett annat lands internationellt tvingande regler med tillämpningsanspråk; i så fall skall de inblandade staternas intressen vägas mot varandra och den viktigaste regeln skall tillämpas.[225]

Endast två år efter de Winters artikel avgjortes det s.k. *Alnati*-målet av det nederländska Hoge Raad.[226] Tvisten rörde en sjötransport av drygt 9 000 säckar potatis från Antwerpen till Rio de Janeiro ombord på fartyget "Alnati". Vid ankomsten befanns lasten vara skadad. Lastägarnas försäkringsbolag krävde skadestånd av transportören, ett nederländskt rederi. Enligt en lagvalsklausul i konossementen var nederländsk lag tillämplig. Trots denna lagvalsklausul yrkade kärandena på tillämpning av belgisk lag som var förmånligare för dem i det att den lade bevisbördan på transportören för att skadan orsakats av omständigheter som låg utanför dennes kontroll.

I målet uttalade Hoge Raad närmast obiter dictum[227] att i vissa fall kan en främmande stat ha så stort intresse av att dess regler tillämpas att nederländska domstolar borde beakta dem och ge dem företräde framför ett lagval som parterna gjort. Så ansågs dock inte vara fallet beträffande de belgiska reglerna.[228] Hoge Raad gör ingen uttrycklig hänvisning till de Winters artikel, vilket däremot generaladvokaten Minkenhoff gör.[229] Hoge Raad går också på samma linje som generaladvokaten i denna fråga.

Därefter dyker regler om säranknytning av internationellt tvingande regler upp 1969 i artikel 13 i förslaget till Beneluxkonvention om enhetlig internationell privaträtt[230] och senare också som artikel 16 i 1978 års Haagkonvention om tillämplig lag i mellanmansförhållanden.[231] Denna bestämmelse, som på engelska lyder:

[225] de Winter, Ned.TIR 1964, s. 358 f.
[226] Hoge Raad 13.5.1966, NJ 1967, no. 3.
[227] Se Schultsz, RabelsZ 1983, s. 275 not 49 m.v.h. för en diskussion om uttalandet av Hoge Raad var obiter dictum eller ratio decidendi.
[228] NJ 1967, s. 21.
[229] A.st., s. 22 f.
[230] Se Am. J. Comp. L, Vol. 18, 1970, s. 420.
[231] Se Act. Doc. La Haye, 13ème session, (1976) T. IV, s. 371.

> In the application of this Convention, effect may be given to the mandatory rules of any State with which the situation has a significant connection, if and in so far as, under the law of that State, those rules must be applied whatever the law specified by its choice of law rules.

Bestämmelsen har kommit att stå som förebild för artikel 7.1 Romkonventionen,[232] som numera är gällande rätt i Sverige och alltså innebär att säranknytningsläran letat sig även hit.

[232] Guiliano/Lagarde-rapporten, s. 26 f.

II

HINDER MOT TILLÄMPNING AV UTLÄNDSK KONKURRENSRÄTT

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

82

Redaktör: Nils Jareborg

INTERNATIONELL KONKURRENSRÄTT

OM FRÄMMANDE KONKURRENSRÄTTS TILLÄMPLIGHET I SVENSK DOMSTOL

Michael Hellner

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Hellner, M. 2000. Internationell konkurrensrätt. Om främmande konkurrensrätts tillämplighet i svensk domstol. International Competition Law. The Application of Foreign Competition Law in Swedish Courts. Iustus Förlag. 379 pp. Uppsala 2000. ISSN 0282-2040. ISBN 91-7678-448-7.

In litigation involving parties from different countries, private international law questions regarding jurisdiction, applicable law, and enforcement of foreign judgements must be addressed. This study concerns the issues arising in the determination of applicable law in international litigation involving the private enforcement of competition law.

The private international law problems that arise are mainly two. First, competition law can be characterized as public law, and the application of foreign competition law could then be deemed to violate the maxim that foreign public law is not to be applied by the Swedish courts. Second, it is highly doubtful that "traditional" bilateral choice of law rules are adequate to cope with internationally mandatory rules such as competition law rules. In addition to this the question is asked whether EC law constitutes an obstacle to the application of foreign competition law.

A comparative survey of German, Swiss, U.S. and Swedish law is carried out in order to see what possible solutions to the problem that can be found in the different legal orders. Finally, the suitability of several methods of private international law, both bilateral and unilateral, is evaluated in respect to the application of competition law. The answer might not be the same depending on whether the choice of law is in contract or in tort.

Michael Hellner, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, Box 512, SE-751 20 Uppsala

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2000
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-448-7
Omslag: IdéoLuck AB
Sättning: Författaren
Tryck: Elanders Graphic Systems AB, Göteborg 2000
Förlagets adress: Östra Ågatan 9, 753 22 Uppsala, tel: 018-693091

Förord

Det har varit en spännande, stimulerande, rolig, befruktande, ja helt enkelt enastående upplevelse att få vara doktorand vid Juridicum i Uppsala. Men som med allt annat är det dags att sluta när det är som roligast. Inga tårar rinner därför nerför min kind över att jag nu måste lämna denna avhandling och gå vidare.

Avhandlingen har inte skrivits i ett vakuum. Många personer och institutioner har bidragit till att på olika sätt underlätta arbetet. Först och främst vill jag tacka min kära hustru, Ann Hellner, för att hon stått ut med sin emellanåt kinkige make, visat oavlåtligt förtroende för hans förmåga, under den sista tiden stått för markservice och under hela tiden varit solskenet i hans liv.

Jag är också glad att ha haft en handledare i överbibliotekarien Ulf Göranson, som trots att han egentligen lämnat alla förpliktelser inom juridiken, velat ägna sig åt mig och min avhandling. Trots det ansvarsfulla arbetet som överbibliotekarie har Ulf tagit sig tid att finnas där när jag behövt honom.

Jag vill också tacka deltagarna i mikroseminariet i internationell privaträtt: professorn Maarit Jänterä-Jareborg och doktoranderna Marie Larsson, Magnus Ödman och Kristina Örtenhed för att de läst delar av manuskriptet och agerat bollplank. Utan er hade det blivit en sämre avhandling. Till seminariet har docenten Torbjörn Andersson och doktoranderna Dag Edvardsson, Eva Edwardsson och Carl-Martin Gölstam inbjudits och jag vill tacka även dem för deras värdefulla synpunkter.

Avsnittet om amerikansk rätt har lästs och granskats av docenten David Fisher och J.D. Laura Carlson. Laura har också språkgranskat min ”summary”. Era insatser var verkligen nödvändiga!

Jag vill också tacka bibliotekarierna vid Juridiska biblioteket för all deras hjälp. Jag är medveten om att jag nog varit en av de mer besvärliga låntagarna. I gengäld uppskattar jag er desto mer! Max Planck-Institutet i Hamburg och Minnesota Law School har varit vänliga att ta emot mig och ställa sina förnämliga biblioteket till förfogande. För detta är jag såväl institutionerna som sådana som deras hjälpsamma personal tacksam.

Doktorander lever inte av andlig spis allena och därför vill jag tacka de finansiärer som gjort detta äventyr möjligt. Fört och främst bör Rådet för konkurrensrättslig forskning nämnas, som under fyra års tid finansierat en doktorandtjänst. Vidare gjorde ett resestipendium från Iustus förlag vistelsen i Minnesota möjlig. Emil Hejnes fond för rättsvetenskaplig forskning har bidragit med medel för tryckning av boken.

Vallentuna i februari 2000

Michael Hellner (f. Droege)

3 Konkurrensrätten är offentlig rätt?

What's in a name? that which we call a rose
By any other name would smell as sweet [233]

3.1 Inledning

Det hävdas med stor enighet i litteraturen att utländsk offentlig rätt inte kan behandlas på samma sätt som utländska privaträttsliga regler.[234] Om ett sådant påstående skall kunna accepteras måste det också med någorlunda klarhet kunna fastställas om en viss lag eller bestämmelse i utländsk rätt är offentligrättslig eller om den är privaträttslig. Dikotomin, för att använda ett vetenskapligt modeord för tudelning, är djupt rotad i svenskt rättstänkande och generationer av blivande jurister har i propedeutiska kurser, översiktskurser, introduktionskurser och liknande insupit den med den ”juridiska modersmjölken”.[235] Den

[233] Shakespeare, Romeo and Juliet, Act 2, Scene 2.
[234] Se bl.a. Karlgren, Kortfattad lärobok i IP, s. 47 f.; Bogdan, Svensk IP, s. 80; Pålsson, Romkonventionen, s. 110. Karlgren, Kortfattad lärobok i IP, s. 53 not 11 är dock skeptisk mot att överdriva betydelsen av distinktionen: ”En mera allmän grundsats om att främmande lag skulle sakna tillämplighet redan därför att den är av offentligrättslig beskaffenhet kan ej gärna vara försvarbar”.
[235] Se t.ex. Malmström/Agell, Civilrätt, s. 4 ff.; Lehrberg, Praktisk juridisk metod, s. 42 ff.

har dock på många håll kritiserats eftersom den med tiden i stigande omfattning kommit att rimma illa med verkligheten.[236] Vidare låter sig den juridiska regelmassan, vare sig förr eller nu, inte så enkelt och prydligt indelas i en offentligrättslig och en privaträttslig del.[237]

Klara fall finns naturligtvis. Ingen torde väl å ena sidan ifrågasätta att rikets grundlagar är offentligrättsliga och å andra sidan att den centrala förmögenhetsrätten alltjämt är övervägande privaträttslig. Vissa delar av privaträtten såsom familjerätten, immaterialrätten och arbetsrätten uppvisar dock i varierande grad offentligrättsliga drag. I ännu större utsträckning gäller detta för exempelvis miljörätten och just konkurrensrätten. Konkurrensrätten har såväl till uppgift att utgöra ett instrument för samhällsstyrning av marknadsförhållanden som att ställa upp normer för relationerna mellan de enskilda rättssubjekt som agerar på marknaden. För ett kvarts sekel sedan uttrycktes svårigheten att dra en klar gräns mellan privaträtt och offentlig rätt av BERNITZ som att ”[d]et är en i nordisk rättsvetenskap numera veterligen obestridd uppfattning att det inte ställer sig möjligt att dra en fast gräns utifrån teoretiska kriterier mellan privaträtt och offentlig rätt, åtminstone såvitt gäller materiella rätttsregler”.[238]

Att helt överge indelningen i offentlig rätt och privaträtt vore nog emellertid att kasta ut barnet med badvattnet. En systematisk indelning av juridiken medför trots allt viss nytta och det finns en risk att rättssystemet skulle ”atomiseras” om två årtusendens analytiska arbete skulle städas ut i något slags senkommen uppgörelse med begreppsjurisprudensen.[239] Invanda begrepp behövs inom juridiken för att vi

[236] Se t.ex. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s. 230.
[237] Följande citat beskriver svårigheterna med att försöka sig på en indelning mycket väl: ”Zu den Paradoxen unserer Rechtswissenschaft gehört, daß eine Dichotomie öffentliches Recht – Privatrecht ziemlich durchgehend behauptet wird, und daß es offenbar niemandem gelungen ist, eine einigermaßen einwandfreie Darstellung dieser Zweiteilung zustande zu bringen. Wer sich einen Überblick über die einschlägige Literatur verschaffen will, gerät sehr schnell nicht nur ins Uferlose, sondern auch in das Groteske. Gesichtspunkte und Kriterien werden manchmal als maßgebend dargelegt, obwohl der betreffende Rechtsgelehrte im nächsten Atemzug doch bekennen oder wenigstens andeuten muß, es sei fraglich, ob sich nun ihre Gültigkeit weit über seinen eigenen Schreibtisch hinaus erstrecke.”, Gagner, Voraussetzungen, s. 23.
[238] Bernitz, Reflexioner, s. 51.
[239] Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s. 230 f.

enklare skall kunna kommunicera om rättsliga ting och för att regelmassan skall vara hanterlig.[240] Vidare bidrar de till ett slags ”förförståelse” (*Vorverständnis*) som är en väsentlig förutsättning för juridisk problemlösning.

Den ”karta” den juridiska begreppsapparaten ritar upp hjälper juristen att lösa ett oreglerat rättsproblem, genom att den anger vilka rättsområden som ligger nära och från vilka det också är mest naturligt att hämta ledning.[241] Begreppen hjälper rättstillämparen att orientera sig i den juridiska terrängen. Fara uppstår egentligen först när orienteraren låter kartan gå före verkligheten. Risken för det är särskilt stor inom just den internationella privaträtten, inom vilken kvalifikationen av ett rättsförhållande eller en rättsregel på ett mycket mindre nyanserat sätt än inom den materiella rätten kan komma att påverka utgången av en tvist.

Här ämnar jag utreda om konkurrensrätten, och särskilt reglerna om avtals ogiltighet och skadestånd, enligt svensk rättsuppfattning verkligen skall kvalificeras som offentlig rätt. Uppgiften kan synas övermäktig, då flera ledande rättsvetenskapsmän före mig har velat göra gällande att någon knivskarp gränslinje mellan offentlig rätt och privaträtt inte kan dras.[242] Som ovan sagts förutsätter emellertid ett postulat av typen ”utländsk offentlig rätt tillämpas inte av svenska domstolar” att det faktiskt med viss precision går att kvalificera en viss rättsregel som offentligrättslig. Skulle jag misslyckas i min föresats att kvalificera konkurrensrätten är därmed också något vunnet.[243] Det visar antingen att huvudregeln är mindre lämplig som sådan eller att en särskild regel måste formuleras just för konkurrensrätten. Utländsk konkurrensrätt skall tillämpas eller inte tillämpas, i sin helhet eller till vissa delar, inte därför att den skulle vara offentligrättslig eller privaträttslig utan av andra skäl, som kanske är mer anpassade efter terrängen än efter kartan.

Försöket till kvalifikation kan av förståeliga skäl inte ha den svenska konkurrenslagstiftningen som föremål – det är inte frågan om dess

[240] Sandgren, Offentlig rätt, privaträtt och sociala hänsyn, s. 27.
[241] Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s. 231.
[242] Se t.ex. Ross, TfR 1936, s. 118.
[243] Se Malmberg, Anställningsavtalet, s. 24 som uttrycker det som att ”[r]edan genom att ta fram material, analysera frågeställningar och argument kan rättsdogmatiken föra den rättsliga diskussionen framåt”.

tillämpning som är aktuell här. Vidare är det inte heller aktuellt att ta en viss utländsk lag t.ex. amerikanska Clayton Act eller tyska Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) och försöka fastslå om den är offentligrättslig eller privaträttslig. Istället ämnar jag försöka att på ett allmänt plan analysera de bestämmelser om avtals ogiltighet och skadestånd, som typiskt sett återfinns i olika slag av konkurrensrättslig lagstiftning.

3.2 Doktrinen om främmande offentlig rätts icke-tillämplighet

Litteratur och rättspraxis världen över är relativt eniga om att främmande offentlig rätt inte tillämpas vid de egna domstolarna.[244] Motiveringen till varför den främmande offentliga rätten inte skall tillämpas varierar däremot starkt. I det följande gör jag en kort och kritisk redogörelse för de viktigaste skälen till icke-tillämpning. Dessa ord av P.B. CARTER kan få tjäna som inledning till denna korta exposé:

> Total refusal to enforce foreign revenue laws has, it must be readily conceded, one ondoubted attraction – that of simplicity. This is a quality it shares with many arbitrary and irrational phenomena.[245]

3.2.1 Suveränitetsprincipen

Enligt en uppfattning kan främmande offentlig rätt inte tillämpas av den anledningen att detta skulle innebära en kränkning av forumstatens suveränitet.[246] Invändningen har hittills endast gjorts gällande för de fall den främmande staten också uppträder som part i en rättegång och där framställer offentligrättsliga anspråk. Uppfattningen stöder sig på de folkrättsliga principerna för staters jurisdiktion. Varje stat har jurisdiktion på sitt eget territorium. Genom att väcka talan gör den

[244] Se närmare i kapitlen 5.2, 6.2, 7.2 och 8.2 för en mer detaljerad skildring av inställningen i tysk, schweizisk, amerikansk och svensk rätt.
[245] Carter, BYIL, Vol. 55, 1984, s. 119.
[246] Se bl.a. Karlgren, Kortfattad lärobok i IP, s. 158 (som dock inte själv ansluter sig till uppfattningen); Baade, Operation of Foreign Public Law, s. 10; Vischer, IPRax 1991, s. 209.

främmande staten gällande ett anspråk på överhöghet, som kränker forumstatens jurisdiktion och suveränitet, om inte den politiska makten förut givit sitt samtycke. Om domstolarna tillåter det främmande offentligrättsliga anspråket fråntar de den egna regeringen möjligheten att kräva ömsesidighet.

Mot detta kan invändas att det inte är fråga om någon kränkning av forumstatens suveränitet då den främmande staten aldrig ställer några krav på tillämpning av sin rätt utan endast så att säga ”ber om det”.[247] Vidare kan påståendet om suveränitetsinskränkning bemötas med invändningen att det är forumstaten själv som avgör om främmande offentlig rätt skall tillämpas och därmed behåller sin fulla suveränitet.[248]

Argumentet skulle, eftersom det endast använts när den främmande staten också är part, kunna användas för de fall en utländsk konkurrensvårdande myndighet väckte talan i inhemsk domstol. Det lär däremot vara av mindre betydelse när det är frågan om en tvist mellan enskilda.

Man kan också vända på suveränitetsargumentet och hävda att det vore en kränkning av laglandets suveränitet om främmande staters domstolar satte sig till doms över dess offentliga rätt och rättsakter utfärdade av dess myndigheter.[249]

3.2.2 Det saknas lagvalsregler för offentlig rätt

Tidigare förfäktades i litteraturen uppfattningen att utländsk offentlig rätt inte tillämpas därför att lagvalsreglerna endast omfattar utländska privaträttsliga regler. Om inte lagvalsreglerna pekar ut de offentligrättsliga reglerna kan de heller inte tillämpas.[250]

Man kan, om man accepterar påståendet, fråga sig om avsaknaden av lagvalsregler för den offentliga rätten beror på att sådana är omöjliga eller på att de visserligen är möjliga men att det av något skäl inte finns några. De som hävdar att de vore omöjliga grundar sin ståndpunkt i att lagvalsregler för den offentliga rätten nödvändigtvis måste

[247] Frank, RabelsZ 1970, s. 64. Se också Holder, ICLQ 1968, Vol. 17, s. 929.
[248] Schack, Internationales Zivilprozeßrecht, s. 201, Rdnr. 510.
[249] Frank, RabelsZ 1970, s. 62.
[250] Se Gihl, Studier, s. 367; Heiz, Das fremde öffentliche Recht, s. 110 ff.; Vogel, Anwendungsbereich, s. 194 ff.

vara ensidiga, dvs. endast avgöra när den egna rätten är tillämplig.[251] Bilaterala regler som avgör när utländsk offentlig rätt är tillämplig är inte möjliga. Det går att ställa upp exempelvis en bilateral (allsidig) lagvalsregel som säger att rätten till arv avgörs av lagen i det land i vilket arvlåtaren är medborgare men det går inte att skriva en allsidig lagvalsregel som talar om i vilket land en viss person är medborgare.[252]

Vidare kan hävdas att den offentliga rätten, till skillnad från den privata, till sin natur alltid är knuten till en viss stat. Man kan endast vara skyldig en viss bestämd stat skatt. De offentligrättsliga reglerna är till sitt innehåll av nödvändighet knutna till en viss stat.[253]

Den huvudsakliga inställningen i svensk doktrin torde dock inte ha varit att det vore omöjligt med bilaterala lagvalsregler för den offentliga rätten. Istället motiveras avsaknaden av lagvalsregler, eller snarare att den offentliga rätten inte omfattas av de lagvalsregler som finns, med att de inhemska domstolarna inte skall fungera som den främmande statens förlängda arm. Domstolarna har inte till uppgift att tillgodose främmande staters intressen och därför saknas också ett svenskt rättsskipningsintresse.[254] Så kan givetvis stundtals vara fallet men knappeligen alltid. En analys får istället rimligen göras från fall till fall. Exempelvis vill jag göra gällande att det i internationella konkurrenstvister finns ett svenskt intresse av att tillämpa utländska konkurrensrättsliga regler om ogiltighet och skadestånd oavsett om dessa är offentligrättsliga eller inte.

[251] Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht IV, s. 115–120; Wiethölter, Einseitige Kollisionsnormen, s. 97 ff.; Vogel, Anwendungsbereich, s. 194-205 gör en ordentlig genomgång av de olika argument som framförts för varför offentligrättsliga lagvalsregler måste vara ensidiga.

[252] Exemplet från Wiethölter, Enseitige Kollisionsnormen, s. 97 f. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 158 f. hävdar med bestämdhet att det går utmärkt med bilaterala lagvalsregler för den offentliga rätten, även beträffande exempelvis medborgarskap. Jag tror att Wiethölter här blandar ihop avgränsningsregler och lagvalsregler (se nedan kap. 10.3.2.1).

[253] Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht IV, s. 115.

[254] Hjerner, Främmande valutalag, s. 253 f.; Bogdan, Svensk IP, s. 80; Pålsson, Romkonventionen, s. 110.

3.2.3 Politiseringsargumentet

En invändning mot tillämpningen av utländsk offentlig rätt som ligger nära den om suveränitet (se ovan kap. 3.2.1) är att tillämpningen av främmande offentlig rätt skulle kunna leda till utrikespolitiska svårigheter och ett överlåtande av en i grunden utrikespolitisk fråga till rättsväsendet.[255] I den engelskspråkiga doktrinen läggs tyngdpunkten i argumentationen på den omständigheten att om en främmande stats offentligrättsliga lagar anses strida mot ordre public av den anledningen att rätten finner dem omoraliska, orättvisa eller diskriminerande, kan det leda till utrikespolitiska svårigheter.

Det är dock fullt tänkbart att främmande offentlig rätt tillämpas i en process utan att det leder till utrikespolitiska förvecklingar. Så torde exempelvis vara fallet om utländsk konkurrensrätt tillämpas. Det får snarare anses vara de fall där inhemsk domstol vägrar tillämpning av utländsk offentlig rätt som emellanåt kan vålla utrikespolitiska bekymmer. Vägran att erkänna utländska offentligrättsliga anspråk har lett till irritation från främmande stat Frågan är om irritationen skulle ha varit större om nekandet inte hade berott på en principiell inställning utan på en bedömning i det konkreta fallet.

Mot dessa invändningar får anföras att risken för att främmande makt irriteras inte nödvändigtvis är större för att de rättsregler vilkas tillämpning vägras är offentligrättsliga. Det är lika tänkbart att den främmande staten tar illa vid sig av att dess privaträttsliga regler förklaras omoraliska och därför stridande mot ordre public. Man kan exempelvis fråga sig om det skulle leda till sämre relationer med Sverige om en främmande domstol vägrar tillämpning av svensk konkurrensrätt på den grunden att den är offentligrättslig än om samma domstol vägrar att tillämpa lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap därför att den anses strida mot ordre public.[257]

[255] Förnekande Frank, RabelsZ 1970, s. 70.
[256] Se exempelvis *Consorts Duvalier c. État Haitien*, RCDIP 1991, s. 386.
[257] Se Bogdan, SvJT 1994, s. 773 f. om förväntat negativ reaktion mot partnerskapslagen i många stater.

3.3 Gränsdragningen mellan offentlig rätt och privaträtt

3.3.1 Den teoretiska diskussionen

Begreppsparet offentlig rätt – privaträtt har, som så många andra juridiska begrepp, sina rötter i den romerska rätten och brukar härledas till ett yttrande av den romerske juristen ULPIANUS.[258] Någon utvecklad offentlig rätt fanns dock inte i det romerska imperiet utan det som därigenom uttrycktes var att jurister befattade sig med enskildas förehavanden och att i statsangelägenheter fanns inget utrymme för juridik.[259]

Det uråldriga begreppsparet har över tiden kommit att ges olika betydelser. Under enväldet definierades privaträtten negativt. Det som fursten ännu inte reglerat var privaträtt; allt annat var offentligt. Rättsförhållanden mellan furste och undersåtar var offentligrättsliga och rättsförhållanden mellan undersåtar var privaträttsliga. Inom det ena rättsområdet slöts avtal, inom det andra utdelades befallningar.[260] Endast inom privaträtten kunde man i någon egentlig mening tala om juridik.[261] I det administrativa förfarande inom vilket tvister mellan enskilda och fursten löstes kan man dock tala om embryot till en förvaltningsrätt.

Riktigt stor betydelse kom distinktionen att spela efter upplysningen och franskt inflytande. I Frankrike hade Montesquieus maktdelningslära tolkats så att domstolarna skulle hålla sig borta från förvaltningsangelägenheter, varför ett särskilt administrativt rättsförfarande

[258] Yttrandet återfinns i Digesta I.1.1.2 och lyder (i utdrag) ”[...] publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem [...]”. Yttrandet kan tas för en tidig föregångare till den s.k. intresseteorin, se nedan s. 92.

[259] Stein, Legal Institutions, s. 107. Gagner, Voraussetzungen, s. 40 benämner också nyttjandet av det ovan återgivna yttrandet av Ulpianus för att motivera en indelning i offentlig rätt och privaträtt en ”anachronistische Zurückprojektion”.

[260] Grimm, Trennung von öffentlichem und privatem Recht, s. 226.

[261] Se även Kelsen, Reine Rechtslehre, s. 288, som vill hänföra dikotomin offentlig rätt – privaträtt till en önskan att upprätthålla en dualism mellan stat och rätt, där staten intar en position som ”meta-rechtliches Wesen” .

inrättades. Därför blev det också processuellt mycket viktigt att skilja mellan privaträtt och offentlig rätt eftersom de allmänna domstolarna endast kunde döma i privaträttsliga mål.[262] Dikotomin offentlig rätt – privaträtt har också traditionellt sett varit nära förbundet med domstolsorganisationen och spelat större roll i länder med kluven domstolsorganisation. Begreppsparet har också därför kommit att spela en större roll i länder som Frankrike, Tyskland, Sverige och Finland än i exempelvis USA, England och Danmark. Inom det anglosaxiska rättsområdet spelar också uppdelningen ingen eller mycket begränsad roll.[263]

> Gränsdragningen mellan offentlig rätt och privaträtt spelar exempelvis inom den tyska processrätten stor roll. Enligt § 13 Gerichtsvervassungsgesetz (GVG) hör alla privaträttsliga och straffrättsliga mål till de allmänna domstolarna och enligt § 40 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) hör alla offentligrättsliga mål, som inte är av konstitutionellrättsligt slag, till förvaltningsdomstolarna.

På 1800-talet, med liberalismens frammarsch, försköts tyngdpunkten till att garantera individernas rättigheter gentemot staten och deras frihet att fritt ingå avtal med varandra. Offentlig rätt definierades positivt och överhetens bundenhet vid rättsstatliga principer betonades starkt.[264]

Under 1900-talet har många försök gjorts att med någorlunda exakthet försöka dra gränsen mellan offentlig rätt och privaträtt. Huvudsakligen kan tre olika teorier urskiljas i doktrinen – subjektsteorin, intresseteorin och subjektionsteorin.[265]

[262] Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, s. 34.
[263] Stein, Legal Institutions, s. 116 ff.
[264] Grimm, Trennung von öffentlichem und privatem Recht, s. 229 ff.; Marcusson, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, s. 51.
[265] Se Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 8 ff. Antalet teorier är dock nästan lika stort som antalet författare som sysselsatt sig med problemet. Schweizaren Holliger gjorde 1904 i sin doktorsavhandling ”Das Kriterium des Gegensatzes zum öffentlichen Recht und Privatrecht” en inventering och räknade till 16 teorier (hänvisning efter Stucki, Grundsatz der Nichtanwendung, s. 11). Så sent som 1971 räknar landsmannen Stucki åtta teorier såsom ”de viktigaste” – nämligen *Intressentheorie*, *Funktionstheorie*, *Rechtstiteltheorie*, *Rechtswegtheorie*, *Fiskustheorie*, *Subjektstheorie*, *Verfügungstheorie* och *Subjektionstheorie*. Se Stucki, Grundsatz der Nichtanwendung, s. 12.

Enligt *intresseteorin* hänförs till den offentliga rätten de rättsregler som sätter samhällsintressena (offentliga/kollektiva) högre än enskilda intressen. Till privaträtten hör den del av rätten som placerar enskilda intressen på samma nivå och överlämnar deras tillvaratagande till intressenterna själva.[266] Mot teorin kan invändas att den bygger på ett felaktigt antagande om ett motsatsförhållande mellan enskilda och offentliga intressen. Alla offentliga (kollektiva) intressen bygger naturligtvis till syvende og sidst på individers intressen. Endast individer existerar i den fysiska verkligheten och enbart hos dem kan man, enligt ROSS, återfinna de "Lidenskaber, Forhaabninger og Krav, som Intressen udtrykker". Vidare kan också typiskt sett enskilda intressen, såsom exempelvis äganderätten, också vara ett samhällsintresse. Privata och offentliga intressen står i verkligheten inte i motsatsförhållande till varandra utan är blott uttryck för två olika sätt att se samma sak. [267]

Ross illusterar intresseteorins orimlighet i följande exempel: "Hvis et Aktieselskab med en Aktiekapital paa Millioner af Kroner og med en Arbejderhær paa Tusinder af Mænd kommer i økonomiske Vanskeligheder og maa likvidere eller rekonstrueres, er dette efter almindelig Opfattelse et privatretligt Forhold, skønt det i allerhøjeste Grad berør Offentlighetens Interesser. Hvis derimod Staten forlanger et Stempelgebyr paa 50 Øre, henregnes dette for Almenheden betydningsløse Mellemværende til den offentlige Ret."[268]

Enligt *subjektsteorin* bestäms indelningen i offentlig och privat efter de subjekt som återfinns i det rättsförhållande som skapas av den aktuella rättsregeln. Regeln är offentligrättslig om ena parten är bärare av offentlig makt.[269]

Båda intresse- och subjektsteorierna bygger på cirkelresonemang eftersom båda i sin definition utgår ifrån det som skall definieras. För att kunna skilja på ett offentligt och ett privat intresse behöver vi veta vad som är offentligt, vilket var det som skulle definieras. För att kun-

[266] Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 9; Ross, TfR 1936, s. 110.
[267] Ross, TfR 1936, s. 110 ff.
[268] A.a., s. 111.
[269] I tysk doktrin "hoheitlicher Gewalt", se Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 9. Kelsen kallar denna teori "Mehrwertteori" då den bygger på att "[g]ewissen Subjekten, insbesondere der Person des Staates, wird ein höherer rechtlicher Wert zugesprochen als den anderen Rechtssubjekten". Se Kelsen, Allgemeine Staatslehre, s. 82 f.

na identifierera en bärare av offentlig makt förutsätts att vi kan skilja mellan offentlig och privat makt när det var just det vi behövde definitionen till.

Subjektionsteorin räknar till den offentliga rätten de rättsförhållanden som kännetecknas av ett subordinationsförhållande, dvs. att ena parten är underordnad den andra.[270] Även denna teori har sina brister. För det första återfinns även inom den klassiska privaträtten subordinationsförhållanden, exempelvis föräldraskap och förmynderskap. För det andra kännetäcknas inte alla klart offentligrättsliga rättsförhållanden av subordination, exempelvis offentligrättsliga avtal.[271]

ACHTERBERG lanserar en egen teori, som han kallar *företrädarteorin* (Sachwaltertheorie) och som enligt honom undkommer svagheterna i intresse-, subjekts- och subjektionsteorierna. Enligt denna teori består den offentliga rätten av de rättsregler, som reglerar rättsförhållanden, i vilka åtminstone ett av de inblandade rättssubjekten, på grund av ett vidare rättsförhållande, som legitimerar det till detta, uppträder som företrädare för det allmännas bästa.[272] Företrädarteorin kan dock rimligtvis kritiseras på samma grunder som intresseteorin, eftersom även den bygger på synen att det går att göra skillnad på det allmännas och enskildas bästa.

> Mycken kritik har riktats mot försöken att upprätthålla denna uppdelning i offentlig rätt och privaträtt, som ju exempelvis de anglosaxiska rättsordningarna klarar sig alldeles utmärkt utan.[273] I exempelvis tysk författningsrättslig doktrin försvaras den emellertid och anses motiverad även utifrån andra skäl än historiska.[274] Indelningen i offentlig rätt och privaträtt anses ligga djupt inbäddad i uppdelningen mellan stat och

[270] I en av de ledande tyska civilprocesskommentarerna betecknas denna teori som härskande, se Kommentar zur Zivilprozeßordnung-Schumann, s. 201 f med hänvisningar till praxis.
[271] Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 9.
[272] A.a., s. 11. Hans definition lyder på orginalspråket: ”Öffentliches Recht ist die Summe der Rechtsnormen, die Rechtsverhältnisse determinieren, in denen zumindest eines der an ihnen beteiligten Rechtssubjekte aufgrund eines weiteren, es hierzu legitimierenden Rechtsverhältnisses als Sachwalter des Gemeinwohls auftritt”.
[273] Se exempelvis Kelsen, Allgemeine Staatslehre, s. 90 f., 241; dens., Reine Rechtslehre, s. 285 där kritiken framförs i något mildrad form. Jägerskiöld, Svensk tjänstemannarätt, s. 52 kallar helt obetalbart distinktionen ”ett skalkeskjul för lättvindiga konstruktioner och lättjefullt valda satser”.
[274] Herzog, Allgemeine Staatslehre, s. 324.

samhälle (*Gesellschaft*) och den är ett uttryck för två olika sätt på vilka folket löser sina problem.[275] Statens uppgift är naturligtvis inte att existera för sin egen skull utan att verka i, befrämja och tillse att samhället inte skadar sig självt.[276] Gränsdragningen mellan stat och samhälle blir därigenom en fråga om subsidiaritet.[277] Ytterst blir det en fråga om mänskliga rättigheter.[278]

3.3.2 Den praktiska betydelsen i svensk rätt

Indelningen i offentlig rätt och privaträtt spelar i svensk rätt, förutom inom den internationella privaträtten, också en praktisk roll i den konstitutionella rätten vad avser normgivningsmakten. Den huvudsakliga skillnaden mellan privaträtt och offentlig rätt i konstitutionellt avseende är, att privaträttsliga bestämmelser tillhör det obligatoriska lagområdet medan möjligheten att till regeringen delegera normgivningskompetens avseende offentlig rätt är större.

Det är måhända möjligt att för den internationella privaträttens räkning hämta ledning i hur gränsdragningen mellan privaträtt och offentlig rätt har gjorts inom den konstitutionella rätten. Ett sådant angreppsätt kan man med MALMBERG kalla ett ”internt komparativt perspektiv”.[279] Eftersom det åtminstone är principiellt önskvärt, om än ej alltid genomförbart, att olika begrepp har samma betydelse i hela rättsordningen är en studie av den konstitutionella rätten motiverad.[280]

I 8 kap. 2 § regeringsformen stadgas att ”föreskrifter om enskildas personliga ställning samt om deras personliga och ekonomiska förhållanden inbördes meddelas genom lag”. I litteraturen anses med detta uttryck menas privaträtt.[281] Andra stycket innehåller också exempel där

[275] A.a., s. 147.
[276] Krüger, Allgemeine Staatslehre, s. 527.
[277] Herzog, Allgemeine Staatslehre, 147 ff.
[278] Krüger, Allgemeine Staatslehre, s. 527.
[279] Se Malmberg, Anställningsavtalet, s. 36.
[280] Hjerner, Främmande valutalag, s. 416 anser inte att det är nödvändigt att distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt görs på samma sätt inom den internationella privaträtten som på andra områden inom rättsvetenskapen där dessa termer används.
[281] Se t.ex. Strömberg, Normgivningsmakten, s. 63; Wittrock, Föreskriftsmakten, s. 97. Se även prop. 1973:90 s. 3 ”föreskrifter av privaträttslig natur”, s. 95 ”civillag” som beteckningar på föremålet för regleringen i RF 8:2. Se även särskilt propositionens s. 313 där departementschefen går i svaromål

föreskrifter om svenskt medborgarskap, vissa familjerättsliga föreskrifter samt förmögenhetsrättsliga föreskrifter uppräknas. Bortsett från regler om medborgarskap, som brukar räknas till statsrätten innebär det att i stort sett hela privaträtten hör till det obligatoriska lagområdet.[282] De enda undantagen i fråga om vilka normgivningskompetens delegerats till regeringen är föreskrifter om moratorium (RF 8:8) och verkställighetsföreskrifter (RF 8:13 st. 1 p. 1).

Vad beträffar offentlig rätt är möjligheten till delegation större. Den offentliga rätten definieras i 8 kap. 3 § regeringsformen som ”[f]öreskrifter om förhållandet mellan enskilda och det allmänna, som gäller åligganden för enskilda eller i övrigt avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden”. I stadgandet nämns som exempel på sådana föreskrifter bestämmelser om ”brott och rättsverkan av brott, om skatt till staten samt om rekvisition och annat sådant förfogande”. På detta område har regeringen i 8 kap. 7 § regeringsformen inom en lång räcka områden givits befogenhet att efter riksdagens bemyndigande i lag utfärda förordningar om annat än skatt. Vidare kan regeringen enligt 8 kap. 9 § regeringsformen efter riksdagens bemyndigande meddela föreskrifter om importtull och avgifter.[283] Slutligen har regeringen även på det offentligrättsliga området rätt att efter riksdagens bemyndigande meddela föreskrifter om moratorium (RF 8:8) och verkställighetsföreskrifter (RF 8:13).

Det är inte möjligt att utifrån lagtext och förarbeten sluta sig till på vilka teoretiska grundvalar uppdelningen mellan 8 kap. 2 § regeringsformen och 8 kap. 3 § regeringsformen vilar och till viss del är de också överlappande.[284] Lagtextens ordalydelse ligger dock subjektionsteo-

mot kammarrättens i Göteborg kritik av uppdelningen i offentlig rätt och privaträtt, vilken inte skulle vara särskilt meningsfylld i ett modernt välfärdssamhälle. Enligt departementschefen avspeglar emellertid ”den traditionella uppdelningen [...] en realitet”. Om kammarrättens förslag följdes (ingen uppdelning i privaträtt och offentlig rätt och samma delegationsrätt avseende båda rättsområdena) skulle det exempelvis kunna leda till att delegationsrätten avseende näringsverksamhet (8:7 st. 1 p. 3) skulle göra det möjligt att delegera delar av köprätten till regeringen. En så omfattande delegationsrätt var departementschefen inte beredd att acceptera.

[282] I ett särskilt stadgande i RF 2:19 framkommer att upphovsrätten också tillhör det obligatoriska lagområdet.

[283] Befogenheten att besluta om avgifter kan även delegeras till kommun.

[284] Herlitz, SvJT 1972, s. 537.

rin (se ovan s. 92) eller möjligtvis subjektsteorin (se ovan s. 93) närmast eftersom det avgörande för gränsdragningen synes vara vad som avses med ”enskild” i motsats till ”allmänna”.[285] Att här närmare gå in på denna, i och för sig mycket intressanta, gränsdragningsfråga torde knappast föra vidare. Det är inte i första hand den problematiken som aktualiseras vid försök till kvalifikation av konkurrensrätten.

3.4 Kvalifikation av konkurrensrätten

3.4.1 Allmänt om kvalifikation

Det första som måste göras i varje internationellt privaträttsligt problem är att rättsförhållandet måste *kvalificeras*, dvs. subsumeras under någon lagvalsregels tillämpningsled.[286] Detta förfarande, där ett juridiskt problem åklistras en juridisk etikett, brukar kallas för internationellt privaträttslig kvalifikation. Termen kvalifikation inom den internationella privaträtten, betecknar egentligen vad en fördomsfri civilrättare skulle beteckna som tolkning.

Några exempel kan här få tjäna som illustration. I 1 kap. 1 § lag (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo (IDL) stadgas angående arv efter utländsk medborgare att ”[i] avseende å arv efter medborgare i annat land gälle lagen i det landet”. Det aktuella tillämpningsledet är i detta fall *rätten till arv*. Det är sålunda frågan om att kvalificera vissa juridiska frågeställningar som arvsrättsliga (till skillnad från exempelvis frågor om makars förmögenhetsförhållanden) innan tillämpning av lagvalsregeln i IDL 1:1 aktualiseras.

[285] Det är inte lätt att dra en klar gräns mellan ”enskilda” och ”det allmänna”. Det torde i vart fall vara klart att typiskt sett offentligrättsliga rättssubjekt i vissa situationer kan uppträda som enskilda; exempelvis då en kommun ingår ett privaträttsligt avtal. Vidare förekommer det att myndighetsutövning delegerats till enskilda (typexemplen är väl fortjämt Svensk Bilprovning AB och Radiotjänst i Kiruna AB), som i förhållande till allmänheten får anses representera ”det allmänna”. Se Strömberg, Normgivningsmakten, s. 63, 67.

[286] Terminologin är något vacklande och t.ex. Bogdan, Svensk IP, s. 36 använder sig av termen ”referensled” eller ”hänvisningsled”. Terminologin ovan och i det följande i överensstämmelse med Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 46.

Som ett andra exempel kan lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL) tjäna. I lagens 1 § slås fast att den är tillämplig avseende ”köp av lösa saker som hava internationell karaktär”.[287] Den citerade passusen utgör lagvalsregelns tillämpningsled. Här är det fråga om att kvalificera ett visst rättsförhållande som köprättsligt – närmare bestämt ”internationellt lösöreköprättsligt” till skillnad från exempelvis köp av fast egendom eller olika former av leasing som gränsar till köp.

Enligt den härskande meningen i svensk rätt skall olika rättsförhållanden kvalificeras i enlighet med rättsuppfattningen i domstolslandets lag – lex fori.[288]

Det är emellertid inte enbart en lagvalsregels tillämpningsled som kan bli föremål för kvalifikation. Även anknytningsledet i en lagvalsregel kan behöva kvalificeras.[289] I det första exemplet ovan utgörs anknytningsledet av landet i vilket arvlåtaren är medborgare, dvs. anknytningsmomentet är medborgarskap. Ytterligare ett exempel, 1 § och 4 § 1st. lag (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden (LIMF), får klargöra terminologin:[290]

[287] Att det är köpen och inte sakerna som skall ha internationell karaktär torde framgå av meningens avsaknad av kommatecken.

[288] Se exempelvis Bogdan, Svensk IP, s. 60 med vidare hänvisningar samt Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 36. Se även NJA 1930 s. 692. Se Dennemark, Om avtalsstatutet, SvJT 1943, s. 678 ff. för kvalifikation efter annat än lex fori.

[289] Jfr. dock Bogdan, Svensk IP, s. 63 som skriver om ”*tolkning* av kollisionsnormernas anknytningsled”.

[290] Terminologipluralismen kan sammanfattas som följer: (Jänterä-Jareborg) tillämpningsled = referensled (Bogdan); (Jänterä-Jareborg) normled = anknytningsled (Bogdan); (Jänterä-Jareborg) anknytningsled = anknytningsled (Bogdan). Som framgår skiljer inte Bogdan mellan normled och anknytningsled.

Tillämpningsled	*Normled*	*Anknytningsled*
Denna lag är tillämplig på frågor om makars förmögenhetsförhållanden (1 § 1 st.)	[därvid] gäller lagen i den stat (4 § 1 st.)	där makarna tog *hemvist* när de gifte sig (4 § 1 st.).

Det av mig kursiverade begreppet hemvist utgör vidare lagvalsregelns *anknytningsmoment*.

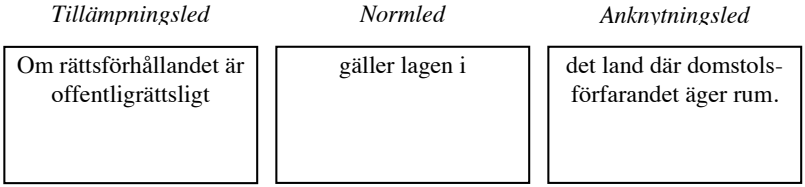
Lagvalsregelns tre huvudbeståndsdelar svarar sålunda på tre olika frågor:

1) *Vad* skall anknytas (till en viss lag)? – tillämpningsled.
2) *Varmed* anknyts? – anknytningsled.
3) *Vartill* anknyts? – normled.

Problem vid kvalifikation av anknytningsledet uppstår eftersom olika stater lägger olika innebörd i exempelvis begreppet hemvist.[291] Det svenska hemvistbegreppet skiljer sig till exempel radikalt från det engelska. Vad avser anknytningsmoment såsom hemvist anses även de böra kvalificeras enligt domstolslandets lag, dvs. i svensk domstol i enlighet med det svenska hemvistbegreppet. Så är dock inte fallet med ett annat anknytningsmoment i det ovan nämnda arvsrättsliga exemplet. Medborgarskap får kvalificeras utifrån det påstådda medborgarskaplandets lag, dvs. frågan om en viss person är medborgare i en viss stat eller inte får avgöras utifrån lagen i den stat där han påstås vara medborgare.[292]

Om vi då tänker oss en (ensidig) lagvalsregel med innehållet att utländsk offentlig rätt inte tillämpas och att istället svensk offentlig rätt tillämpas om rättsfrågan faller under dess tillämpningsområde, skulle en sådan i likhet med exemplet ovan kunna delas upp i sina beståndsdelar:

[291] Egentligen är det ju här *anknytningsmomentet* som kvalificeras. Kvalifikation av *anknytningsledet* skulle snarare handla om frågan om makarna verkligen var gifta.
[292] En lag som för övrigt torde vara offentligrättslig.



Om principen att inte tillämpa utländsk offentlig rätt ses på detta sätt, skiljer sig kvalifikationen inte i nämvärd utsträckning från ”vanlig” kvalifikation, dvs. det är tillämpningsledet som skall kvalificeras varvid huvudregeln är att det sker i enlighet med *lex fori* – domstolslandets lag. Frågan är emellertid om det går att se på behandlingen av utländsk offentlig rätt på detta sätt.

Ett påstående om att utländsk offentlig rätt inte tillämpas tar inte sikte på rättsförhållandet som sådant utan själva den utländska lagen. Det är frågan om *den* är offentligrättslig eller inte som avgör dess tillämpning. I så fall blir det inte fråga om kvalifikation av tillämpningsledet i en tänkt lagvalsregel utan om kvalifikation av normledet i en lagvalsregel som inte alls ser ut som ovan utan i princip kan vara vilken lagvalsregel som helst. Principen om att utländsk offentlig rätt inte tillämpas kan då inte uttryckas som en lagvalsregel utan måste ses som en metanorm som gäller för hela den internationella privaträtten.[293]

Resonemanget ovan kräver nog ytterligare förklaring. Tillämpningsledet i 1 § IKL utgörs, som ovan sagts, av ”sådana köp av lösa saker som hava internationell karaktär”. I lagens förarbeten uttalas att med tillämplig lag avses endast sådana privaträttsliga regler som reglerar köp och inte regler av offentligrättslig karaktär.[294] Sålunda är det här fråga om att kvalificera den utländska lagen som sådan, dvs. en kvalifikation av lagvalsregelns normled. Kvalifikationen av tillämpningsledet har ju redan resulterat i att rättsförhållandet är att betrakta

[293] Klami, Comments on the Structure of PIL, s. 210 behandlar också ”the prohibition of the application of foreign public law” som en metanorm inom den finska internationella privaträtten. Se Rimsten, Arbetsdomstolen och lagstiftaren, s. 67 f. m.v.h. för en diskussion om metanormer.
[294] Prop. 1964:149, s. 17 f.

som internationellt lösöreköprättsligt. Det är nu fråga om att avgöra vilka rättsregler som gör anspråk på att reglera det interntationellt köprättsliga rättsförhållandet som skall tillämpas av svensk domstol. Därvid skulle offentligrättsliga rättsregler falla utanför tillämpningsområdet för IKL. Vid kvalifikation av normledet är det alltså fråga om kvalifikation av en lag och inte av ett rättsförhållande såsom vid kvalifikation av lagvalsreglers tillämpningsled.[295]

3.4.2 Särskilt om konkurrensrätt

När det i doktrinen har talats om konkurrensrätten som ett rättsområde i gränslandet mellan offentlig rätt och privaträtt, har konkurrensrätten setts som en helhet. Så ser exempelvis LANDO konkurrensrättsliga regler som offentligrättsliga men erkänner att de ligger inom ett gränsområde som varken är klart privaträttsligt eller offentligrättsligt.[296] Som BERNITZ redan observerat rymmer marknadsrätten, vari konkurrensrätten ingår som en beståndsdel, såväl privaträttsliga som offentligrättsliga moment.[297] I tysk doktrin anses allmänt att konkur-

[295] I tysk doktrin redogör exempelvis Makarov, FS Dölle, Band II, s. 154–159 för kvalifikationens föremål, där kvalifikation av materiella rättsregler (Sachnormen) räknas upp som ett av kvalifikationens föremål. Neuhaus, Grundbegriffe, s. 122 är inne på samma linje för internationellt tvingande regler (Eingriffnormen), men använder ett annat sätt att resonera. Han utgår ifrån en lagvalsregel som lyder ”Staats- oder wirtschaftspolitisch begründete Leistungsverbote finden unabhängig vom vereinbarten Vertragsstatut (nur) dann Anwendung wenn eine Erfüllungshandlung ganz oder zum Teil im Verbotsland erfolgen sollte” (Neuhaus har fått citatet från Zweigert, RabelsZ 1942, s. 295), varvid det naturligtvis är själva lagarna som skall kvalificeras som ”Staats- oder wirtschaftspolitisch begründete Leistungsverbote”. De lagar som skall kvalificeras utgör i exemplet dock lagvalsregelns tillämpningsled; dess normled torde utgöras av ”finden [...] Anwendung”. Även i Kropholler, IPR, s. 104 ff. talas om kvalifikation av materiella rättsregler beträffande ”Eingriffsnormen”.

[296] Lando, CMLRev. 1987, s. 209, 211.

[297] Bernitz, Marknadsrätt, s. 77 talar om ”marknadsrätten”, som han delar in i regler om otillbörlig konkurrens och konkurrensbegränsningsrätt. Mitt bruk av termen konkurrensrätt motsvarar närmast Bernitz’ konkurrensbegränsningsrätt. Vidare har konkurrensrätten sedan Bernitz iakttagande genomgått två generationsskiften i form av 1982 år konkurrenslag och 1993 års konkurrenslag. Hans observationer avseende 1953 års konkurrensbegränsningslag

rensrätten sedd som helhet inte går att räkna till vare sig privaträtten eller den offentliga rätten.[298]

Schweizaren LALIVE hänför bl.a. kartellrätten till ”une large ‘zone grise’ intermédiaire entre le droit dit privé et le droit public”.[299] Det torde också vara tämligen meningslöst att försöka kvalificera en viss konkurrensrättslig lagstiftning från ett visst land som helhet. Frågan om dess tillämparhet inför svensk domstol skulle i så fall komma att vara avhängigt av hur lagstiftaren rent tekniskt valt att disponera den rättsliga regleringen. Om all konkurrensrätt i stor utsträckning finns samlad i en och samma lag kan det ju tänkas att det offentligrättsliga inslaget väger över, varför lagen löper risk att inte tillämpas. Har den utländska lagstiftaren istället valt att dela upp konkurrensrätten på flera olika lagar, kan det ju tänkas att en viss lag, som till övervägande delen består av privaträttsliga regler kommer att tillämpas. Resonemanget ovan om att det är själva lagen som skall kvalificeras måste därför modifieras till att gälla enskilda rättsregler.

SCHWARTZ/BASEDOW gör gällande att de regler det är aktuellt att tillämpa inte tillhör den offentligrättsliga delen av konkurrensrätten. De regler som står i fokus är privaträttsliga regler som förbjuder vissa typer av avtal, regler om viss form för avtal och registreringskrav samt skadeståndsregler. Regler såsom dessa fanns i många stater långt inan den moderna konkurrensrätten såg världens ljus. De garanterar individen ekonomisk frihet likaväl som de främjar ett offentligt intresse i en ekonomi som bygger på fri konkurrens. Dessa regler har inte förlorat sin privaträttsliga karaktär enbart därför att modern lagstiftning i tillägg till de redan existerande privaträttsliga sanktionerna, också skapat nya offentligrätsliga sanktioner.[300]

Så återfinns exempelvis i fråga om svensk och tysk rätt regler om avtals ogiltighet på grund av att de strider mot konkurrensrätten i respektive konkurrenslag, se KL 7 § (ogiltiga) och § 1 GWB (unwirksam). I amerikansk rätt däremot anses avtal som strider mot § 1 Sher-

och 1956 års uppgiftsskyldighetslag torde trots det fortjämt vara relevanta för nutida rättsläge.

[298] Se t.ex. GWB-Kommentar-Immenga/Mestmäcker, Einleitung, Rdnr. 21 (s. 48 f.). Wengler uttalade sig 1954 för att konkurrensrätten skulle betraktas som en del av privaträtten om staterna kunde enas om ett gemensamt minimum av skydd för konkurrensen. Se Wengler, RabelsZ 1954, s. 421.

[299] Lalive, Tendances et méthodes en DIP, s. 313.

[300] Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 110.

man Act inte ogiltigt på grund av någon uttrycklig regel i konkurrenslagstiftningen (rätten till skadestånd garanteras dock genom § 4 Clayton Act) utan anses utgöra en allmän rättsgrundsats.[301] ”public policy” vara ”unenforceable”.[302] Avtal som hindrar konkurrensen – är ”in restraint of trade” – anses strida mot ”public policy”.[303] I de två första fallen återfinns rättsregeln i en lag vilken man skulle kunna hävda är offentligrättslig medan rättsregeln i det sistnämnda fallet återfinns i den allmänna kontraktsrätten.

Vidare bör inte förglömmas att inte heller i den svenska rätten återfinns all konkurrensrätt i en och samma lag. Så måste exempelvis 38 § avtalslagen betraktas som konkurrensrättslig (med avtalsrättsliga implikationer). En ryggmärgsreaktion hos de flesta jurister är troligtvis att det som står i avtalslagen är privaträtt. Vad man då måste fråga sig är på vilket sätt den bestämmelsen skiljer sig från de konkurrensrättsliga bestämmelserna i konkurrenslagen. Svaret på frågan kan ges redan här. Den skiljer sig i fråga om procedurregler och rättsföljder (jfr. schema nedan). Beträffande 38 § avtalslagen föreligger ingen kompetens för Konkurrensverket att ingripa, talan kan inte föras vid Marknadsdomstolen, ingen konkurrensskadeavgift kan utdömas osv. Vad beträffar lagrummets rättsfaktumsida handlar det om en bestämmelse som beroende på omständigheterna skulle kunna omfattas av 6 eller 19 §§ konkurrenslagen och likaledes undantas enligt 8 § samma lag.

> Vidare har det också gjorts gällande att en konkurrensbegränsning skulle bedömas annorlunda beroende på om avtalslagen eller konkurrenslagen tillämpas. Vid tillämpning av 38 § avtalslagen gör domstolarna i första hand en intresseavvägning mellan parterna.[304] Det samhällsekonomiska perspektivet saknas i stor utsträckning. När konkurrenslagen tillämpas anläggs såväl ett makroperspektiv som syftar till att stärka konkurrensen på den svenska marknaden som ett mikroperspektiv som har som syfte att skydda enskilda näringsidkare mot förbjudna konkurrensbegränsande åtgärder.[305]

[301] Se *Ring v. Spina*, 148 F.2d 647, 650 (2d Cir. 1945).
[302] Second Restatement Contracts § 178.
[303] Calamari/Perillo, Contracts, s. 888; Second Restatement Contracts § 186. Regeln är subsidiär för det fall det inte finns särskilda stadganden i konkurrenslagstiftningen.
[304] Adlercreutz/Flodgren, Konkurrensklausuler, s. 20.
[305] Se Bernitz, MS Almén, s. 64.

I det följande avser jag att göra en analys av vissa typer av rättsregler, som typiskt sett återfinns i olika konkurrensrättsordningar. Olika konkurrensrättsordningar kan grovt sett karaktäriseras enligt följande schema:

Rättsfakta	**Procedurregler**	**Rättsföljder**
Vertikala konkurrensbegränsningar	Konkurrensvårdande myndigheters befogenheter	Avtals ogiltighet
		Skadestånd
Horisontella konkurrensbegränsningar	Enskildas talerätt	Böter och viten
	Anmälan och verkningar av dessa	Frihetsstraff
		Undantag
		Myndighets åläggande

Schemat gör inga anspråk på att vara komplett med avseende på världens olika konkurrensrättsordningar. Inte heller återfinns samtliga rättsföljder eller procedurregler överallt. Att rättsfaktum och rättsföljdsidan inte nödvändigtvis återfinns i en och samma paragraf, artikel eller liknande i en viss lagstiftningsprodukt eller ens i samma lag (om det överhuvudtaget är fråga om kodifierad rätt) är därvidlag ointressant. Det intressanta är att de samverkar och att det är möjligt att föra bevisning om huruvida vissa rättsfakta föreligger för att en viss rättsföljd skall inträda.

Tillämpningen av olika utländska processuella konkurrensrättsliga bestämmelser faller huvudsakligen utanför ramen för denna framställning. Även beträffande processrätt brukar det i litteraturen framföras att svenska domstolar och myndigheter i regel inte tillämpar utländsk

processrätt.[306] Processrätten tillhör i och för sig den offentliga rätten och redan på den grunden skulle tillämpningen av utländsk processrätt kunna uteslutas. Här kan bara antydas att en dylik rigid inställning till utländsk processrätt också kan ställa till problem.[307] Så brukar t.ex. frågor om bevisvärdering och bevisbörda räknas till processrätten, men en tillämpning av exempelvis engelsk köprätt med svenska bevisregler lär i allra högsta grad kunna påverka utgången av ett mål jämfört med om processen hade hållits i engelsk domstol i enlighet med engelsk processrätt.[308]

> Rent praktiskt kan det annars försvaras att process vid svensk domstol huvudsakligen förs enligt svenska processuella regler. Ett försök att genomföra en rättegång vid svensk domstol enligt säg spansk processrätt skulle troligtvis inom loppet av några minuter urarta till en parodi på rättvisa, varvid samtliga inblandade parter finge tillbringa större delen av tiden med att utreda innehållet i spansk processrätt. Till att börja med kan ju rätten ställa sig frågan om den skall vara sammansatt enligt svensk eller spansk rätt.
>
> Processrättsliga, till skillnad från materiellrättsliga regler är inte utan vidare utbytbara. De är skrivna för att tillämpas av domstolar och myndigheter i forumstaten. Så torde exempelvis §§ 44–97 tyska GWB om konkurrensvårdande myndigheter och förfarandet knappast kunna tillämpas i Sverige.

Den i detta fall intressanta aspekten av den utländska rätten ligger i rättsföljderna. Det är där nyckeln till kvalifikationen ligger. Vad gäller rättsföljder såsom böter och fängelse m.m. kan utan större omsvep konstateras att de är straffrättsliga och frågan om vilken hänsyn som

[306] Se t.ex. Karlgren, Kortfattad lärobok i IP, s.170 samt Bogdan, Svensk IP, s. 67 med hänvisning till NJA 1930 s. 692. Av rättsfallet framgår endast motsatsvis att vid svensk domstol endast svensk processrätt tillämpas. Det sägs att tesen härstammar från medeltiden och JACOBUS BALDUINI († 1235). Se Meijers, Histoire, s. 595.

[307] Förbudet mot tillämpning av utländsk processrätt är inte heller strikt och exempelvis Luganokonventionens om domstols behörighet och om verkställighet av utländska domar på privaträttens område art. 21 om litispendens förutsätter tillämpning av utländska regler om när talan anses vara väckt.

[308] Enligt artikel 14 Romkonventione gäller dock att kontrakträttsliga (inte allmänna) regler om bl.a. bevisbörda i den lag som enligt konventionen är tillämplig på avtalet skall tillämpas. Se prop. 1997/98:14, s. 51.

av svensk domstol därvid skall tas till utländsk rätt regleras i den internationella straffrätten.[309]

De rättsföljder som ligger privaträtten närmast är avtals ogiltighet och skadestånd. I doktrinen har talan om dessa rättsföljder karaktäriserats som privaträttslig.[310] En internt komparativ jämförelse med den författningsrättsliga karaktäriseringen av civillag antyder åtminstone samma resultat (se ovan kap. 3.3.2).[311] Parterna i en process om ogiltighet eller skadestånd är typiskt sett enskilda och då svensk rätt synes vila på subjekts- eller subjektionsteorierna (se ovan s. 93) ger detta ett första indicium på att det skulle vara fråga om privaträtt. Dessa processer skall vidare föras i allmän domstol. Vidare stadgas i RF 8:2 uttryckligen att ”föreskrifter om avtal” tillhör det obligatoriska privaträttsliga lagområdet.[312]

> Stor försiktighet bör dock iakttagas med att på den grunden att en lag påverkar avtal dra slutsatsen att den är privaträttslig. Rättsfallet RÅ 1980 2:69visar på svårigheten att göra distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt. I målet ifrågasattes grundlagsenligheten av förordningen (1979:1139) med föreskrifter om vissa betalningsvillkor vid yrkesmässig försäljning av bilar (bilkreditförordningen). Enligt 2 § 1 mom. förordningen fick säljaren inte lämna ut en försåld bil om inte köparen erlagt minst 40 procent av vederlaget kontant. Jämlikt 4 § bilkreditförordningen kunde säljare som bröt mot denna föreskrift ådömas böter. Enligt regeringsrådet Brinks särskilda yttrande skulle avgörande för gränsdragningen mellan offentlig rätt och privaträtt vara huruvida ett ingånget

[309] Se därtill Falk, Straffrätt och territorium; Jareborg/Asp, Svensk internationell straffprocessrätt. Vissa administrativa sanktioner såsom den svenska konkurrenslagens konkurrensskadeavgift (26 §) är möjligtvis förvaltningsrättsliga och inte straffrättsliga. De är i vart fall inte privaträttsliga.

[310] Dhunér/Hedström, Förfarandet i konkurrensrätten, s. 213 ff. I SOU 1994:81, s. 83 talas om ”konkurrensrättens civilrättsliga verkningar” och på s. 85 om ”[k]onkurrenslagens blandning av civilrättsliga och offentligrättsliga regler som prövas i var sin ordning”.

[311] Bogdan, Expropriation, s. 24 anser dock inte att offentligrättsbegreppet inom den internationella privaträtten behöver vara detsamma som inom andra rättsområden.

[312] Wahl, Gruppundantag för kedjor i detaljhandeln, 8 f. anser att regeringens befogenhet att enligt 17 § konkurrenslagen går utöver vad som kan anses vara rena verkställighetsföreskrifter enligt RF 8:13 och också kan sägas inverka på enskildas ekonomiska förhållanden inbördes (påverkar frågan om avtals giltighet) i sådan utsträckning att det är tveksamt om befogenheten är förenlig med RF 8:2. Se också lagrådets uttalande i prop. 1992/93:56, s. 337.

köpeavtal skulle komma att bestå, vilket det enligt förordningen gjorde. Ett avtal i strid med förordningen var på intet sätt ogiltigt endast inexigibelt såvitt avsåg naturaprestationen. Rättens majoritet berörde aldrig den distinktionen. Regeringsrådet Petrén ville i sin avvikande mening istället hänföra all lagstiftning om enskildas *möjligheter* (min kurs.) att sluta avtal med varandra till privatlagsområdet. Då det enligt Petrén i målet var fråga om en föreskrift som styrde två parters rätt att avtala med varandra, vore det felaktigt att hänföra den aktuella bestämmelsen till det område som avses i RF 8:3.

Rättsfallet förlorar mycket i klarhet då rättens majoritet inte närmare berörde frågan om förordningens eventuella grundlagsvidrighet. Den konstaterade blott lakoniskt att den ej ”fann förutsättning för tillämpning av 11 kap 14 § regeringsformen […] föreligga”. Man kan tycka vad man vill i sak om Brinks respektive Petréns vota; de diskuterar åtminstone distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt.

Ett problem i sammanhanget är att offentligrättsbegreppet inte nödvändigtvis behöver sammanfalla mellan den konstitutionella rätten och den internationella privaträtten. Även i svensk internationellt privaträttslig litteratur har försök gjorts att dra en gränslinje mellan de två rättsområdena. GIHL definierar offentligrättsliga lagar som sådana lagar, som inte avser att reglera de enskilda parternas förhållanden med hänsyn till deras intressen utan att direkt tillgodose den lagstiftande statens intressen.[313] Därifrån drar han också slutsatsen att konkurrensrättsliga bestämmelser som ogiltigförklarar vissa avtalsbestämmelser är privaträttsliga.[314] Även NIAL synes definiera offentlig rätt utifrån denna teori – offentligrättslig lagstiftning befrämjar statens *direkta* intressen.[315]

HJERNER erkänner svårigheterna med att dra någon skarp skiljelinje men vill ändå till privaträtten räkna sådan lagstiftning som syftar till att reglera rättsförhållanden mellan *enskilda* på ett sätt, som kan anses rättvist med hänsyn till de *intressen*, vilka just de enskilda parterna har eller enskilda parter i allmänhet har i den situation regeln avser. Till privaträtten kan även indispositiva skyddsregler räknas. Den offentliga rätten vill Hjerner definiera så att därunder faller sådan lagstiftning, som ålägger den enskilde *prestationer till staten* men också annan lagstiftning som tvingar enskilda att handla i vissa banor för att

[313] Gihl, Studier, s. 358. Se även tidigare dens., Lois politiques, s. 12.
[314] Gihl, Studier, s. 372.
[315] Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 117 f. Emfasen på ”direkt” anbefallen av Eek i Peremptory Norms, s. 27.

därmed främja statens *intressen*.[316] Hjerners definition ger intryck av att vara en blandning av subjekts- och intresseteorierna. För de tveksamma fallen anser han att rättstillämparen närmare bör gå in på en analys av den främmande lagstiftningens syften. Offentligrättslig lagstiftning kännetecknas ofta av att den:

1) inte är allmängiltig och universell utan att rättsfakta är nationellt eller territoriellt kvalificerade, eller
2) är tvingande eller retroaktiva eller så föga kända att de kan överrumpla en av lagen i fråga missgynnad part, eller att
3) lagens tillämplighet vid den utfärdande statens domstolar inte är beroende av ”paritetiska”, dvs. allsidiga, internationellt privaträttsliga regler.[317]

Enligt Hjerners definition av offentlig rätt (se ovan s. 107) torde dock konkurrensrätten i dess helhet snarast vara att räkna till den offentliga rätten. Till det slutet kom han också beträffande valutarättsliga ogiltighetssanktioner, som han ansåg internationellt privaträttsligt borde behandlas som offentligrättsliga.[318] Främst hans kriterier 1) och 3) skulle leda till att konkurrensrätten måste kvalificeras som offentligrättslig. Konkurrensrätten är inte allmängiltig och universell utan rättsfakta är nationellt eller territoriellt kvalificerade (kriterium 1). Tillämpning av svensk konkurrensrätt kräver att konkurrensen på den svenska marknaden berörs.[319] Vidare är konkurrenslagens tillämplighet vid svenska domstolar inte beroende av allsidiga internationellt privaträttsliga regler (kriterium 3). Konkurrenslagen torde vara internationellt tvingande och vid svensk domstol tillämpas oavsett vilken lag som i övrigt är *lex causae*. Hjerners definition har dock några år på nacken och frågan är om det inte i stället är en god definition på s.k. internationellt tvingande regler han ger. Dessa kan, men behöver inte vara, offentligrättsliga.

Jag har, likt katten kring den heta gröten, tassat länge kring frågan om konkurrensrätten är offentligrättslig eller privaträttslig utan att hittills leverera något svar. Det har än så länge mest varit fråga om en många ”å ena sidan” och ”å andra sidan”. Jag skall därför nu ta bladet från munnen och presentera det i mitt tycke avgörande argumentet för

[316] Hjerner, Främmande valutalag, s. 417.
[317] A.a., s. 420.
[318] A.a., s. 421.
[319] Prop. 1992/93:56 s. 71. Se Karlsson, , JT 1995–96, s. 1018 ff.

varför konkurrensrättsliga regler om ogiltighet och skadestånd bör betraktas som privaträttsliga.

Den slutsats, som här kan dras om konkurrensrättens tillhörighet till det ena eller andra rättsområdet är att delar av konkurrensrätten ligger närmare privaträtten än den offentliga rätten; det gäller i synnerhet de här relevanta ”privaträttsliga” avtals- och skadeståndssanktionerna.[320] I den riktningen pekar främst den omständigheten att det är enskilda som står som parter i en process där dessa rättsreglers tillämpning aktualiseras (subjektsteorin, se ovan s. 93). Reglerna syftar också till att tillvarata privata intressen (intresseteorin, se ovan s. 92) – som förvisso också sammanfaller med offentliga intressen (dessa kan dock tillgodoses genom straffrättsliga sanktioner).

Det kanske starkaste argumentet för att konkurrensrättsliga regler om avtals ogiltighet och skadestånd hör hemma inom privaträtten finner vi om vi ser till den internationellt processrättsliga Brysselkonventionen. Det framgår klart att EG-domstolen i sin tolkning av begreppet ”privaträttens område”, som enligt konventionens artikel 1 st. 1 utgör konventionens tillämpningsområde, utgått från subjektsteorin. Domstolen uttalade att begreppet måste ges en för konventionen autonom tolkning, dvs. oberoende av innehållet i nationell rätt, varvid det avgörande kriteriet är om ena parten i ett rättsförhållande är bärare av och utövar offentlig makt.[321]

Såväl Bryssel- som Romkonventionerna kan, sedan EG i och med den genom Amsterdamfördraget i EG-fördraget införda artikel 65 fått kompetens att reglera den internationella privaträtten, inom en inte alltför avlägsen framtid förväntas omvandlas till förordningar. Vidare förväntas också en s.k. Rom II-förordning om lagval för utomobligatoriskt skadestånd. Eftersom de är förordningar kommer EG-

[320] Av samma åsikt Wahl, Konkurrensförhållanden, s. 398 i frågan om konkurrensrätten är att räkna till ”privaträttens område” och därmed faller in under Brysselkonventionens tillämpningsområde (art. 1). Se även Commission Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, EGT 1993, nr. C 39, s. 6. Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 90 synes utgå från det när han diskuterar utomobligatoriskt skadestånd.

[321] Se målen 29/76 *LTU v. Eurocontrol* [1976] ECR 1541; 814/79 *Netherlands v. Rüffer* [1980] ECR 3807 och C-172/91 *Sonntag v. Waidmann* [1993] ECR I-1963. Se även min något utförligare framställning i ERT 1998, s. 107–110.

domstolen att få behörighet (låt vara i den begränsade form som förutses i artikel 68).

Det finns all anledning att utgå ifrån att EG-domstolen kommer att upprätthålla en enhetligt privaträttsbegrepp inom hela den stora del av den internationella privaträtten som nu övergår till att bli gemenskapsrätt. Sammanfattningsvis gäller sålunda att konkurrensrättsliga regler om avtals ogiltighet och skadestånd i internationellt privaträttsligt hänseende är att betrakta som privaträttsliga.

3.4.3 Kvalifikationens relevans

Det försök som jag gjort att kvalificera de konkurrensrättsliga reglerna om avtals ogiltighet och skadestånd har haft syftet att göra klart att deras tillämpning inte utan vidare kan avfärdas med argumentet att de är offentligrättsliga. Jag hävdar till och med viss bestämdhet att de skall ses som privaträttsliga. Den fråga som dock avslutningsvis måste ställas är om indelningen i offentlig och privat rätt verkligen är relevant för tillämpningen av utländsk rätt. Man kan med NIAL fråga sig varför ”de till grund för hela den internationella privaträtten liggande strävandena att låta privaträttsliga förhållanden regleras av den lagstiftning, under vilken ifrågavarande rättsförhållande naturligast hör, skola helt och hållet sträcka vapen blott av den anledningen, att den utländska lagen befinnes fullfölja ett mer eller mindre utpräglat *offentligt* syfte.”[322]

I verkligheten består den internationellt privaträttsligt relevanta konkurrensrätten av en blandning av privat och offentlig rätt. Enligt den ena eller andra gränsdragningsteorin kan man hänföra en viss bestämd rättsregel till det ena eller andra rättsområdet – men det blir aldrig helhjärtat. Var en viss rättsregel hamnar beror i mycket stor utsträckning på hur gränsen mellan offentlig rätt och privaträtt dras. Konkurrensrättsliga regler om avtal eller skadestånd kan (nästan) lika gärna förstås som offentlig rätt, som agerar med privaträttsliga medel, som privaträtt med ekonomiskt-politiska syften. Det ändrar i sig inget beträffande reglernas internationellt privaträttsliga relevans. Oavsett hur de kvalificeras kan deras tillämpning eller icke-tillämpning vara avgörande för utgången i en tvist. Den internationella privaträtten

[322] Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 119.

måste som sitt föremål ha samtliga rättsregler, som påverkar utgången av tvister.[323]

[323] Martinek, Internationales Kartellprivatrecht, s. 28.

4 EG-rättens inverkan

[Community law is] like an incoming tide. It flows into the estuaries and up to the rivers.[324]

4.1 Inledning

Den fråga som ställs i detta kapitel är om EG-rätten på något sätt begränsar medlemsstaternas frihet att fritt själva välja i vilken utsträckning de vill tillämpa utländsk konkurrensrätt. Därvid kan det möjligtvis tänkas att det spelar roll om denna utländska konkurrensrätt kommer från en annan medlemsstat eller från ett tredje land, dvs. en stat som inte är medlem av EU. Vidare kan man naturligtvis också fråga sig om EG-rätten på något sätt kan tänkas påbjuda tillämpning av främmande konkurrensrätt.

Det bör redan här framhållas att EG:s konkurrensrätt inte är att betrakta som främmande konkurrensrätt. Tillämpning av artiklarna 81 och 82 (f.d. art. 85 och 86) EG-fördraget är inget internationellt privaträttsligt problem. Båda bestämmelserna har direkt effekt och skall därför tillämpas av svenska domstolar i de fall de aktualiseras i tvister.[325]

[324] Lord Denning i engelska Court of Appeals avgörande *Bulmer v. Bollinger* [1974] 2 All E.R. 1226.
[325] För den direkta effekten av art. 81.1 se mål 127/73 *BRT v. SABAM* [1974] ECR 51, punkt 16; art. 81.2 se mål 48/72 *Brasserie de Haecht v. Wilkin-Janssen* [1973] ECR 77, punkt 4; art. 82 målen 127/73 *BRT v. SABAM* [1974] ECR

Den tes jag här ställer upp är att EG-rätten tillåter medlemsstaterna att tillämpa främmande konkurrensrätt från andra medlemsstater i samma utsträckning som den tillåter dem att tillämpa sin egen nationella konkurrensrätt i fall där EG:s konkurrensrätt också är tillämplig. Om konkurrensrätten härstammar från ett tredje land är friheten i princip total och EG-rätten reser inga hinder.

En lämplig disposition för kapitlet blir med den utgångspunkten att först kort i kapitel 4.2 redogöra för när EG:s konkurrensrätt överhuvudtaget är tillämplig samt därefter i kapitel 4.3 utveckla i vilken utsträckning medlemsstaterna tillåts en parallell tillämpning av de egna konkurrensrättsliga reglerna. Slutligen utreder jag i kapitel 4.4 varför det finns skäl till en särbehandling av tredje lands konkurrensrätt.

4.2 När är EG:s konkurrensrätt tillämplig?

I artikel 81.1 EG-fördraget stadgas att alla konkurrensbegränsningar som ”kan påverka handeln mellan medlemsstater” omfattas av det EG-rättsliga förbudet mot kartellavtal.[326] Samma sak slås i artikel 82 fast avseende missbruk av dominerande ställning. Detta kriterium för när EG:s konkurrensrätt griper in brukar i den svenskspråkiga litteraturen kallas *samhandelskriteriet*.[327] Ett avtal må vara aldrig så konkur-

51, punkt 16 och 155/73 *Sacchi* [1974] ECR 409, punkt 18. Artikel 81.3 har däremot inte direkt effekt och i princip är kommissionen ensam behörig att tillämpa den, mål C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu* [1991] ECR I-935. I kommissionens s.k. vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, s. 28–30 föreslår kommissionen dock att artikel 85.3 (nu 81.3) görs direkt tillämplig och möjlig för enskilda att åberopa inför domstol och nationella myndigheter.

[326] Eng. ”may affect trade between Member States”, fr. ”susceptibles d’affecter le commerce entre États membres”, ty. ”den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind”.

[327] Se Wahl, Konkurrensförhållanden, s. 149 ff; dens., Konkurrensrätt, s. 13 ff.; Carlsson m. fl., Konkurrenslagskommentaren, s. 437 f. I tysk doktrin talas om ”Zwischenstaatlichkeitsklausel”, se t.ex. Geiger, EG-Vertrag, s. 247; Kommentar EU-Koch, Art. 85, Rdnr. 89; Groebener Kommentar-Schröter, Art. 85, Rdnr. 163 (s. 2/229). I engelsk doktrin går kriteriet under benäm-

rensbegränsande, men om samhandelskriteriet inte är uppfyllt är det inte förbjudet enligt EG-rätten.[328] Detsamma gäller i fråga om förbudet i artikel 82 EG-fördraget mot missbruk av dominerande ställning.[329]

Samhandelskriteriet kan uppfyllas på två sätt. Antingen påverkas handelsströmmarna eller marknadens struktur.[330] Med *påverkan* av handeln förstås inte enbart en minskning av handeln utan även en situation där handelsströmmarna mellan medlemsstaterna ökar har ansetts kunna uppfylla samhandelskriteriet.[331] Denna i sig något märkliga inställning kan förklaras med att syftet med EG:s konkurrensrätt inte uteslutande är att öka handelsströmmarna mellan medlemsstaterna utan också att upprätta en gemensam marknad (art. 2 EG).

I *Consten*-målet hade det tyska företaget Grundig och det franska företaget Consten avtalat om ensamrätt för Consten att sälja Grundigs produkter i Frankrike under varumärket Gint. Vidare innehöll avtalet ett förbud för Consten att sälja konkurrerande varor. Det kunde konstateras att avtalet ledde till ökad handel mellan Tyskland och Frankrike men eftersom denna ökning åstadkoms genom en marknadsuppdelning efter landsgränserna, kunde avtalet inte accepteras. Det motverkade direkt syftet att göra en enda gemensam marknad av Europas länder.

Resonemanget bör läsas mot bakgrunden av att påverkan på handelsströmmarna endast är avgörande för frågan om samhandelskriteriet är uppfyllt och EG:s konkurrensrätt är tillämplig överhuvudtaget. Om avtalet sedan kan undantas på grund av dess positiva effekter får därefter avgöras enligt en EG-rättslig måttstock.[332]

Påverkan på marknadens struktur är ett test som huvudsakligen utvecklats avseende artikel 82 men som också har en självständig betydelse avseende artikel 81. Typexempel på förändringar i marknadsstrukturen är då konkurrens slås ut eller avtalas bort samt uppdelning

ningen ”inter-state trade clause”, se t.ex. Whish, Competition Law, s. 215. Uttrycket ”samhandelskriteriet” förekommer hos Stenberg 1974 men inte hos Bernitz 1969 varför det är möjligt att Stenberg myntat det. Se Stenberg, Studier i EG-rätt, s. 130 och Bernitz, Marknadsrätt, s. 362 ff.

[328] Wahl, Konkurrensrätt, s. 13.

[329] A.a., s. 37.

[330] A.a., s. 13.

[331] Mål 56 & 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* [1966] ECR 299.

[332] Whish, Competition Law, s. 217.

eller isolering av nationella marknader. Avslutningsvis bör framhållas att det inte alltid går att särskilja påverkan på handelsströmmarna och marknadens struktur från varandra. En förändring av marknadens struktur kan naturligtvis också påverka handelsströmmarna.

4.3 Parallell tillämpning av EG:s och nationell konkurrensrätt

4.3.1 Den grundläggande inställningen

4.3.1.1 Bakgrunden

I alla fall där EG:s konkurrensrätt är tillämplig är också någon medlemsstats konkurrensrätt tillämplig. En konkurrensbegränsning som påverkar handeln mellan medlemsstaterna påverkar ju också alltid handeln i någon enskild medlemsstat. Däremot finns det naturligtvis fall då endast nationell konkurrensrätt är tillämplig. Eftersom samhandelskriteriet givits en vid tolkning, och EG:s konkurrensrätt därmed givits vida tillämpningsanspråk, aktualiseras en parallell tillämpning av de två konkurrensrättsordningarna ofta. I sådana fall kan, då de olika rättsordningarna i vissa fall materiellt skiljer sig från varandra, den politiskt brisanta rangfrågan inte undvikas.[333]

Av artikel 83.2 e) EG-fördraget (f.d. art. 87) framgår att nationell konkurrensrätt och EG:s konkurrensrätt är tänkta att existera sida vid sida. Rådet har i artikeln givits befogenhet att efter hörande av Europaparlamentet i förordning eller direktiv närmare reglera ”förhållandet mellan å ena sidan den nationella lagstiftningen och å andra sidan bestämmelserna i detta avsnitt samt bestämmelser som antagits enligt denna artikel”. Eftersom de olika rättssystemen faktiskt förutsätts exi-

[333] Eftersom den svenska konkurrenslagen utformats efter EG:s konkurrensrätt torde riskerna för konflikter vara mindre än i förhållandet mellan vissa andra medlemsstaters mer avvikande utformade konkurrensrätt och EG-rätten (exempelvis sådan konkurrensrätt som bygger på en missbruksprincip). Konflikter är dock inte helt uteslutna eftersom konkurrensverket och kommissionen begagnar sig av något olika måttstockar vid bedömningen av konkurrensbegränsningar.

stera sida vid sida, kan eventuella konflikter inte utan vidare avfärdas under åberopande av doktrinen om EG-rättens företräde såsom den slogs fast i rättsfallet *Costa v. ENEL*.[334]

Den uttryckliga regleringsbefogenheten i artikel 83 har dock aldrig utnyttjats av rådet. Man naturligtvis bara spekulera om anledningen till det men två omständigheter skulle kunna tänkas ha särskilt stor betydelse. För det första var ursprungligen behovet av en sådan reglering inte särskilt stor då av medlemsstaterna egentligen endast Tyskland hade en utvecklad konkurrensrätt. För det andra kan det tänkas vara fråga om en ”väck inte den björn som sover-situation”. Kommissionen har all anledning att befara att behandlingen av en sådan fråga i rådet, som ju består av representanter för medlemsstaterna, skulle kunna resultera i en inskränkning av dess kompetensområde.

Eftersom kommissionen såsom ”fördragens motor”[335] har initiativmonopol har därför heller inget förslag till sådan gränsdragningsreglering lagts fram.[336] Kommissionen är också uttryckligen av den åsikten att någon reglering inte är nödvändig.[337] I koncentrationsförordningen[338] har dock intagits en bestämmelse om att den allena är tillämplig på de företagsfusioner som omfattas av förordningen – ett uttryck för den s.k. *one stop shop*-principen.[339] I förordningens artikel 21.2 stadgas att ”[n]o Member State shall apply its national legislation on competition to any concentration that has a Community dimension”.

[334] Mål 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585. Närmare om företrädesdoktrinen i Wiklund, EG-domstolens tolkningsutrymme, s. 158–165 och Andersson, Rättsskyddsprincipen, s. 55–65 eller för den delen Droege/Lysén, Introduktion till EU och EG-rätten, s. 108–112.
[335] För detta uttryck se a.a., s. 45 f. I den aktuella situationen framgår också kommissionens initiativmonopol uttryckligen av art. 83 EGF.
[336] Wahl, Konkurrensförhållanden, s. 241 f.
[337] Fourth Report on Competition Policy 1974, punkt 47.
[338] Rfo (EEG) nr. 4064/89, OJ 1989 nr. L 395 s. 1.
[339] Cook/Kerse, EC Merger Control, s. 12 f. och passim.

4.3.1.2 Tvåhindersteorin

I tidig, särskilt tysk, doktrin fördes en livlig debatt om förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt.[340] Enligt den av KOCH 1959 lanserade s.k. tvåhindersteorin (*Zweischrankentheorie*) uteslöts konflikter på den grunden att de båda normkomplexen hade olika skyddsobjekt och därför var parallellt tillämpliga.[341] Om ett rättsförhållande faller inom tillämplighetsområdet för såväl nationell rätt som EG-rätt finner båda användning. Ett kartellavtals giltighet är därvid beroende av att det godkäns av båda rättsordningarna – det måste klara sig över två hinder.[342] I realiteten innebär teorin ett företräde för den strängare rättsordningen.[343] Enligt den av vissa författare förespråkade s.k. etthindersteorin (*Einschrankentheorie*) var det istället fullt tillräckligt att ett förhållande uppfyllde kraven i EG-rätten.[344]

Tvåhindersteorin har kritiserats häftigt i litteraturen av bl.a. MESTMÄCKER, som invänt att konflikter mellan nationell rätt och EG-rätt inte kan uteslutas allenast på den grunden att de båda rättsordningarna har olika skyddsobjekt. Mestmäckers kritik tar sikte på att Kochs tvåhindersteori inte beaktar den av EG-domstolen utvecklade allmänna regeln om EG-rättens företräde.[345]

4.3.1.3 Walt Wilhelm-doktrinen

Först 1968 tvangs EG-domstolen i *Walt Wilhelm*-målet ta ställning i frågan om förhållandet mellan nationell konkurrensrätt och EG-rätt.[346] Bakgrunden till målet står att finna i ett beslut av tyska Bundeskartellamt (BKA) den 28 november 1967 att bötfälla ett antal tyska företag för brott mot tysk konkurrensrätt. De bötfällda företagen hade ingått i en priskartell beträffande anilin (ett färgämne). Oberoende av BKA:s undersökningar hade kommissionen 31 maj 1967 inlett granskning av

[340] Att doktrinen huvudsakligen var tysk kan förklaras med att Tyskland näst Nederländerna var den första medlemsstat som införde konkurrenslagstiftning.
[341] Koch, BB 1959, s. 241–248.
[342] A.a., s. 247.
[343] Kommentar EU-Koch, Vor Art. 85, Rdnr. 31.
[344] Catalano, RIDC 1963, s. 269 ff.
[345] Mestmäcker, BB 1968, s. 1298; dens., Vermittlung, s. 24 ff.; dens., Europäisches Wettbewerbsrecht, s. 128 ff.
[346] Mål 14/68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1.

prissamarbetet. Den 24 juli 1969 bötfällde kommissionen de tyska företagen för brott mot artikel 81.1. BKA:s beslut överklagades till Kammergericht Berlin,[347] som begärde förhandsavgörande från EG-domstolen.

I målet åberopades tvåhindersteorin av vissa av parterna och den diskuterades också av generaladvokaten ROEMER i hans yttrande. I litteraturen hävdas av de flesta utom just Koch att EG-domstolens avgörande raserade grunden för denna teori.[348]

Domstolen utvecklade i sitt förhandsavgörande att ett och samma avtal i princip kan vara föremål för två parallella förfaranden; ett företaget av kommissionen enligt artikel 81 EG-fördraget (då art. 85)och ett annat av nationella myndigheter enligt nationell rätt.[349] Denna tolkning ansåg EG-domstolen framgick av artikel 83.2 e) EG-fördraget (då art. 87.2 e). Artikeln ansågs emellertid också bekräfta EG-rättens överhöghet.[350] EG-domstolen slog fast att konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt beträffande karteller måste lösas enligt principen om EG-rättens företräde.[351]

Vid parallella förfaranden avseende samma sakomständigheter inför nationella myndigheter och kommissionen är det de nationella myndigheterna som måste vidta lämpliga åtgärder för att förhindra konflikt mellan kommissionens väntade beslut och det egna beslutet.[352] Den enda vägledning EG-domstolen gav avseende vilka lämpliga åtgärder nationella myndigheter hade att vidta var att så länge som ingen reglering enligt artikel 83.2 e) utfärdats ”the application of national law may not prejudice the full and uniform application of

[347] Av tradition motsvaras den allmänna appelationsdomstolen Oberlandesgericht i Berlin av en Kammergericht.

[348] Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, s. 129; Fourth Report on Competition Policy, punkt 45; Zuleeg, EuR 1990, s. 127. Koch vidhåller i Kommentar EU-Koch, vor Art. 85, Rdnr. 32 ff. Wahl, Konkurrensförhållanden, s. 288 anser att domstolen valde en mellanväg mellan ett- och tvåhindersteorierna. Se även Stenberg, Studier i EG-rätt, s. 275 ff. för en mer utförlig redogörelse för hur samtida författare tolkade EG-domstolens avgörande i Walt Wilhelm i förhållande till ett- och tvåhindersteorierna.

[349] Mål 14/68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, punkt 3.

[350] A. st., punkt 5.

[351] A. st., punkt 6.

[352] A. st., punkt 8.

Community law or the effects of measures taken or to be taken to implement it".[353] Med rätta har detta uttalande kritiserats för att inte ge nationella myndigheter tillräcklig vägledning i de konkreta fallen.[354]

Vidare uttalade EG-domstolen om dubbla sanktioner att sådana inte hindras av EG-rätten. Vid utdömande av dylika, kräver dock *natural justice*[355] såsom den kommit till uttryck i artikel 90 EKSG-fördraget att tidigare utdömda sanktioner beaktas av "myndighet nummer två" – antingen det är fråga om kommissionen eller nationell myndighet.[356]

I Fourth Report on Competition Policy 1974 gjorde kommissionen ett försök att konkretisera innebörden av EG-domstolens avgörande avseende parallell tillämpning av nationell konkurrensrätt i *Walt Wilhelm*. För det fall ett beslut av kommissionen redan förelåg avseende ett visst förhållande hade en nationell myndighet att respektera kommissionens beslut och inte fatta något med det oförenligt beslut. För det fall något beslut från kommissionen ännu inte förelåg men kunde väntas, gav kommissionen två förslag. Antingen kunde den nationella myndigheten suspendera sin undersökning i väntan på att kommissionen skulle fatta beslut eller konsultera kommissionen om vilket beslut den var i färd att fatta och anpassa sitt eget beslut till detta.[357]

I allt väsentligt har praxis legat fast sedan avgörandet i *Walt Wilhelm*, varför en undersökning av förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt fortfarande kan ta sin utgångspunkt i detta rättsfall.

[353] A. st., punkt 9.

[354] Se Wahl, Konkurrensförhållanden, s. 249; Wiklund, EG-domstolens tolkningsutrymme, s. 347

[355] Detta begrepp skall nog inte i sig tolkas som ett uttryck för naturrättsliga böjelser hos EG-domstolen. I den tyska versionen talas istället om "ein allgemeiner Billigkeitsgedanke". I den svenska specialutgåvan, volym 1, s. 386 har det översatts med "allmänt rättvisekrav".

[356] Mål 14/68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, punkt 11. Artikel 90 st. 2 EKSGF in fine lyder: "Höga myndigheten skall beakta detta [tidigare nationella] beslut vid bestämmandet av den eventuella sanktion som den kan komma att fastställa".

[357] Fourth Report on Competition Policy 1974 s. 30 f.

4.3.2 EG:s och nationell konkurrensrätt har samma inställning

För det fallet ett visst förhållande är *tillåtet enligt EG-rätten* är det naturligtvis inget hinder mot dess enhetliga tillämpning att samma sak också är tillåten enligt nationell rätt. Om ett visst förfarande däremot är *förbjudet enligt såväl EG-rätt som nationell rätt* gäller att av kommissionen tidigare utdömda böter måste beaktas och avräknas av nationell myndighet.[358] Detsamma gäller för det fall nationell myndighet skulle ”hinna före” kommissionen. Härvid bör dock den nationella myndigheten åtminstone fundera på att först konsultera kommissionen.[359]

Vad slutligen beträffar *skadestånd* till enskilda är det en sanktion som inte uttryckligen återfinns EG-fördragets konkurrensregler men i flera nationella konkurrensrättsordningar (jfr. 33§ konkurrenslagen). EG-rätten hindrar inte att skadestånd utdöms för brott mot nationell rätt avseende ett förfarande som också är förbjudet enligt EG-rätten. I de fall ett nationellt förbud är identiskt med ett EG-rättsligt förbud är det ju här fråga om att den nationella rätten kompletterar och förstärker EG-rättens effekt. En annan intressant fråga är om EG-rätten innehåller en plikt för nationella domstolar att utdöma skadestånd för brott mot *EG:s* konkurrensrätt. I *Banks*-fallet,[360] som rörde tillämpningen av EKSG-fördragets konkurrensregler, föreslog generaladvokaten VAN GERVEN en plikt baserad på artikel 82 EKSG-fördraget om medlemsstaternas lojalitetsplikt (motsvarar artikel 10 EG-fördraget, f.d. art. 5) för nationella domstolar att tillhandahålla ett skadeståndsremedium för enskilda i förhållande till andra enskilda som brutit mot gemenskapsrättsliga regler med direkt effekt.[361] Tyvärr kom aldrig EG-domstolen att anamma van Gervens idéer då den fastslog

[358] Mål 14/68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, punkt 11.

[359] Fourth Report on Competition Policy 1974 s. 30 f. Det bör dock erinras om att denna inte utgör någon rättsakt och att kommissionens rekommendationer inte bekräftats av EG-domstolen.

[360] Mål C-128/92 *Banks & Co v. British Coal Corporation* [1994] ECR I-1209.

[361] Se AG van Gervens yttrande punkterna 36–45. I målet var svarandeparten visserligen enligt den s.k. Fosterformeln (mål C-188/89 *Foster v. British Gas* [1990] ECR I-3313, punkterna 18–20) att räkna till brittiska staten, men van Gerven var ovillig att ”skriva en hatt” genom att helt enkelt konstatera detta utan ville istället besvara den allmänna frågan om skadeståndsrätt.

att artiklarna 65 och 66 EKSG-fördraget inte hade direkt effekt, varför ingen rätt till skadestånd kunde föreligga.[362] van Gervens yttrande är emellertid mycket övertygande och det synes mig vara en logisk utveckling efter EG-domstolens avgörande i *Brasserie de Pêcheur* att också slå fast en ”horisontell skadeståndsskyldighet”.[363].

4.3.3 EG:s konkurrensrätt har en strängare inställning än den nationella

Konflikter kan uppkomma i de fall gemenskapsrätten förbjuder ett förhållande, som är tillåtet enligt nationell rätt.[364] Ett tänkbart exempel från den svenska konkurrensrätten är gruppundantaget för kedjor i detaljhandeln, vilket skulle kunna strida mot EG-rättens bestämmelser om samhandelskriteriet är uppfyllt.[365] Enligt den allmänna principen om EG-rättens företräde och Walt Wilhelm-principen gäller för dylika fall att EG-rätten har företräde och att den nationella rätten inte får hindra den fulla och enhetliga tillämpningen av EG:s konkurrensregler.

Den intressanta frågan här är vilka former av nationellt tillåtande EG-rätten förhindrar. Helt klart står att den nationella rätten inte får påbjuda, uppmuntra eller underlätta ett visst beteende som EG-rätten förbjuder.[366] Om den nationella konkurrensrätten istället enbart pas-

[362] Mål C-128/92 *Banks & Co v. British Coal Corporation* [1994] ECR I-1209, punkterna 15–21.

[363] Steiner, EC Competition Law, s. 133 finner van Gervens yttrande ”cogent”. Andersson, Rättsskyddsprincipen, s. 53 förhåller sig försiktigt positiv. Positiv även Quitzow, JT 1996–97, s. 698 samt givetvis van Gerven, CMLRev. 1995, s. 699; dens., ICLQ 1996, s. 530. Negativ däremot Ruffert, CMLRev. 1997, s. 335.

[364] Se GWB-Kommentar-Mestmäcker, Einleitung, Rdnr. 43 (s. 57) för exempel från tysk rätt.

[365] Förordning (1993:80) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för kedjor i detaljhandeln. Se Wahl, Gruppundantag för kedjor i detaljhandeln, s. 32–39.

[366] Målen 13/77 *INNO v. ATAB* [1977] ECR 2115, punkt 31; 209–213/84 *Ministere Public v. Asjes* [1986] ECR 1425, punkt 71; 311/85 *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] ECR 3801, punkt 10; 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebuero v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs* [1989] ECR 803, punkt 48.

sivt tillåter ett visst förfarande finns visserligen en plikt för nationell domstol att ge verkan åt det EG-rättsliga förbudet, men det kan näppeligen sägas finnas någon plikt för medlemsstaten att aktivt harmonisera sin konkurrensrätt med EG:s för att undvika sådana konflikter.

4.3.4 EG:s konkurrensrätt har en mildare inställning än den nationella

Min bestämda uppfattning är att det i stort sett inte finns någon möjlighet att i nationell konkurrensrätt förbjuda ett visst förfarande när förutsättningarna för undantag i artikel 81.3 EG-fördraget är uppfyllda. Om det är fråga om ett *individuellt undantag*, som beviljats av kommissionen i enlighet med artikel 81.3 EG-fördraget och artikel 9.1 förordning 17[367] får detta undantag anses skapa en rättighet för parterna till ett visst avtal att få tillämpa det. Individuella undantag beviljas därför att avtalet ifråga anses tillföra den gemensamma marknaden något positivt och måste ses som ett aktivt handlande.[368] Det kan därför inte komma i fråga att nationella myndigheter eller domstolar förbjuder, ogiltigförklarar eller dömer ut skadestånd på grund av ett avtal som kommissionen i en rättsakt tillåtit.[369]

Om möjligheten att bevilja individuella undantag, såsom föreslagits av kommissionen, också ges till nationella domstolar och myndigheter ändras egentligen ingenting därigenom.[370] Den enda skillnaden består i

[367] Rfo (EEG) nr.17/62 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 81 och 82, JO nr. L 13, s. 204 (senast ändrad genom rfo (EG) nr 1216/1999, EGT 1999, nr. L 148, s. 5).

[368] Se mål 14/68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, punkt 5.

[369] Föga förvånande delas denna uppfattning av kommissionen. Se Fourth Report on Competition Policy 1974, punkterna 43–47. Av samma åsikt bl.a. Stenberg, Studier i EG-rätt, s. 276; Berlin, RTDE 1991, s. 216; Emmerich, Kartellrecht, s. 511; Groebener Kommentar-Schröter, Vorbemerkung zu den artikeln 85 bis 89, Rdnr 61 (s. 2/86 f.); Whish, Competition Law, s. 40. Av annan åsikt bl.a. GA Roemer i sitt yttrande till mål 14/68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, s. 23 f. De lege ferenda anser Wahl, Konkurrensförhållanden, s. 288 f. att en strängare inställning i nationell rätt borde tillåtas av hänsyn till konkurrenspolitikens effektivitet och behovet av decentralisering.

[370] Kommissionens förslag återfinns i Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, s. 28–30.

att det inte, såsom när undantaget beviljats av kommissionen, finns en enskild EG-rättsakt som garanterar rätten att tillämpa ett visst specifikt avtal. Rättigheten finns dock, eftersom den ytterst vilar på en fördragsbestämmelse, fortfarande där. Möjligen kan EG-domstolen i ett förhandsavgörande också ha gjort klart hur artikel 81.3 skall tolkas beträffande ett visst avtal. Denna fördragsgrundade rättighet åligger det om kommissionens förslag skulle förverkligas nationella domstolar och myndigheter att garantera. Vid en konflikt måste den nationella konkurrensrätten vika.

Jag har därmed också avslöjat min inställning till vad som kan anses gälla om avtalet befrias av ett *gruppundantag*. Det kan inte vara fråga om någon annorlunda behandling eftersom rätten till undantag ytterst vilar på artikel 81.3, som har företräde framför gruppundantagsförordningarna. I förordningen om exklusiva inköpsavtal tillåts dock uttryckligen tillämpning av strängare nationell rätt.[371] I litteraturen har uttryckts tvivel om det egentligen kan innebära någonting. Om inte annat kan inte kommissionen i en förordning ändra ett förhållande mellan EG:s primärrätt och nationell rätt, som slagits fast av EG-domstolen. Det faller utanför dess kompetens.[372]

Det enda fall av tillåten strängare tillämpning av nationell konkurrensrätt är för de fall kommissionen beviljat ett s.k. *comfort letter*. Ett *comfort letter* är ingen bindande rättsakt från kommissionen utan endast ett brev från ansvarig tjänsteman med meddelande om att avtalet antingen överhuvudtaget inte strider mot artikel 81.1 eller att villkoren för undantag enligt artikel 81.3 är uppfyllda. En nackdel är att de inte

[371] Kfo (EEG) nr. 1984/83 om tillämpning av fördragets artikel 81.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal, OJ 1983, nr. L 173, s. 5 (senast ändrad genom kfo (EG) nr. 1582/97, EGT 1997, nr. L 214, s. 2, ingressen punkt 19: ”Det strider inte mot målsättningen i denna förordning, om medlemsstaterna genom lagar eller andra författningar föreskriver samma maximiperiod för det exklusiva inköpsåtagandet för återförsäljaren som i bensinstationsavtal enligt denna förordning men samtidigt föreskriver att avtalstiden får variera i förhållande till leverantörens prestation, eller generellt föreskriver en kortare period än den som är tillåten enligt denna förordning. Denna förordning fastställer i detta avseende endast en övre tidsgräns för varaktigheten av bensinstationsavtal. Att tillämpa och verkställa sådana nationella lagar eller författningar skall därför anses förenligt med bestämmelserna i denna förordning”.

[372] Wahl, Konkurrensförhållanden, s. 306 ff.

är bindande. Ett avtal som anmälts till kommissionen fortsätter dock att vara skyddat mot böter efter det att ett *comfort letter* har utfärdats.

I *Guerlain* hade ett antal parfymtillverkare utverkat ett *comfort letter* från kommissionen avseende ett selektivt återförsäljarsystem.[373] Senare åtalades de i Frankrike för säljvägran i strid med fransk rätt. Le Tribunal de grande instance i Paris begärde förhandsavgörande från EG-domstolen, som svarade på frågan om ett *comfort letter* förhindrade tillämpningen av prohibitiv nationell rätt.[374] Domstolen gjorde klart att *comfort letters* varken kunde anses utgöra icke-ingripandebesked eller individuella undantag och att *comfort letters* inte hindrade tillämpning av nationell konkurrensrätt.[375]

Det är också möjligt att ett avtal som beviljats ett icke-ingripandebesked kan angripas med nationell konkurrensrätt.[376] Här föreligger ingen rättsakt som ger någon rättigheter. Icke-ingripandebeskedet har heller inte, till skillnad från undantaget, beviljats därför att avtalet anses tillföra den gemensamma marknaden något positivt. EG-rätten förhåller sig helt enkelt indifferent.

[373] Mål 253/78 & 1–3/79 *Procureur de la République v. Giry and Guerlain* [1980] ECR 2327

[374] Det var nu inte den franska domstolens fråga. Den ville ha svar på om det aktuella selektiva återförsäljarsystemet kunde beviljas undantag enligt art. 85.3 (nu 81.3). Eftersom det skulle vara att gå utanför EG-domstolens kompetens i ett förhandsavgörande att besvara den frågan, besvarade EG-domstolen istället frågan om förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt.

[375] Förhållandet utrycktes av EG-domsolen som att: ”The fact that a practice [i ett comfort letter] has been held by the Commission not to fall within the ambit of the prohibition contained article 85 (1) and (2), [...] in no way prevents that practice from being considered by the national authorities from the point of view of the restrictive effects which it may produce nationally.”, punkt 18. Se även målen 37/79 *Anne Marty v. Estee Lauder* [1980] ECR 2481, punkt 10 och 99/79 *Lancome and Cosparfrance Nederland v. Etos and Albert Heyn Supermart* [1980] ECR 2511, punkt 11.

[376] Av den åsikten Groebener Kommentar-Schröter, Vorbemerkung zu den artikeln 85–89, Rdnr. 61 (s. 2/87 f.).

4.4 Skillnad mellan konkurrensrätt från en annan medlemsstat och från ett tredje land

4.4.1 När är EG-rätten överhuvudtaget tillämplig i förhållandet till tredje land?

Förhållandet mellan EG:s och tredje lands konkurrensrätt slagits fast i det s.k. *Woodpulp*-målet, som slår fast vilken avgränsningsregel som gäller för EG:s konkurrensrätt, dvs. vilka extraterritoriella tillämpningsanspråk den har.[377] I målet hade ett antal pappersmassetillverkare från Finland, USA och Kanada samordnat de priser som de tillämpade mot sina i kunder i EG. De flesta men inte alla av tillverkarna var också representerade i EG genom filial, dotterbolag, agent eller någon annan form av representation.

Enligt EG-domstolen saknade tillverkarnas eventuella representation inom EG relevans i detta fall. Man får nämligen dela upp en konkurrensbegränsande samverkan i två led, dels upprättandet av en konkurrensbegränsande samverkan, dels dess genomförande. Eftersom tillverkarna hade *genomfört* sin prissamverkan inom EG var EG:s konkurrensrätt tillämplig.[378] I den engelska versionen av domen talas om *implementation*, varför avgörandet sägs ligga till grund för den s.k. implementeringsdoktrinen. M.a.o. är EG:s konkurrensrätt tillämplig på konkurrenshindrande avtal som skall genomföras (eller implementeras) inom EU oavsett var de konkurrensbegränsande företagen är belägna.

En fråga som diskuterats flitigt i såväl europeisk som amerikansk doktrin är om hänsyn bör tas till utländsk konkurrensrätts tillämpningsanspråk vid fastställande av den egna konkurrensrättens tillämpningsanspråk. I gick denna eventuella hänsynsplikt under namnet non-interventionsprincipen (the principle of non-interference).[379] Frågan är om det finns en folkrättslig plikt till intresseavvägning (”balancing of

[377] Mål 89, 104, 114, 116, 117 & 125–129/85 *Åhlström and Others v. Commission (Woodpulp)* [1988] ECR 5193.
[378] A. st., punkt 16–17.
[379] A. st., punkt 19–20.

interests"), som skulle kunna leda till att de egna tillämpningsanspråken hölls tillbaka.[380]

Frågan har för EG-rättens del ännu inte fullt besvarats. I *Woodpulp*-målet ansåg sig EG-domstolen inte tvungen att utreda huruvida en dylik folkrättslig plikt existerar eftersom i fallet utländsk (amerikansk) konkurrensrätt inte ålade parterna i fråga någon plikt till beteende som stred mot någon plikt enligt EG-rätten.[381] Domstolen gjorde därmed en mycket snäv tolkning av den eventuella plikten till intresseavvägning, om vilken det har hävdats att den existerar även när utländsk rätt inte konkret ålägger någon en viss med den egna konkurrensrätten oförenlig plikt, såsom exempelvis är fallet med s.k. "blocking statutes".[382]

Amerikanska Supreme Court synes i fallet *Hartford Fire Insurance v. California* emellertid ha intagit samma snäva inställning till intresseavvägning, vilken enbart skulle tillämpas vid s.k. "true conflicts" och inte "where a person subject to regulation by two states can comply with the laws of both". Den omständigheten att ett visst handlande är lagligt i en viss stat hindrar inte tillämpningen av prohibitiv amerikansk konkurrensrätt.[383]

4.4.2 Varför tredje lands rätt bör särbehandlas

I *Boehringer I* och *II*-målen bötfällde kommissionen den 16 juli 1969 det tyska företaget Boehringer för brott mot artikel 81 (då 85) i form av en marknadsdelnings- och kvotkartell.[384] En domstol i New York hade emellertid redan den 3 juli 1969 bötfällt Boehringer för brott mot federal amerikansk konkurrensrätt. Boehringer krävde därför att

[380] Se t.ex. Deville, Die Konkretisierung des Abwägungsgebotes im internationalen Kartellrecht; Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, s. 622 ff.; Nerep, Extraterritorial Control of Competition under International Law, s. 556 ff.; Schnyder, Wirtschaftskollissionsrecht, s. 133 ff.; Veelken, Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht.

[381] Mål 89, 104, 114, 116, 117 & 125–129/85 *Åhlström and Others v. Commission (Woodpulp)* [1988] ECR 5193, punkt 20.

[382] Se exempelvis Meessen, Kollisionsrecht der Zusammenschlußkontrolle.

[383] 509 U.S. 764 (1993). Citatet från (1993) 125 L Ed 2d 612 (s. 640).

[384] Målen 45/69 *Boehringer v. Commission* [1970] ECR 769; 7/72 *Boehringer v. Commission* [1972] ECR 1281.

de amerikanska böterna skulle avräknas från bötesbeloppet för brottet mot EG:s konkurrensrätt.

I den första målet *Boehringer I*, som avgjordes den 15 juli 1970, ogillade domstolen Boehringers yrkande att de amerikanska böterna skulle avräknas med hänvisning till att dessa böter hade utdömts med avseende på konkurrensbegränsningar som hade ägt rum utanför EG.[385] På detta vis undvek domstolen att fatta beslut i den principiella frågan om böter utdömda av en domstol i ett tredje land skulle avräknas mot böter utdömda av kommissionen.[386]

Boehringer vände sig sedan till kommissionen och hävdade att det var frågan om böter för samma brott och att de amerikanska böterna därför skulle avräknas. I ett beslut den 25 november 1971 ogillade kommissionen ansökan. Boehringer överklagade detta beslut till EG-domstolen – *Boehringer II*. I sin talan stödde sig Boehringer på *Walt Wilhelm*-målet, i vilken EG-domstolen slagit fast att av nationell myndighet tidigare utdömda böter skall beaktas av kommissionen (se ovan kap. 4.3.1.3) – ne bis in idem.[387]

I sitt yttrande ansåg generaladvokaten MAYRAS att EG-domstolens avgörande i *Walt Wilhelm* avseende dubbla böter var speciellt såtillvida att det byggde på ett system med parallell jurisdiktion avseende samma territorium. Situationen är en helt annan såvitt beträffar ett avgörande från en domstol i ett tredje land. Avräknande av böter från ett tredje land mot böter utdömda av kommissionen kan enbart komma ifråga efter ingående av ett internationellt avtal om detta.[388] Vidare är inte *ne bis in idem*-principen tillämplig på så komplexa brott som konkurrensbegränsningsbrott på den grunden att det aldrig kan vara fråga om samma handling. Lagstiftning mot konkurrensbegränsningar begränsar

[385] Mål 45/69 *Boehringer v. Commission* [1970] ECR 769, punkt 60–61.
[386] Yttrande av GA Mayras till mål 7/72 *Boehringer v. Commission* [1972] ECR 1281 (s. 1292).
[387] Mål 14/68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, punkt 11.
[388] Yttrande av GA Mayras till mål 7/72 *Boehringer v. Commission* [1972] ECR 1281 (s. 1299 ff.). För övrigt är rättsläget i USA sådant att inte ens the Fifth Amendment (Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb) hindrar att en person dömdes två gånger för samma handling om handlingen utgjorde såväl ett federalt som ett delstatligt brott. Se *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959) och *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959).

inte sitt territoriella tillämpningsområde till fall där själva avtalet ingåtts på det egna territoriet utan med avseende på effekten på den egna marknaden. Därför kan ett och samma avtal utgöra flera brott mot konkurrensen på flera olika marknader.[389]

I princip bekände sig EG-domstolen till ne bis in idem-principen även i förhållande till tredje lands konkurrensrättsliga böter. Den slog emellertid fast att med samma handling avses inte avtalet som sådant utan dess tillämpning: ”the argument whereby the action penalized consists in the cartel agreement itself and not in its application cannot be accepted”.[390] Boehringer lyckades aldrig visa att de amerikanska böterna också avsåg brott mot konkurrensen inom EG, vilket naturligtvis knappast var fallet.

EG-domstolens avgörande i *Boehringer II* måste tolkas så att i allt väsentligt lämnas konkurrensrättsliga böter från tredje land utan avseende. Det torde vara högst otroligt att ett tredje land skulle utdöma böter för något annat än brott mot konkurrensen på den egna marknaden.

Det är också i detta avseende konkurrensrätt från tredje land skiljer sig från konkurrensrätten från en annan medlemsstat. Konkurrensrätt från tredje land och EG:s konkurrensrätt har olika geografiska tillämpningsområden, varför en kumulativ tillämpning av båda på samma avtal inte äventyrar EG-rättens fulla och enhetliga tillämpning. Det följer av att tredje lands konkurrensrätt och EG:s har skilda skyddsobjekt att medlemsstaterna har full rätt att utdöma skadestånd och förklara avtal ogiltiga enligt tredje lands konkurrensrätt även i de fall där avtalen undantagits enligt EG-rätten.[391] Den rättighet att tillämpa ett avtal som ett undantag kan sägas ge upphov till omfattar endast EU.

De har också rätt att betrakta delar av avtal, som hänför sig till tredje land, som giltiga även då dessa är ogiltiga enligt artikel 81.2 EG-fördraget. Den senare slutsatsen dras inte huvudsakligen från en tolkning av *Boehringer II*, utan härstammar från EG-domstolens behandling av ogiltighetens natur i konkurrensrättsliga fall. I *STM*-fallet uttalade domstolen att ”any other contractual provisions which are not affec-

[389] Yttrande av GA Mayras till mål 7/72 *Boehringer v. Commission* [1972] ECR 1281 (s. 1302).
[390] Mål 7/72 *Boehringer v. Commission* [1972] ECR 1281, punkt 6.
[391] Till samma slutsats kommer Mertens, RabelsZ 1967, s. 409.

ted by the prohibition [in Community competition law], and which therefore do not involve the application of the Treaty, fall outside community law".[392] Detta uttalande lämnar öppet för nationella domstolar att upprätthålla avtalsklausuler, som enbart berör tredje land även om vissa andra klausuler är ogiltiga enligt artikel 81.2.[393] Rimligtvis borde även en och samma klausul kunna ges en differentierad behandling, eftersom beroende på hur avtalet är skrivet en viss klausul kan avse såväl EG som ett eller flera tredje länder. Klausulen är endast ogiltig försåvitt den påverkar konkurrensen inom EG.

Vi får för de fall en medlemsstat väljer att öppna för tillämpning av konkurrensrätt från tredje land en situation där man faktiskt kan tala om en tvåhindersteori (se ovan kap. 4.3.1.2) – eller snarare flerhindersteori eftersom tillämpning av många olika länders konkurrensrätt kan aktualiseras beroende på vilken lagvalsregel som tillämpas. I denna situation undkommer också tvåhindersteorin den kritik som kunde riktas mot den i dess applicering på förhållandet nationell rätt kontra EG-rätt. Det är inte fråga om att beröva EG-rätten dess företräde eller att äventyra dess enhetliga tillämpning. Här har verkligen de olika konkurrensrättsordningarna olika skyddsobjekt i territoriellt hänseende.

4.4.3 Konkurrensrätt från en annan medlemsstat

Medlemsstaternas konkurrensrätt har, när samhandelskriteriet är uppfyllt, delvis samma skyddsobjekt som EG-rätten. EG-rätten kan ha ett i territoriellt hänseende vidare skyddsobjekt än den nationella konkurrensrätten, eftersom den förstnämnda syftar till att upprätthålla konkurrensen inom hela EU medan den nationella rätten endast skyddar konkurrensen på den nationella marknaden. Om EG-rätten är tillämplig omfattar dess skyddsobjekt sålunda alltid också en eller flera nationella marknader. Ett brott mot såväl nationell konkurrensrätt som EG:s kan därför ses som ett och samma brott.

Medlemsstaterna kan därför sägas ha samma frihet, eller ofrihet, att tillämpa konkurrensrätt från en annan medlemsstat som de har att tillämpa sin egen konkurrensrätt när EG:s konkurrensrätt också är tillämplig. EG-domstolens avgörande i *Walt Wilhelm* har betydelse för

[392] Mål 56/65 *Societé technique Minière v. Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235.
[393] Om detta är möjligt enligt den på avtalet tillämpliga lagen.

förhållandet mellan nationell rätt i allmänhet, dvs. här internationell privaträtt, och EG:s konkurrensrätt – inte enbart förhållandet mellan nationell konkurrensrätt och EG:s.[394] Punkt 9 i domen ger som handlingsnorm för nationella domstolar att ”the application of *national law* [min kurs.] may not prejudice the full and uniform application of Community law”.

Utifrån den utgångspunkten kan sägas att *Walt Wilhelm*-doktrinen måste tillämpas fullt ut för det fall en medlemsstat vill tillämpa *någon lag*, vilken som helst, som kan påverka den fulla och enhetliga tillämpningen av EG:s konkurrensrätt. Om ett lagval som görs genom den internationella privaträtten i en medlemsstat påverkar EG-rättens företräde och det sätt på vilket denna princip kommit till uttryck i *Walt Wilhelm*, gör sig medlemsstaten skyldig till ett fördragsbrott.

[394] Mål 14/68 *Walt Wilhelm ant others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1.

III

KOMPARATIV UNDERSÖKNING

5 Tyskland

Ueber die Frage, nach welchen Gesetzen bei der sogenannten Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten […], ist schon so viel geschrieben worden, daß eine ausführliche Erörterung derselben einer besonderen Rechtfertigung zu bedürfen scheint[395]

5.1 Inledning

5.1.1 Autonom tysk rätt

Den tyska internationella privaträttens källor står inte att söka i en särskild lag utan återfinns i *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EGBGB), enskilda bestämmelser i andra lagar, talrika internationella traktater samt i sedvanerätt och praxis.[396] Kärnan av den internatio-

[395] von Wächter, Arch. Civ. Prax., Vol. 24, 1841, s. 230.

[396] De för tysk internationell privaträtt viktigaste texterna finns samlade i Jayme, E./Hausmann, R., Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 8. Aufl., C.H. Beck, München 1996. När i tysk doktrin talas om internationell privaträtt har begreppet oftast en snävare betydelse än i svenskt juridiskt språkbruk. Vanligtvis förstås därmed endast lagvalsregler (dvs. inte den internationella processrätten). Avses bådadera talas om ”internationales Privat- und Prozeßrecht/Verfahrensrecht”. När här talas om tysk internationell privaträtt avses den tyska betydelsen av begreppet.

nella privaträtten har dock kodifierats och ingår som en del av EGBGB. Denna del utgjordes före revisionen 1986 av den tyska internationella privaträtten av artiklarna 7–31.[397] Dessa gällde med få ändringar nästan ett århundrade i den lydelse de givits 1896.[398]

Den 1 september 1986 trädde lagen om revision av den tyska internationella privaträtten (Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrechts) i kraft.[399] Numera återfinns den internationella privaträtten i artiklarna 3–38 EGBGB. Där regleras ämnets allmänna del (art. 3–6), personrätt (art. 7–10, 12), rättshandlingars form (art. 11), internationell familjerätt (art. 13–24), internationell arvsrätt (art. 25–26), internationell avtalsrätt (art. 27–37) samt utomobligatoriskt skadestånd (art. 38).[400] Stora luckor återstår – bland annat är reglerna om utomobligatoriskt skadestånd inte fullständiga[401] och den internationella sakrätten är heller inte kodifierad.[402]

I den tyska internationella privaträtten finns ingen uttrycklig regel om behandlingen av utländsk konkurrensrätt. Inte heller finns något klart avgörande i praxis. Vidare finns inte någon allmän bestämmelse i lag om hur skall förfaras med utländsk offentlig rätt. Denna har dock beaktats i praxis och det finns stadganden i tysk rätt som föreskriver detta. Nedan följer en genomgång av de olika sätt på vilka tysk rätt behandlar främmande staters offentliga rätt. Avslutningsvis försöker jag dra några slutsatser beträffande den tyska rättens inställning till främmande konkurrensrätt.

[397] Ursprungligen var det tänkt att IP:n fullständigt skulle kodifieras och ingå som 6. Buch i BGB men detta stupade på grund av politiska stridigheter.
[398] Kropholler, Internationales Privatrecht, s. 3.
[399] Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrechts av 25.7.1986, BGBl. 1986 I 1142. Lagen finns förutom i Jayme/Hausmann (se not 396) upptryckt i RabelsZ 1986, s. 663 ff. och IPRax 1986, s. 322 ff.
[400] Artiklarna 27–37 om den internationella avtalsrätten utgörs av en transformering av 1980 års EG-konvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen). Se nedan 5.1.2.
[401] Artiklarna 39–45 har ”reserverats” för den internationella deliktsrätten.
[402] Lüderitz, Internationales Privatrecht, s. 20.

5.1.2 Tyskland och Romkonventionen

Tyskland tillträdde Romkonventionen[403] 8 januari 1987 genom att transformera den och inarbeta den i EGBGB.[404] Romkonventionen gäller inte omedelbart som tysk rätt utan enbart i den transformerade form som den återfinns i den tyska IP-lagstiftningen. I vanliga fall har regler i folkrättsliga traktater företräde framför EGBGB om de blivit omedelbart användbar tysk rätt (art. 3 st. 2 EGBGB), men i art. 1 st. 2 av den tyska ratifikationslagen slås fast att Romkonventionens artiklar 1–21 inte omedelbart kan användas.[405]

Vid transformeringen bevarades konventionens kärna oberörd, men ett flertal små omformuleringar, omflyttningar och också utelämnanden gjordes. Romkonventionen kom till sin största del att hamna som artikel 27–37 i den nya EGBGB men vissa bestämmelser kom p.g.a. sin övergripande karaktär att placeras på andra ställen.[406]

I artikel 36 EGBGB erinras om att vid tolkning av de tyska bestämmelserna skall beaktas att Romkonventionen ligger till grund för vissa bestämmelser i EGBGB och att Romkonventionen skall tolkas och användas enhetligt i alla fördragsslutande stater. Denna bestämmelse har sin grund i Romkonventionens artikel 18 om enhetlig tillämpning. Då det första tilläggsprotokollet till konventionen om EG-domstolens domsrätt inte trätt i kraft, ökar vikten av att artikel 18 efterlevs av nationella domstolar. Det återstår att se om detta kommer att leda till någonting substantiellt[407].

[403] Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht 80/934/EWG, ABl. Nr. L 266/1-9 vom 9.10.1980.

[404] Se Reithmann/Martiny-Martiny, Rdnr. 2 f. (s. 6 ff.) för historien bakom det tyska tillträdet till Romkonventionen.

[405] BGBl. 1986 II 809.

[406] Kritisk mot transformationstekniken: von Hoffmann, IPRax 1984, s. 10 ff. Romkonventionen och EGBGB har jämförts i tabellform av Kohler, EuR 1984, s. 156 ff. Kommissionen utfärdade också en rekommendation riktad till Tyskland, i vilken Tyskland uppmanades att undvika ändringar i inehållet av Romkonionen vid transformeringen samt att möjliggöra för de nationella domstolarna att direkt tillämpa konventionen. Se Krek 85/111/EEG, OJ 1985, nr. L 44, s. 42.

[407] I väntan på att Romkonventionens första tilläggsprotokoll om EG-domstolens tolkningsrätt skall träda i kraft, har konventionens parter i en ”joint declaration” fogad till protokollet förklarat sig beredda att, i samarbete med EG-domstolen, organisera ett informationsutbyte om nationella dom-

Enligt Romkonventionens artikel 22 st. 1 har varje fördragsslutande stat rätt att reservera sig mot konventionens artikel 7.1. Denna motsvarades i det ursprungliga förslaget till revision av EGBGB av en artikel 34 st.1 EGBGB. Förslaget stötte dock på patrull i Bundesrat med påföljd att regeringen ändrade åsikt och Bundestag anslöt sig. Regeln ansågs bland annat på grund av det stora mått av skön som tillkommer domstolarna vid dess tillämpning resultera i en oacceptabel brist på rättssäkerhet. Vidare hölls det före att regeln skulle leda till oacceptabelt merarbete för domstolarna eftersom de, på grund av dess unilaterala metod, i varje fall skulle tvingas leta efter utländska internationellt tvingande regler som är tillämpliga på fallet.[408] Tyskland utnyttjade möjligheten till reservation, med följden att det i tysk rätt saknas ett övergripande lagstadgande om hur internationellt tvingande regler från en annat stat än forumstaten skall behandlas.[409]

5.2 Offentligrättsliga regler i utländskt skuldstatut

5.2.1 Perioden fram till 1959

I modern tysk doktrin har rättsläget framställts som att utgångspunkten vid seklets början var att en främmande stats offentligrättsliga lagar omfattades av avtalsstatutet – ett uttryck för den s.k. *skuldstatutteorin*.[410] Om det verkligen var utgångspunkten kan diskuteras, då denna inställning endast fått fullt utslag i ett rättsfall.[411]

stolars avgöranden som trätt i kraft. Dessa avgöranden publiceras i ett särskilt pärmsystem som ges ut av EG-domstolen och tyvärr lider av stor eftersläpning.

[408] BT-Drucksachen 10/504, s. 100.

[409] Martiny, IPRax 1987, s. 277.

[410] Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 19, 35; Lehmann, Zwingendes Recht dritter Staaten, s. 26 f.; Kösters, Die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen, s. 11; Münchener Kommentar-Martiny, Nach Art. 34 Anh. II, Rdnr. 2 (s. 1889); Becker, Theorie und Praxis der Sonderanknüpfung, s. 90; Ehlers-Munz, Die Beachtung ausländischen Devisenrechts, s. 149.

[411] RG 1.7.1930, IPRspr. 1930, Nr. 15.

Det mycket osäkra rättsläget *kan* sammanfattas så att huvudregeln var tillämpning av utländsk offentlig rätt inom ramen för skuldstatutet men att tyska domstolar på olika sätt undvek denna tillämpning.[412] Dessa avvikelser från den förmenta huvudregeln kunde ske dels öppet genom åberopande av ordre public,[413] dels genom att på olika sätt frångå tillämpningen av utländsk rätt genom att med olika ”knep” komma fram till tyskt avtalsstatut – exempelvis genom att hänvisa till en uttrycklig, tyst eller presumerad partsvilja.[414]

Några rättsfall kan här få tjäna som exempel. I *RG 3.10.1923, RGZ 108, 241* hade svaranden, Bernstein, 1920 i Ryssland ställt ut en anvisning på en bank i New York.[415] Enligt anvisningen skulle från dennes konto i banken betalas ut 1 000 dollar till käranden, Vacquier. Bernstein utlovade skriftligen att betala till Vacquier även om banken vägrade lösa in anvisningen. Båda urkunderna var utfärdade i Sovjetunionen och parterna var ryska medborgare. Banken i New York vägrade på grund av Bernsteins motstridiga instruktioner att betala ut några pengar. Bernstein, som under tiden hade flytt Sovjetunionen och slagit sig ned i Berlin, betalade inte.

Handlingen hade antedaterats till 15.9.1917 eftersom ett dekret utfärdat av den ryska sovjetrepubliken förbjudit affärer i utländsk valuta utan tillstånd från finanskommissariatet. Rättshandlingar i strid mot detta dekret skulle leda till att anspråk med ursprung i dessa inte kunde göras gällande. Transaktioner i utländsk valuta i stid mot sovjetisk valutalag var t.o.m. belagda med dödsstraff.

Reichsgericht undvek att avgöra frågan om detta dekret på grund av sin särskilda natur kunde tillämpas eller inte inom ramen för avtalsstatutet och om det stred mot ordre public. Mycket talade för ryskt avtalsstatut – parternas gemensamma (ryska) medborgarskap och platsen för urkundernas utfärdande (Sovjetunionen). Trots det beslöt sig Reichsgericht för tyskt avtalsstatut på den grunden att Tyskland utpe-

412 Lehmann, Zwingendes Recht dritter Staaten, s. 27 f.
413 Se exempelvis RG 21.10.1921, NiemeyersZ 1924, s. 452.
414 Se exempelvis RG 7.12.1921, RGZ 103, 259; RG 27.6.1928, RGZ 121, 337, IPRspr. 1928, Nr. 180; RG 12.3.1928, JW 1928, s. 1196; RG 3.10.1923, RGZ 108, 241, JW 1924, s. 667, Clunet 1934, s. 154; KG 1.4.1926, IPRspr. 1926/27, Nr. 14.
415 RG 3.10.1923, RGZ 108, 242

kades som det land där avtalet skulle fullgöras då svaranden efter sin flykt slagit sig ner i Berlin. Ett fall av presumerad partsvilja.

I ett jämförbart fall – *KG 1.4.1926, JW 1926, s. 2002* – utgick Kammergericht, då båda parterna tänkt fly från Sovjetunionen, från ett tyst val av utländsk fullgörelseort. Denna ort skulle anses vara den där parterna, särskilt gäldenären, senare slog sig ned. På detta sätt undkom rätten att ta ställning till den sovjetiska valutalagstiftningen.[416]

I några få fall undvek som ovan sagts emellertid de tyska domstolarna inte utländska offentligrättsliga tvingande regler. Det nyssnämnda fallet överklagades nämligen till Oberlandesgericht i Hamburg:

OLG Hamburg 16.5.1929, IPRspr. 1930, Nr. 14 En ryska, fru S., köpte av den ryske affärsmannen L. 9 500 dollar och betalade med sitt tillgodohavande om 9 500 dollar på ett bankkonto i New York. För detta ändamål ställde hon ut en anvisning som antedaterades till 15.12.1918. Den ryske affärsmannen, som först flytt till Polen och senare bosatt sig i Berlin, konstaterade 1921 att bankkontot under tiden sagts upp. Han hade under tiden överlåtit dollarfordringen och innehavaren av denna krävde betalning. Enligt sovjetisk lag var ett sådant avtal olagligt (se ovan).

OLG Hamburg ansåg inte att utomsovjetisk fullgörelseort avtalats. Parterna ansågs inte ha utgått från det. Vid tiden för avtalsslut fanns inga planer på att fly ut ur Sovjetunionen. I sin kommentar till det ovan refererade *RG 3.10.1923, RGZ 108, 241* uttalade OLG Hamburg att eftersom det uteslutande var fråga om sovjetiska intressen och parter var det inte tysk domstols sak att sitta till doms över den sovjetiska lagstiftningen när nu saken hade mycket ringa anknytning till Tyskland. OLG Hamburg grep inte till ordre public, utan ogillade kä-

[416] Detta rättsfall har starkt kritiserats av bl.a. Nußbaum, Money in the Law, s. 472 f. som anser att domstolen här gjorde sig skyldig till ”an instructive list of judicial errors. (1) The implication by the court was arbitrary. (2) Parties cannot escape a prohivitive and punitive law by declaring that their contract should be subject to a foreign legal system. (3) One cannot have a ‘homeless’ contract, the law of the contract to be determined at some indefinite future time”. I ett senare avgörande från OLG Hamburg 31.1.1935, IPRspr. 1935-44, Nr. 64b som rörde tillämpningen av lettisk valutalagstiftning, synes rätten ha begränsat parters möjlighet att genom tysta eller hypotetiska lagvalsavtal undkomma utländsk valutalag. OLG Hamburg godkände inte kärandens invändning om tyst lagval av tysk rätt, utan uttalade att dylika måste ske genom uttrycklig hänvisning.

romålet. Avtalet ansågs ogiltigt i enlighet med den sovjetiska lagstiftningen.

Reichsgericht upprätthöll, efter överklagande, detta avgörande i *RG 1.7.1930, IPRspr. 1930, Nr. 15*. Denna domstol kom också fram till att en utomsovjetisk fullgörelseort var utesluten, liksom att användning av ordre public inte var påkallad.

På 20-talet hade ett stort antal tyska företag ställt ut obligationer i USA i dollar. Obligationerna innehöll en guldklausul. Genom *the Congressional Joint Resolution* från 5.6.1933 påbjöd lagstiftaren i USA att alla guldvärdesklausuler skulle vara utan verkan.[417] Denna lagstiftning kom av hänsyn till ordre public inte till användning i tyska domstolar. Den tyska lagstiftaren slog därför genom Gesetz über Fremdwährungsschuldverschreiben (Lag rörande skuldförskrivningar i främmande valutor) av 26.6.1936 fast att den skulle tillämpas. Lagens § 1 lyder:

> Lautet eine im Ausland aufgenommene in Wertpapieren verbriefte Anleihe auf eine ausländische Währung – unbeschadet mit oder ohne Goldklausel –, so ist im Falle einer Abwertung dieser Währung für den Umfang der Zahlungsverpflichtung des Schuldners die abgewertete Währung maßgebend.[418]

Här har vi alltså ett fall där tillämpningen av utländsk offentlig rätt påbjuds i lag.[419]

Slutligen bejakades i rättsfallet *OLG Schleswig 1.4.1954, IPRspr. 1954/55, Nr. 163* i ett obiter dictum skuldstatutsteorin. Målet rörde tillämpningen av österrikisk valutalag. I domstolens argumentation kan överväganden av comitas-karaktär klart urskiljas. Fallet kom dock att avgöras utifrån artikel VIII 2b IMF-stadgan.

[417] 48 Stat. 112; 31 U.S.C. § 463. Texten återges i Nußbaum, Money in the Law, s. 282 not. 6 samt i Guldklausulmålet I, s. 278 f.

[418] I svensk översättning från Guldklausulmålet III, s. 93 lyder § 1: ”Lyder ett i utlandet upptaget lån, vilket förskrivits i värdepapper, på en utländsk valuta – vare sig med eller utan guldklausul – så skall, om denna valuta deprecieras, den deprecierade valutan vara bestämmande för omfånget av gäldenärens betalningsskyldighet”.

[419] Om man så vill kan denna lag ses som en säranknytning av lagval för valutastatut. I de flesta fall var dock amerikansk rätt tillämplig på dessa avtal, varför lagen snarast bör ses som ett korrektiv till de tyska domstolarnas användning av ordre public. Det bör också observeras att Gihl uttalat att *Joint Resolution* är privaträttslig. Se Gihl, Studier, s. 373.

5.2.2 Perioden efter 1959

Efter andra världskriget och Tysklands delning fanns fortfarande gott om civilrättsliga avtal mellan parter på båda sidor om vad som plötsligt blivit en gräns. Penningsummor skulle betalas över gränsen och östtysk valutalagstiftning ställde till problem. Den östtyska Gesetz zur Regelung des innerdeutschen Zahlungsverkehrs från 15.12.1950 och frågan om dess tillämpning var uppe till prövning i Bundesgerichtshof flera gånger.

Då Västtyskland aldrig erkände Östtyskland som självständig stat, var det inte självklart att dessa fall var internationellt-privaträttsliga. I tidiga rättsfall talas inte om DDR utan om "die Sowjetzone" och "der russisch besetzte Sektor von Berlin". Bundesgerichtshof ansåg dessutom att dess domar hade rättsverkan inom hela det område som år 1937 utgjorde det tyska riket.[420] Då frågan uppkom att välja mellan östtysk rätt och västtysk, kallades det inte internationell privaträtt, utan interzonal privaträtt. Den internationella privaträtten användes dock analogt på dessa rättsförhållanden.[421]

Mot bakgrund av att huvudregeln snarast blivit undantag är det inte särskilt förvånande att rättstillämpningen efter andra världskriget snart kom att frångå skuldstatutsteorin. Utländska, särskilt östtyska, offentligrättsliga tvingande regler var vid denna tidpunkt så vanligt förekommande inför västtyska domstolar att det inte längre var hållbart att upprätthålla skuldstatutsteorin:

BGH 17.12.1959, BGHZ 31, 367[422] Svaranden erhöll 1948 i den sovjetiska ockupationszonen ett lån av fru W. (i ett referat i RabelsZ talas om fru B.) på 10 000 rmk. Lånet skulle med början i augusti 1948 betalas tillbaka med 500 rmk i månaden. Svaranden flyttade 1955 till Västtyskland. Fru W. överlät 1957 restfordran till käranden som bodde i Västtyskland. Käranden yrkade i stämning betalning av den resterande skulden.

Svaranden gjorde gällande att käranden inte var berättigad till betalning. Käranden hade inte beviljats det tillstånd för överlåtelse som krävdes enligt § 8 av den östtyska lagen. Överlåtelsen skulle därmed inte vara verksam.

[420] BGH 11.11.1952, BGHZ 7, 397.
[421] Se BGH 11.11.1952, BGHZ 7, 397 och BGH 30.3.1955, BGHZ 17, 89.
[422] Rättsfallet kommenterat av Neumayer, RabelsZ 1960, s. 649 ff.

Den föregående instansen (OLG Hamburg) bekände sig i princip till skuldstatutsteorin, och ansåg att den östtyska valutalagens tillämpning var beroende av om avtalsstatutet var östtyskt. Bundesgerichtshof däremot uttalade att det inte var av betydelse för tillämpningen av den östtyska lagen om låneavtalet löd under öst- eller västtysk privaträtt. Ett sådant synsätt beaktade, för att använda Bundesgerichtshofs terminologi, inte den grundläggande skillnaden mellan privat och offentlig kollisionsrätt.

Den privata kollisionsrätten bygger, enligt Bundesgerichtshof, på tanken om erkännande och användning av utländsk privaträtt. Därvid står föreställningen att den för rättsförhållandet utpekade privaträttsordningen reglerar enskildas rättigheter i förgrunden. Den offentliga kollisonsrätten däremot, präglas av tanken på lagarnas territiorialitet. Denna utgår ifrån att offentligrättsliga bestämmelser principiellt inte verkar över landsgränserna.

Principen att utländsk offentlig rätt inte används hade av Bundesgerichtshof slagits fast inom den internationella och interzonala expropriationsrätten.[423] Denna princip måste gälla även för den östtyska valutalagens inverkningar på det tvistiga låneavtalet. Som undantag från denna princip anslöt sig Bundesgerichtshof till den s.k. ”intresseteorin”, utan att nämna den vid namn. Enligt denna teori kan utländsk offentlig rätt tillerkännas verkan om den huvudsakligen tjänar enskildas intressen. I målet uttalade Bundesgerichtshof:

> Allerdings können Verfügungsbeschränkungen fremden Rechts, insbesondere Abtretungsverbote, die ihrer Natur nach dem öffentligen Recht zuzurechnen sind, gleichwohl ausschließlich oder vorwiegend dem Schutz oder den Interessen der einzelnen dienen oder einen billigen Ausgleich zwischen ihnen besprechen. Es erscheint auch nicht undenkbar, daß derartigem öffentlichen Recht ungeachtet seiner grundsätzlichen territorial beschränkten Wirksamkeit unter bestimmten Voraussetzungen nicht jeder Einfluß auf inländische Privatrechtsverhältnisse abzusprechen ist [...]
>
> Anders ist die Rechtslage aber jedenfalls dann zu beurteilen, wenn eine öffentlichrechtliche Verfügungsbeschränkung nicht dem Ausgleich schutzwürdiger privater Belange der Beteiligten, sondern der Verwirklichung wirtschafts- oder staatspolitischer Ziele des rechtssetzenden Staates selbst dient. [...] Die auf Grund des privaten Kollisionsrechts als einschlägig ermittelte Rechtsordnung bleibt dann nur für die Priva-

[423] Se den aktuella domen s. 371 för en redogörelse för praxis.

> trechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts maßgebend. Die Wirkungen der aus Gründen des Staatsinteresses angeordneten Verfügungsbeschränkung als einer dem *internationalen Verwaltungsrecht* zuzurechnenden Maßnahme beurteilen sich dagegen nach öffentlichem Kollisionsrecht.[424]

Bundesgerichtshof slår sedan fast att den östtyska lagen tjänar den östtyska statens intressen, inte avtalsparternas. Av den anledningen skall den inte tillämpas. Det kan ifrågasättas om det särskilt ofta kan komma ifråga att utländsk offentligrättslig lagstiftning faktiskt anses huvudsakligen skydda enskildas intressen. De flesta offentligrättsliga regler har tillkommit för att tillvarata ett offentligt intresse.[425]

Sammanfattningsvis kan sägas att Bundesgerichtshof med detta rättsfall slutgiltigt överger skuldstatutsteorin. Att en utländsk offentligrättslig regel tillhör avtalsstatutet borgar inte längre ens i teorin för dess tillämpning. Bundesgerichtshof har senare hållit fast vid denna ståndpunkt i rättsfallen *BGH 18.2.1965, BGHZ 43, 162* och *BGH 16.4.1975, BGHZ 64, 183*.

I det ovan refererade rättsfallet tar Bundesgerichtshof också avstånd från Wenglers och Zweigerts läror om säranknytning av internationellt tvingande regler (se ovan kap. 2.4.2.2 och 2.4.2.3).[426]

[424] Min översättning: ”Förvisso kan förfogandeinskränkningar i utländsk rätt, särskilt avyttringsförbud, som till sin natur är att räkna till den offentliga rätten, likaväl uteslutande eller övervägande tjäna till att skydda enskilda eller bevaka deras intressen, eller tjäna till att åstadkomma en rättvis utjämning mellan enskilda. Det förefaller heller inte otänkbart, att dylik offentlig rätt oaktat dess grundläggande territoriellt begränsade verkan, under bestämda förutsättningar icke skall frånkännas allt inflytande över inhemska privaträttsförhållanden [...] Rättsläget är emellertid i varje fall att bedöma annorlunda, när en offentligrättslig förfogandeinskränkning inte tjänar till att utjämna skyddsvärda privata intressen hos de inblandade, utan tjänar till att förverkliga den utfärdande statens ekonomiska eller politiska mål. [...] Den rättsordning som den privata kollisionsrätten fastställer som tillämplig blir då endast avgörande för de civilrättsliga verksamhetsförutsättningarna för den ifrågavarande rättshandlingen. Verkningarna av förfogandeinskränkningen, som tillkommit för att tjäna statsintresset och är en åtgärd som får räknas till den *internationella förvaltningsrätten*, skall däremot bedömas enligt den offentliga kollisionsrätten.”

[425] Busse, ZVglRWiss 1996, s. 397.

[426] Wengler, ZvglRW 1941, s. 168–212; Zweigert, RabelsZ 1942, s. 283–307.

5.3 Materiellrättsliga korrektur

5.3.1 Avtal i strid mot lag och goda seder

Ett alternativt sätt att angripa problemet med avtal som strider mot utländsk offentlig rätt är att ogiltigförklara avtalet på den grunden att det strider mot lag och goda seder. För de fall där avtalsstatutet är tysk rätt regleras dessa fall av §§ 134 och 138 BGB. § 134 reglerar avtal i strid mot lag och lyder:

> Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.[427]

Emellertid anses § 134 BGB enbart reglera avtal i strid mot tyska lagregler och är således ej tillämplig när olagligheten aktualiseras i förhållande till ett annat lands rättsordning.[428] Istället har tyska domstolar använt sig av § 138 st. 1 BGB, som reglerar avtal i strid med goda seder. Det lyder som följer:

> Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.[429]

Att en rättshandling strider mot en utländsk förbudsbestämmelse kan, men behöver inte, leda till att den anses strida mot goda seder.[430] § 138 BGB har använts då avtalet i strid med utländsk tvingande lagstiftning, ansetts strida mot tysk rättskänsla, trots att det inte strider mot tysk lag. Att en rättshandling skulle strida mot goda seder, och därmed vara ogiltig, kan göras gällande av vem som helst – även av den som handlat osedligt.[431]

Man kan i sammanhanget tala om ett materiellrättsligt beaktande,[432] men det har också hävdats att § 138 BGB i dessa fall egentligen skulle

[427] Min översättning: § 134 En rättshandling som strider mot förbud i lag är ogiltig om ej annat följer av lag.
[428] Münchener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 51 (s. 1838). Se rättsfallen BGH 22.6.1972, BGHZ 59, 82 och BGH 29.9.1977, BGHZ 69, 295.
[429] Min översättning: En rättshandling som strider mot goda seder är ogiltig.
[430] Staudinger Kommentar-Sack, § 138, Rdnr. 482 (s. 353).
[431] A.a., Rdnr. 91 (s. 222).
[432] Münchener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 49 (s. 1837 f.)

ha fått karaktären av en ”dold lagvalsregel”.[433] ”Dolda lagvalsregler” anses sådana regler vara som p.g.a. sin placering i en kodifikation förefaller vara materiella rättsregler, men som helt eller delvis reglerar internationellt privaträttsliga situationer.[434] § 138 BGB reglerar trots sin placering i BGB – den allmänna tyska civillagen – inte enbart interna materiellrättsliga frågor, utan förmedlar även ett slags beaktande av utländsk rätt. Jag använder mig av begreppet ”materiellrättsliga korrektur”, därför att de civilrättsliga regler som aktualiseras kan sägas användas till att korrigera den internationella privaträttens tillkortakommanden.

Vissa speciella falltyper har med åren kommit att utkristalliseras i de tyska domstolarnas praxis. Dessa låter sig villigt indelas och beskrivas.

5.3.1.1 Smuggelfall

I *RG 5.11.1898, RGZ 42, 295* hade parterna ingått avtal om förvaring av sidenvaror som skulle smugglas från Tyskland till Ryssland ogiltigförklarades. Tysk rätt var avtalsstatut. Vid denna tidpunkt hade BGB ännu ej trätt i kraft utan den gamla preussiska landslagen ALR gällde fortfarande. Reichsgericht tillämpade § 7 ALR I.4, som motsvarade § 138 BGB och uttalade därvid: ”Gewärbsmässiger gegen einen befreundeten Staat im Grenzbezirk betriebener Schmuggel ist wegen der hiermit verbundenen im höchsten Grad demoralisierenden Wirkung für unsittlig zu erachten und Verträge, die seine Ausführung oder Beförderung unmittelbar zum Gegenstand haben, fallen unmittelbar unter die Bestimmung des § 7 ALR I.4”[435]. Den historiekunnige drar sig till minnes att Tyskland och Ryssland på den tiden hade en gemensam gräns.

Avgörande för Reichsgericht synes i detta rättsfall ha varit att Ryssland var en vänligt sinnad stat. I *RG 4.12.1916, Recht 1917, Nr.*

[433] ”Versteckte Kollisionsnorm”, Schulte, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, s. 39.

[434] Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Band I, s. 95. Se även Kropholler, Internationales Privatrecht, s. 92.

[435] Min översättning: "Yrkesmässig smuggling som bedrivs i gränsområdet till en vänligt sinnad stat är på grund av den därmed förbundna, i högsta grad demoraliserande, verkan att betrakta som osedlig. Avtal med omedelbart syfte att befrämja smuggling faller omedelbart under bestämmelsen i § 7 ALR I.4".

155 uttalade Reichsgericht träffande om faran för den inhemska moralen vid smuggling[436]: ”Der gewärbsmäßige Schmuggel gewöhnt die damit befaßte Bevölkerung an verhältnismäßig mühelosen, hohen unrechtmäßigen Gewinn, an unredliche Schleichwege und Gesetzwidrigkeit, an Hintergehung und Bestechung der Beamten; er führt vielfach zu blutigen Kämpfen mit den Grenzwächtern und erzeugt durch all dies eine dem Gemeinwohl gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe. Aus diesem Grund widerstricht der gewärbsmässige Schmuggel dem Anstandsgefühl jedes rechtlich denkenden Menschen.”[437]

I rättsfallet *OG Danzig 1.3.1927, RabelsZ 1929, s. 893* framhöll rätten t.o.m. smugglingens menliga verkan på ortens goda rykte. Senare vidgade Reichsgericht området för vad som ansågs strida mot goda seder. Inte enbart avtal som hade till omedelbart syfte att befrämja smuggling ansågs osedliga, utan även mer indirekt främjande avtal.[438] Två domar i den riktningen är *RG 2.12.1903, RGZ 56, 179* (depositaries befattning med inlämnade, senare utsmugglade sidenvaror) och *RG 30.9.1919, RGZ 96, 282* (varor sända till kommissionär på löpande räkning).

Mot bakgrund av det stora antalet handelshindrande lagar som utfärdades tiden efter första världskriget, uppkom frågan om brott mot även andra sådana lagar än rena tullföreskrifter. I *RG 24.6.1927, JW 1927, s. 2228, IPRspr. 1926/27, Nr. 15* hade avtal ingåtts om leverans av kokain till Indien i strid med indiskt införselförbud. Tysk rätt var avtalsstatut. Avtalet ogiltigförklarades av Reichsgericht som gjorde en värdering av den utländska lagen. Om en sådan lag hade tillkommit för att skydda folkhälsan och inte av handelspolitiska skäl skulle avtal i strid mot denna lag anses osedliga.

[436] Citatet efter Neumayer, Internationales Verwaltungsrecht IV, s. 421.

[437] Min översättning: ”Den yrkesmässiga smugglingen vänjer den därmed befattade befolkningen vid förhållandevis lättförtjänt, hög och orättmätig förtjänst, vid oärliga smygvägar och olaglighet, vid att gå bakom ryggen på och muta tjänstemän; den leder ofta till blodiga strider med gränsvakter och frambringar genom allt detta en för den allmänna välfärden farlig förvirring och förvildning av de moraliska begreppen. Av denna orsak strider den yrkesmässiga smugglingen mot varje lagligt tänkande människas anständighetskänsla.”.

[438] Lehmann, Zwingendes Recht dritter Staaten, s. 48.

Under tjugotalet var alkoholsmuggling till inte bara det torrlagda USA utan även de skandinaviska länderna vanligt förekommande. Alkoholrestriktionerna ansågs tillkomna för att skydda folkhälsan, och vid bedömningen av avtal om smuggling av alkohol förklarade Reichsgericht att ett certeparti[439], ett försträckningsavtal om ”företagskapital”[440] och ett avtal om köp av smuggelgods[441] stred mot goda seder och följaktligen var ogiltiga.

Tre huvudargument kan urskiljas i Reichsgerichts domskäl från tidsperioden. Det första åberopar sig på faran för den inhemska moralen vid ett tillåtande av yrkesmässig smuggling.[442] Det andra tar sikte på de vänliga förbindelserna med den utfärdande staten[443] och det tredje på domstolens gillande av den utländska lagens innehåll.[444] Särskilt de två sista argumenten ledde Reichsgericht till att inte betrakta varje smuggelavtal som osedligt. Om den utländska lagen var riktad mot tyska intressen ogiltigförklarades inte avtalet.[445]

I ett rättsfall från första världskriget uttalade Reichsgericht angående ett svenskt utförselförbud:[446] ”Im Streitfall ist es aber nicht zweifelhaft, daß die durch den Krieg veranlaßten und wider die deutschen Interessen gerichteten Ausfuhrverbote fremder Staaten von den deutschen Gerichten nicht zu schützen sind.”[447]

I flera andra fall från tiden för första världskriget höll Reichsgericht fast vid sin ståndpunkt.[448] Ett annat rättsfall, denna gång från den tiden franska trupper besatte Rhenlandet, tydliggör Reichsgerichts inställning. I *RG 15.2.1930, IPRspr. 1930, Nr. 13* skulle en speditionsfirma 1923 transportera läder från det besatta staden Höchst till Frank-

[439] RG 9.2.1926, IPRspr. 1926/27 Nr. 16.
[440] RG 10.3.1927, IPRspr. 1926/27, Nr. 17; RG 15.2.1930, IPRspr. 1930, Nr. 13.
[441] RG 26.10.1928, IPRspr. 1928, Nr. 20; RG 17.10.1930, IPRspr. 1931, Nr. 9.
[442] RG 5.11.1898, RGZ 42, 295 (s 297); RG 30.9.1919, RGZ 96, 282 (s 283).
[443] RG 5.11.1898, RGZ 42, 295 (s 297).
[444] RG 24.6.1927, JW 1927, s. 2228, IPRspr. 1926/27, Nr. 15.
[445] Anderegg, Ausländische Eingriffsnormen, s. 13.
[446] RG 22.12.1916, Gruchot 1917, s. 460.
[447] Min översättning: "I tvistefrågan kan emellertid ej betvivlas att främmande staters utförselförbud, vilka är föranledda av kriget och riktade mot tyska intressen, icke skall skyddas av tyska domstolar.".
[448] RG 21.10.1920, JW 1920 s. 1027; RG 21.10.1921, NiemeyersZ 1924, s. 452.

furt am Main. Den franska ockupationsmaktens utförselföreskrifter skulle därvid kringgås. Avtalsstatut var tysk rätt. Enligt Reichsgericht stred avtalet ej mot goda seder ”Da es sich um Vorgänge im Abwehrkampfe gegen Maßnahmen eines ausländischen Staates handelt, die einen ausgesprochenen feindlichen Charakter zeigen, scheiden die in RGZ 42, 297 und 96, 282 für die Annahme der Unsittligkeit maßgebend gewesenen Gesichtspunkte aus.”[449]

Från modern tid finner vi ett fall som inte präglats av krig och oro. I *BGH 22.6.1972, BGHZ 59, 82* försäkrade ett nigerianskt handelsföretag hos svaranden, ett tyskt försäkringsbolag, en sjötransport av nigerianska masker och bronsfigurer till Hamburg. Den nigerianska regeringen hade dessförinnan utfärdat ett förbud mot utförsel av konstföremål från Nigeria. Då en del av maskerna och bronsfigurerna p.g.a. förbudet aldrig kom fram, krävde det nigerianska företaget det tyska bolaget på försäkringsersättning för den gjorda förlusten. Tysk rätt var avtalsstatut.

Bundesgerichtshof ogiltigförklarade försäkringsavtalet och uttalade därvid att: ”Die Umgehung eines solchen Schutzgesetzes muß, da sie dem nach heutiger Auffassung allgemein zu achtenden Interesse aller Völker an der Erhaltung von Kulturwerten an Ort und Stelle zu widerhandelt, als verwerflich betrachtet werden.”[450]

I denna dom beaktade också Bundesgerichtshof en UNESCO-konvention om åtgärder för att förhindra och omöjliggöra import, export och transittrafik av förbjudna kulturföremål.[451] Denna konvention hade visserligen inte ratificerats av Tyskland, men detta berodde inte på invändningar mot konventionens huvudsyfte, utan på tveksamhet gentemot bestämmelserna om återskaffande av kulturföremål till ursprungsstaterna.

[449] Min översättning: ”Då det rör sig om motståndshandlingar i kampen mot en utländsk stats åtgärder av en uttalat fientlig karaktär, kommer de i RGZ 42, 297 och 96, 282 för antagandet av osedlighet avgörande synpunkterna icke i fråga”

[450] Min översättning: ”Ett kringgående av sådan skyddslagstiftning måste betraktas som förkastligt, då det går emot det enligt nuvarande uppfattning allmänt beaktansvärda intresset hos alla folk att behålla kulturvärden på ort och ställe”.

[451] Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property från 17.11.1970, 823 UNTS 231, 10 ILM 289 (1971).

I en senare dom slog Bundesgerichtshof fast att giltigheten av ett sjöförsäkringsavtal inte påverkades av brott mot tull- och införselföreskrifter om inte dessa brott begåtts förrän den försäkrade transporten avslutats.[452]

Slutsatsen som kan dras av de ovan refererade rättsfallen är att i de äldre rättsfallen mäts de goda sederna mot en inhemsk måttstock medan det nyare rättsfallet beaktar gemensamma intressen för alla folk – en internationell måttstock.[453]

5.3.1.2 Flyktingsmuggling

En annan form av smuggling än den rena varusmugglingen, är de av mänskliga tragedier präglade fallen där en person mot ersättning i pengar hjälpt en annan person att i strid mot hemlandets utreseförbud ta sig till Tyskland. På tyska heter det ”Fluchthelfeverträge”, vilket jag översatt med ”flyktinghjälpsavtal”. Ett mindre smickrande epitet på dessa flyktinghjälpare är annars människosmugglare. Frågan här är alltså inte om dessa skall ställas till ansvar för brott, utan om deras anspråk på ersättning för utförda tjänster är civilrättsligt giltiga.

Hittills har enbart fall där människor betingat sig ersättning av medborgare i det förutvarande DDR varit uppe till bedömning. Enligt § 213 i den östtyska strafflagen var det förenat med straffansvar att olagligt passera den östtyska gränsen i endera riktningen. Likaså ansågs det olagligt att smuggla ut människor ur DDR. Det betecknades som ”statsfientlig människohandel” och var straffbart enligt strafflagens § 105.[454]

I *BGH 29.9.1977, BGHZ 69, 295, JW 1978, s. 61* hjälpte käranden, en norrman, svaranden att fly från DDR till Västberlin. Efter den lyckade flykten undertecknade svaranden en handling, där han förband sig att i avbetalningar betala 4 500 DM samt ränta och advokatkostnader. Efter att ha betalt advokatkostnaderna och gjort några avbetalningar vägrade han ytterligare betalningar. (Väst)tysk rätt var avtalsstatut.[455] Mellaninstansen, Kammergerichts 20:e senat, ogiltigför-

[452] BGH 8.4.1976, VersR 1976, s. 678 (brott mot bolivianska och argentinska tull- och införselföreskrifter).
[453] Erne, Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen, s. 30.
[454] Lehmann, Zwingendes Recht dritter Staaten, s. 55.
[455] Valet av västtysk rätt som avtalsstatut har kritiserats, se Wengler, JZ 1978, s. 64.

klarade avtalet.[456] Inte därför att det stred mot östtysk lag, utan därför att det ansågs strida mot goda seder att sko sig på en annan människas trångmål.

Bundesgerichtshof besvarade frågan om osedlighet nekande och upprätthöll avtalet. Rätten förde i sina domskäl ett utförligt resonemang utifrån den i den tyska grundlagen garanterade rätten till fri rörlighet (art. 11 GG). Denna rörlighet tillkom även DDR-medborgare. I denna dom kan ur domskälen även utläsas vad som kan tjäna som sammanfattning av Bundesgerichtshofs principer för hur § 138 BGB skall tillämpas vid en bedömning av utländsk rätt.[457] "Allerdings kann ein Verstoß gegen ausländisches Recht die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB zur Folge haben, wenn nähmlich die verletzten ausländischen Bestimmungen mittelbar auch deutsche Interessen schützen oder ihre Umgehung allgemein zu achtenden Interessen aller Völker zuwiderhandelt."[458]

De utländska lagarna skall sålunda bedömas utifrån antingen en nationell eller internationell måttstock. De måste sammanfalla antingen med ett tyskt eller ett internationellt intresse (som dock också måste delas av Tyskland – märk "*aller* Völker", min kurs.)

Denna praxis upprätthölls senare av Bundesgerichtshof i *BGH 21.2.1980, NJW 1980, s. 1574*. Även Kammergerichts 18:e senat hade tidigare i rättsfallet *KG 19.9.1975, NJW 1976, s. 197* gått på samma linje, även om domstolen jämlikt § 138 st 2 BGB (ocker) i det fallet ogiltigförklarat avtalet. Flyktingsmugglaren hade i målet betingat sig 15 000 DM per person.

Rättsfallen är ganska speciella då de alla behandlar avtal om flykt från det förutvarande DDR. DDR betraktades av västtyska domstolar aldrig som utland, men p.g.a. de stora skillnaderna i rättsuppfattning mellan öst och väst kunde östtysk rätt heller aldrig behandlas som inhemsk.[459] Av den anledningen kunde inte § 134 BGB komma på frå-

[456] KG 24.4.1975, NJW 1976, s. 1211.
[457] BGH 29.9.1977, BGHZ 69, 295 (s. 298).
[458] Min översättning: "Förvisso kan ett brott mot utländsk rätt leda till ogiltighet enl. § 138 st 1 BGB, nämligen när de kränkta utländska bestämmelserna indirekt också skyddar tyska intressen eller när ett kringgående av dessa går emot beaktansvärda intressen hos alla folk.".
[459] BVerfG 31.5 1960, BVerfGE 11, 150; BVerfG 31.7.1973, BVerfGE 36, 1.

ga.[460] Den i *BGHZ 69, 295* enligt grundlagen garanterade rätten till fri rörlighet ansågs, också enligt grundlagen, gälla alla tyskar var de än bodde, alltså även DDR.[461]

Bundesgerichtshof stödjer i *BGHZ 69, 295* sin argumentation helt på att käranden hjälpt svaranden att utöva de rättigheter som enligt den tyska grundlagen tillkommer honom. Bl.a. med tanke på de risker en flyktingsmugglare utsätter sig för, har det ansetts förenligt med goda seder att (inom rimliga gränser) ta betalt för sina tjänster. I doktrinen har denna betalning för att få utöva grundlagsrättigheter t.o.m. jämförts med kyrkoskatt[462] (religionsfrihet), betalning för tidningar samt radio- och TV-licens (informationsfrihet).[463]

Denna grundlagsstödda argumentation gör det tyvärr svårt att bedöma hur Bundesgerichtshof idag skulle se på fall där flyktingar i strid mot sitt hemlands lag givit sig iväg till Tyskland och tillämplig lag på flyktinghjälpsavtalet var tysk.

5.3.1.3 Brott mot valutaföreskrifter och andra handelspolitiska lagar

Efter ryska ”revolutionen” 1917, införde den bolsjevikiska regimen förbud mot affärer i utländsk valuta utan tillstånd från finanskommissariatet. För att möjliggöra flytt ut ur Ryssland gavs i flera fall lån i dollar, som efter ankomsten till det nya landet skulle återbetalas ur flyktingens amerikanska banktillgodohavanden. Som så ofta, tillstötte betalningsovilja och emigranten/gäldenären gjorde gällande att det ingångna avtalet skulle strida mot goda seder.

Frågan kom upp till bedömning flera gånger. I de ovan (s. 137 och 138) refererade avgörandena *RG 3.10.1923, RGZ 108, 241* samt *KG 1.4.1926, JW 1926, s. 2002* besvarade de tyska domstolarna frågan om avtalens osedlighet nekande och gäldenärerna fick alltså vackert finna sig i att betala. I rättsfallet *KG 25.2.1922, JW 1922, s. 398* ansågs däremot hela den polska valutalagen osedlig! Låt oss titta närmare på det första rättsfallet.

Beträffande sakomständigheterna i *RG 3.10.1923, RGZ 108, 241* kan hänvisas till referatet ovan på s. 137 Avtalsstatut i målet var tysk

[460] Kratz, Ausländische Eingriffsnorm und inländischer Privatrechtsvertrag, s. 15.
[461] Se den aktuella domen s. 297.
[462] Denna skatt är frivillig i Tyskland.
[463] Liesegang, JZ 1977, s. 88.

rätt. Reichsgericht ansåg inte att avtalet stred mot goda seder och uttalade angående sovjetiska valutabestämmelser: ”daß nicht durch allen Kulturstaaten gemeinsame rechtlich-sittliche Erwägungen gerechtfertigt wird, sondern nur durch die in dem ausländischen Staate herrschenden wirtschafts- och sozialpolitischen (hier staatssozialistischen) Rechtsgrundsätze, die deutschen Rechtsanschauungen widersprechen.”[464] Här ser vi att en internationell måttstock användes redan i detta tidiga rättsfall (durch allen Kulturstaaten gemeinsame rechtlich-sittliche Erwägungen).

I rättsfallen *OLG Hamburg 16.5.1929, IPRspr. 1930, Nr. 14*; *RG 12.12.1929, IPRspr. 1930, Nr. 8* och *RG 1.7.1930, IPRspr. 1930, Nr. 15* konstaterades på mycket kritiserade grunder sovjetiskt avtalsstatut gälla, i vilket i enlighet med dåvarande uppfattning även den offentliga rätten ingick och flyktingarna slapp sålunda betala.

Inställningen har varit densamma även för andra lagar av handelspolitisk karaktär – undantaget tullföreskrifter. I överensstämmelse med denna inställning har brott mot utländsk lag, som inskränker tyska försäkringsbolags möjligheter att verka på utländska marknader, ej ansetts stå i strid med goda seder, *KG 10.10.1928, IPRspr. 1928, Nr. 21*; *LG I Berlin 2.7.1929, IPRspr. 1929, Nr. 14*. Avtalen har ej ansetts osedliga då de utländska lagarna enbart haft till syfte att skydda utfärdarstatens intressen.

Ett belysande rättsfall ur modernare praxis är *BGH 16.4.1975, BGHZ 64, 183*. Den sovjetiske författaren Alexander Solsjenitsyn befullmäktigade en advokat att sluta ett förlagsavtal med käranden, ett tyskt förlag. Käranden erhöll därmed publiceringsrätten till Solsjenitsyns roman *August Vierzehn*.[465] Det överenskoms att förlagsavtalet skulle underkastas tysk rätt. Innan verket kom ut i den tyska bokhandeln offentliggjorde svaranden, ett annat förlag, olovandes en annan översättning med titeln *August Neunzehnhundertvierzehn*. Käranden väckte omedelbart talan om upphovsrätten. Talan grundades på inne-

[464] Min översättning: ”att inte juridiskt-moraliska överväganden som är gemensamma för alla kulturländer rättfärdigas, utan endast de i den utländska staten rådande handels- och socialpolitiska (här statssocialistiska) rättsgrundsatser som motsvarar tysk rättsåskådning”.

[465] Romanen Август четырнадцатого heter på svenska *Augusti fjorton* och finns utgiven på Wahlström & Widstrand, Stockholm 1973 i översättning av Hans Björkegren.

havet av förlagsrätten samt den upphovsrätt till verket som tillkom Solsjenitsyn. Svaranden åberopade det sovjetiska utrikeshandelsmonopolet, som förbjöd Solsjenitsyn att förfoga över sin upphovsrätt.

Bundesgerichtshof ansåg inte att avtalet stred mot goda seder och stödde sig på huvudregeln att utländsk offentlig rätt endast beaktas om den har till syfte att skydda enskilda intressen. Bundesgerichtshof uttalade därvid:[466] ”das öffentliche Kollisionsrecht wird vom Grundsatz der Territorialität beherrscht (BGHZ 31, 367, 371). Das gilt, wie der Bundesgerichtshof (a.a.O.) ausgeführt hat, jedenfalls für solche ausländischen öffentlich-rechtlichen Verfügungsbeschränkungen, die nicht dem Ausgleich schützwürdiger privater Belange, sondern der Verwirkligung wirtschafts- oder staatspolitischer Ziele des rechtssetztenden Staates selbst dienen. Letzteres ist hier der Fall”.[467]

5.3.1.4 Brott mot vänligt sinnade staters handelsembargon

Under det kalla krigets dagar utfärdades flera amerikanska handelsembargon med syfte att militärt och ekonomiskt försvaga länderna i östblocket. Redan 1948 kom det första amerikanska förbudet mot export till Östeuropa av produkter med militärt användningsområde. Handeln med östblocket var emellertid av väsentligt större betydelse för de västeuropeiska länderna än för USA och dessa amerikanska embargon ledde därför till såväl politiska som juridiska konflikter.[468]

Den tyska rättstillämpningen har vid bedömningen av dessa konflikter intagit en uttalat USA-vänlig hållning. Det holländska *Sensor*-fallet visar att denna pro-amerikanska inställning inte nödvändigtvis delas av domstolarna i andra västeuropeiska länder.[469] Där ansågs det

[466] Se det aktuella rättsfallet s. 189.

[467] Min översättning: ”den internationella offentliga rättens grundsats är territorialitetsprincipen (BGHZ 31, 367 på s. 371). Denna gäller, som Bundesgerichtshof utvecklat (ib), i varje fall för sådana utländska offentligrättsliga förfogandeinskränkningar som inte har till syfte att utjämna skyddsvärda privata intressen, utan att förverkliga den lagstiftande statens egna handels- eller statspolitiska mål. Det sistnämnda är här fallet”.

[468] Kratz, Ausländische Eingriffsnorm und inländischer Privatrechtsvertrag, s. 52 f.

[469] *Compagnie Européenne des Pétroles S.A., Paris v. Sensor Nederland B.V., Den Haag*, Pres. Rb. den Haag 17.9.1982, Rechtspraak van de Week/Kort Geding 1982, Nr. 167. Kommenterat samt översatt till tyska i Basedow, RabelsZ 1983, s. 141; de Boer/Kotting, IPRax 1984, s. 108–112.

amerikanska embargot överskrida folkrättens gränser för nationell lagstiftnings extraterritorialitet.

I *BGH 21.12.1960, BGHZ 34, 169* (*Borax*-fallet) hade två tyska parter ingått avtal om leverans av 100 ton borax[470], som svaranden skulle skaffa fram från USA. Enligt de amerikanska embargoföreskrifterna krävdes exportlicens för detta. Käranden sålde vidare leveransen av borax till ett danskt företag som på förhand deklarerade att det inte hade för avsikt att ordna det slutanvändarintyg de amerikanska myndigheterna krävde. Det danska företaget avyttrade boraxpartiet cif Rostock (i f.d. DDR) till en Londonfirma. Efter påtryckningar från svaranden avgav käranden en förklaring att boraxen var avsedd för en dansk mottagare och att den enligt kärandens vetskap skulle förbli i Danmark. Då de amerikanska embargoföreskrifterna skärptes och svaranden krävde ett komplett slutanvändarintyg vägrade käranden. Svaranden levererade då inte och käranden reste skadeståndsanspråk.

Bundesgerichtshof ansåg att köpeavtalet stred mot goda seder, då det i strid mot amerikanska embargobestämmelser möjliggjorde leverans av borax till DDR. Bundesgerichtshof uttalade att: ”[u]nstreitig sollten die amerikanischen Embargobestimmungen verhindern daß mit westlichen Wirtschaftsgütern das Kriegspotential des Ostens erhöht würde; [...] Die Maßnahmen lagen daher nicht nur im amerikanischen Interesse, sondern im Interesse des gesamten freiheitlichen Westens und damit auch im Interesse der Bundesrepublik Deutschland. [...] Wer aus eigennützigen Interessen [...] die Wahrung dieser Belange vereitelt, handelt sittenwidrig”[471]

Här återfinner vi en ny måttstock. Grundvärderingen är liksom i *Nigerianska mask*-fallet[472] internationell, men måste här inte delas av samtliga folk. Det räcker att den delas av ”das gesamte freiheitliche Westen”, dvs. enkannerligen också av Tyskland. En slutsats som nu kan dras är att, oavsett i vilka ord de tyska domstolarna valt att klä sina bedömningar, är det en förutsättning att den utländska lagen gynnar

[470] Borsyrans natriumsalt.

[471] Min översättning: ”[o]tvivelaktigt är de amerikanska embargoföreskrifternas syfte att förhindra att östblockets krigspotential ökas med västligt handelsgods. [...] Åtgärderna låg därvid inte enbart i amerikanskt intresse, utan i hela det fria västerlandets och därmed också i Förbundsrepubliken Tysklands. [...] Den som av egennytta [...] går emot försvaret av dessa intressen handlar i strid mot goda seder”. Se den aktuella domen s. 177.

[472] BGH 22.6.1972, BGHZ 59, 82.

ett *tyskt* intresse för att brott mot den skall anses strida mot tyska goda seder.

Bundesgerichtshof upprätthöll denna praxis i rättsfallet *BGH 24.5.1962, NJW 1962, s. 1436* som behandlade anspråk ur en sjötransportförsäkring av en last borsyra med slutdestination Polen. Alla USA-embargon har emellertid inte behandlats lika välvilligt. I det opublicerade underrättsfallet från LG Krefeld av 24.9.1980 ansågs inte ett amerikanskt embargo mot Iran vara en godtagbar anledning att inte fullgöra avtalet.[473]

5.3.1.5 Brott mot utländsk mutlagstiftning

En svår moralisk fråga är om det är rätt att betala mutor i ett land där det är nödvändigt för att göra affärer. Man kan visserligen tycka att det är förkastligt, men om man inte själv mutar så kan affären gå till en mindre samvetsgrann konkurrent. Bundesgerichtshof har i ett relativt färskt rättsfall besvarat frågan om bestickning i främmande land strider mot goda seder:

I *BGH 8.5.1985, BGHZ 94, 268* tävlade ett tyskt företag om att få bygga ett bryggeri i staten N (i rättsfallsreferatet namges staten inte). Det tyska företaget ingick avtal med ett inhemskt företag om att detta skulle betala ut de mutor till statstjänstemän som var nödvändiga för att få kontraktet. Bestickning var ett brott även i N Avtalet med det inhemska företaget betecknades ”provisionsavtal”. P.g.a. svårigheter med finansieringen i landet N blev bryggeribygget aldrig av, men det N:iska företaget väckte talan mot det tyska och krävde utbetalning av provisionen. Tysk rätt var avtalsstatut.

Bundesgerichtshof ansåg att ”provisionsavtalet” stred mot goda seder och ogiltigförklarade avtalet. Rätten uttalade därvid:

> Nach der Auffassung des erkennenden Senats ist das Fordern und Entgegennehmen von Bestechungsgeldern durch ausländische Amtsträger jedenfalls insoweit zu mißbilligen, als diese dadurch gegen die Rechtsordnung ihres Heimatslandes verstoßen. Die Verletzung ausländischer Rechtsnormen, die nach den in Deutschland herrschenden rechtlichen und sittlichen Anschauungen anzuerkennen sind, enthält gleichzeitig auch eine Verletzung allgemein gültiger sittlicher Grundsätze. [...] An der Sittenwidrigkeit der Bestechungspraxis ändert auch der Umstand nichts, daß nach dem übereinstimmende Vertrag der Parteien die Kor-

[473] Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 27.

> ruption im öffentlichen Dienst von N weit verbreitet ist und staatliche Aufträge praktisch nicht ohne Zahlung von Schmiergeldern erlangt werden können. [...] Von einem deutschen Unternehmer kann zwar nicht erwartet werden, daß er in den Ländern, in denen staatliche Aufträge nur durch Bestechung der zuständigen Staatsorgane zu erlangen sind, auf dieses Mittel völlig verzichtet und damit das Geschäft weniger gewisshaften Konkurrenten überläßt. [...] Daraus folgt jedoch nicht, daß auch die Schmiergeldvereinbarung als solche, d.h. die Vereinbarung, durch die die Vornahme einer Amtshandlung gegen die Zahlung eines Schmiergeldes oder gegen eine sonstige Vermögenswerte Leistung versprochen wurde, rechtlich anerkannt werden müßte.[474]

Bundesgerichtshofs domskäl torde få tolkas så att kampen mot korruption skall ses som ett sådant ”beaktansvärt intresse gemensamt för alla folk” som av BGH nämndes i *BGH 22.6.1972, BGHZ 59, 82*.

5.3.2 Prestationshinder

Utländsk offentlig rätt beaktas i tysk rätt även på andra sätt än genom § 138 BGB. Inte alla kringgående av utländska tvingande regler bedöms, som vi sett, som osedliga. Vissa utländska offentligrättsliga och internationellt tvingande regler kan dock ha den effekten att de omöjliggör, eller avsevärt försvårar, ett fullgörande av avtalet. I dessa fall är det inte lika intressant för parterna att få veta vilken intressevärdering forumstatens domstolar gör av de tvingande reglerna som att få veta hur långt fullgörandeplikten sträcker sig.

[474] Min översättning: ”Enligt den dömande senatens uppfattning, bör utländska ämbetsmäns krävande och emottagande av mutor ogillas åtminstone i den mån som det strider mot deras hemlands rättsordning. Att bryta mot utländska rättsregler, som enligt den i Tyskland härskande juridiska och moraliska åskådningen bör erkännas, innebär samtidigt en kränkning av allmänt giltiga moraliska principer. [...] Den omständigheten att, enligt parternas överensstämmande framförande, korruptionen i offentlig tjänst i staten N är mycket utbredd och att statliga uppdrag knappast kan erhållas utan bestickning, ändrar ingenting i bedömningen om bruket att muta är osedligt eller inte. [...] Det kan visserligen inte krävas av en tysk företagare att han, i länder där statliga uppdrag endast kan erhållas genom att muta de ansvariga statsorganen, fullständigt avstår från detta medel och därmed lämnar affären till en mindre samvetsgrann konkurrent. [...] Därav följer emellertid inte, att mutavtalet som sådant, d.v.s. det avtal genom vilket utförandet av en ämbetsåtgärd utlovades mot betalning av muta eller mot liknande belöning, måste erkännas juridiskt.”

I dessa fall får man göra skillnad på det beaktande av utländsk rätt som det kan talas om när § 138 BGB används som dold lagvalsregel och det beaktande av en utländsk tvingande regels faktiska verkningar som det här är frågan om. Här handlar det inte i första hand om en internationellt privaträttslig problematik, utan om tysk civilrätt.[475]

5.3.2.1 Ursprunglig omöjlighet

För de fall där den lag, som omöjliggör prestationen, utfärdats före avtalsslutet tillämpas i tysk rätt § 306 BGB.[476] Denna lyder som följer:

> Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.[477]

Avtalet ogiltigförklaras alltså och det blir ingen affär. Schweizisk rätt har, på goda grunder tycker jag, intagit motsatt ståndpunkt. Schweiziska Bundesgericht har i rättsfallet *BGE 88 II 203* förklarat att den som utlovar prestation trots att han vet att den är omöjlig, får stå risken därför (se nedan kap. 6.3.2).[478]

Däremot kan den som uttryckligen garanterar att en vara kan levereras och att den inte faller under något utförselförbud, trots att den gör det, inte befrias från sin leveransplikt (eller snarare skadeståndsplikt).[479] Fallet skiljer sig från § 306-fallen i tysk rätt, då det här snarast är fråga om svek.

5.3.2.2 Efterföljande omöjlighet

Om den omöjliggörande lagen utfärdats efter avtalets tillkomst tillämpas i tysk rätt huvudsakligen § 275 BGB – inom den internationella köprätten kan även art. 74 och 79 CISG få betydelse. Denna § 275 lyder som följer:

> Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältninsses

[475] Lehmann, Zwingendes Recht dritter Staaten, s. 59.
[476] Münchener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 53 (s. 1839 f.).
[477] Min översättning: § 306 Ett avtal som avser en omöjlig prestation är ogiltigt.
[478] Se Heini, ZSR 1981, s. 70.
[479] OLG Oldenburg 22.6.1918, DJZ 1918, s. 520.

> eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.[480]

Det tidiga rättsfallet *RG 19.10.1917, RGZ 91, 47* handlade om anskaffande av en engelsk bankaccept, vilket blev omöjligt för svaranden att göra p.g.a. kriget. Käranden gjorde anspråk på betalning, vilken rätten nekade honom. Det framgår inte av Reichsgerichts domskäl om käranden tappade målet av den anledningen att den engelska lagen direkt tillämpats, eller därför att lagens faktiska verkningar beaktats. I ett något senare rättsfall förtydligade sig Reichsgericht.

I *RG 13.11.1917, RGZ 91, 260* hade en norsk medborgare före kriget förpliktat sig att leverera tran från Falklandsöarna till Tyskland. Den brittiske guvernören på Falklandsöarna utfärdade en förordning som tvingade norrmannen att leverera till England. Att förordningen efterlevdes garanterade engelska flottan. Den norske leverantören fraktade tranet till Liverpool och fick där mer betalt än vad som ursprungligen var avtalat. Käranden krävde i första hand mervärdet som skadestånd och i andra hand leverans av surrogat. Tysk rätt var avtalsstatut. Leverantören kunde åberopa sig på den faktiska omöjligheten att leverera och slapp betala skadestånd (men tvangs utge surrogat enl. § 281 BGB).

I nästa rättsfall klargjorde Reichsgericht om det är fråga om tillämpning av de utländska reglerna eller blott beaktande av deras faktiska konsekvenser I *RG 28.6.1918, RGZ 93, 182* hade ett leveransavtal ingåtts mellan en engelsk firma i Buenos Aires och ett tyskt företag. Svaranden (den engelska firman) åberopade att den brittiska *Trading with the Enemy Act* från 1914 omöjliggjorde leverans. Fallet är något speciellt, då avtalsstatutet visserligen var tyskt, men svaranden bedömdes enligt engelsk rätt. Vad som emellertid tydliggjordes var att trots att engelsk rätt p.g.a. tysk ordre public inte kunde finna tillämpning, så kunde dess faktiska verkningar leda till leveransbefrielse enl. § 275 BGB. Reichsgericht uttalade att:

> [d]ie Anwendung eines derartigen Gesetzes würde die Grundlage des deutschen wirtschaftlichen Lebens angreifen. Sie ist daher durch Art. 30 [ordre public] ausgeschlossen. […] Und wenn [das Berufungsgericht] zu dem Ergbnis gelangt, daß das englische Gesetz mit seinen schweren

[480] Min översättning: § 275 (1) Gäldenären befrias från förpliktelsen att prestera i den mån prestationen blir omöjlig på grund av omständigheter som inträffat efter skuldförhållandets uppkomst och han inte kunnat råda över.

> Strafandrohungen, in Verbindung mit der strengen Zensur und den scharfen Kontrollmaßregeln der englischen Regierung, einen so starken Hinderungsgrund für die Erfüllung der Kontrakte seitens der Beklagten dargestellt hat, daß ihr diese billigerweise nicht zugemutet werden konnte, daß also Unmöglichkeit der Erfüllung vorlag (RGZ Bd. 57, S. 118), so hat es das englische Gesetz nicht angewendet, sondern nur entschieden, ob dieses im Sinne des deutschen Rechtes ein Hindernis für die Vertragserfüllung gebildet, eine tatsächliche Unmöglichkeit für sie geschaffen hat.[481]

En mycket stor andel av dessa fall utspelade sig under första världskriget. Från både krigförande och neutrala staters sida utbröt en fullkomlig orgie i utförselförbud, betalningsförbud och andra förbud. Frågan saknar emellertid inte aktualitet och Bundesgerichtshof har i rättsfallet *BGH 28.1.1965, Warn. 1965, Nr. 27* slagit fast att en varaktig omöjlighet kan befria från prestationsplikt.

Vidare aktualiseras frågan om den prestationsskyldige måste försöka bryta mot eller kringgå förbudet. Denna fråga regleras i tysk rätt av § 242 BGB, som lyder:

> Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[482]

I *RG 22.12.1916, Gruchot 1917, s. 460* hade två tyska parter avtalat om leverans av 100 fat linolja. Linoljan lagrades i Malmö och Sverige införde efter att avtalet slutits utförselförbud. Parterna kom då överens om ett högre pris och svaranden skulle ombesörja att linoljan smugglades ut med ett tyskt ångfartyg som på sin väg mellan två svenska hamnar skulle anlöpa tysk mellanhamn. Omedelbart därefter förordnade den svenska regeringen att varor belagda med utförselförbud en-

[481] RG 28.6.1918, RGZ 93, s. 182 (s. 184). Min översättning: ”Tillämpning av en dylik lag skulle utgöra ett angrepp mot grunderna för tysk handel. Detta är därför enligt artikel 30 [ordre public] uteslutet. […] När [appelationsdomstolen] vidare kommer till slutsatsen, att den engelska lagen med sina kraftfulla hot om straff, i förbindelse med den engelska regeringens stränga granskning och hårda kontrollåtgärder, har utgjort ett så starkt hinder för svaranden att uppfylla avtalet, att sålunda omöjlighet förelåg (RGZ, Vol. 57, s. 118), har den inte tillämpat den engelska lagen, utan endast avgjort huruvida denna enligt tysk rätt utgör ett hinder att fullgöra avtalet, dvs. skapat en faktisk omöjlighet”.

[482] Min översättning: Gäldenären är förpliktad att prestera i den omfattning som tro och heder med hänsyn till god affärssed kräver.

dast fick fraktas mellan svenska hamnar av svenska fartyg. Svaranden kunde då inte leverera och käranden krävde skadestånd. Tysk rätt var avtalsstatut.

Frågan uppstod nu hur långt svaranden enligt § 242 BGB var tvungen att sträcka sig för att kunna leverera. Det faktum att han med ett svenskt segelfartyg senare lyckades frakta linoljan till Stettin (staden låg då på tyskt territorium, men är numera polsk och heter Szczecin) påverkade inte Reichsgericht i dess inställning att det inte skäligen kunde krävas av svaranden att han skulle bryta mot det svenska utförselförbudet.

I det tidigare nämnda rättsfallet *RG 28.6.1918, RGZ 93, 182* angående den engelska *Trading with the Enemy Act* av 1914 uttalade Reichsgericht om skyldigheten att försöka prestera: ”Zuzustimmen ist insbesondere dem Satze, ein Kaufmann habe gegen den anderen keinen Rechtsanspruch darauf, daß dieser um einen Vertrag einzuhalten, Schleichwege gehe, mit deren Notwendigkeit bei Abschluß des Vertrages nicht zu rechnen war. Und zwar umso weniger dann, wenn damit zu Kriegszeiten die Täuschung der Behörden des eigenen Landes bezweckt würde [...]”.[483]

Det framgår klart av Reichsgerichts praxis att det inte föreligger någon plikt att försöka bryta mot de utländska tvingande reglerna.

5.3.3 Bortfall av avtalsförutsättningar

Att ogiltigförklara ett avtal p.g.a. att utländsk offentlig rätt gjort det omöjligt att fullgöra kan ibland vara ett trubbigt verktyg att ta till. § 275 BGB beaktar inte det behov som kan finnas att fördela risken mellan parterna. Den ovan citerade regeln, som också flitigt använts, § 242 BGB har av Bundesgerichtshof i ett rättsfall använts för att fördela risken när förutsättningarna för ett avtal brustit.

I *BGH 8.2.1984, IPRax 1986, s. 154* hade ett tyskt och ett iranskt företag slutit avtal om leverans av burköl till Iran. När ölen kom fram visade det sig vara fel i varan. Eftersom parterna var inställda på fort-

[483] Min översättning: ”Det skall instämmas i den grundsatsen att en köpman gentemot en annan inte har några rättsliga anspråk på att denne, för att uppfylla ett avtal, tar till smygvägar som inte kunde förutses vara nödvändiga vid avtalsslutet. Närmare bestämt så mycket mindre då därmed åsyftas att det egna landets myndigheter, i krigstid, skulle bedras”.

satt samarbete slöts ett förlikningsavtal enligt vilket en del av det iranska företagets skadeståndsanspråk skulle ersättas genom ytterligare ölleveranser. Därav blev nu inget då den s.k. islamiska revolutionen bröt ut i Iran, ayatollah Khomeini tog makten och införsel av alkohol belades med dödsstraff.

Bundesgerichtshof ansåg att förutsättningarna för avtalet fallit bort jml. § 242 BGB. Rätten biföll det iranska företagets talan om skadestånd, men jämkade det till hälften.

Det är mycket troligt att Bundesgerichtshof i detta rättsfall tagit intryck av att parterna redan slutit ett avtal om skadesutjämning. Det normala hade i ett fall som detta annars varit att låta köparen stå för risken.[484]

5.4 Säranknytning av utländska internationellt tvingande regler

Det har i tysk doktrin diskuterats om den tyska reservationen mot artikel 7.1 Romkonventionen också innebär ett avståndstagande från säranknytningsläran som sådan (se ovan kap. 2.4.2).[485] Enligt en uppfattning skall reservationen tolkas som att den tyska lagstiftaren avvisar säranknytningsläran och att säranknytning av internationellt tvingande regler därigenom är utesluten.[486] Ur förbundsrådets överläggningar avseende förslaget till artikel 34 EGBGB (art. 7 Romkonventionen) framgår att säranknytningsläran avvisas.[487]

Enligt en annan uppfattning har lagstiftaren genom att inte ta in den tänkta artikel 34 st. 1 EGBGB skapat en medveten lucka i lagen, som skulle kunna slutas genom säranknytning.[488] Och även om det inte är så följer det av tysk rättskällelära att uttalanden i lagförarbeten,

[484] Se det aktuella rättsfallet, s. 155.
[485] Se Schäfer, FS Sandrock, s. 44 f. för en sammanfattning av diskussionen.
[486] Palandt-Heldrich, Art. 34, Rdnr. 4 (s. 2414).
[487] Rechtsauschuß des Bundesrates, BR-Drucksache 224/1/83, s. 2 från 20.6.1983 och Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 10/5632, s. 45 från 9.6.1986.
[488] Martiny, IPRax 1987, s. 278 ff.; Kropholler, Internationales Privatrecht, s. 449.

även om de naturligtvis läses och ibland också citeras i domstolarna,[489] skall tillmätas en i jämförelse med svensk rätt begränsad vikt.[490] Den historiska lagstitarens avsikt beaktas huvudsakligen endast om den ligger inom ramen för lagens bokstav och sammanhang.[491] Istället får luckor i lagen i första hand slutas genom analogi eller genom att falla tillbaka på lagens grundläggande principer.[492]

5.5 Särskilt om utländsk konkurrensrätt

Några publicerade rättsfall där tysk domstol tillämpat utländsk konkurrensrätt finns mig veterligen inte. Frågan om utländsk konkurrensrätts användbarhet har dock, obiter dictum, i praxis besvarats såväl jakande som nekande.[493]

I rättsfallet *LG Freiburg 6.12.1966, IPRspr. 1966–67, Nr. 34a* invände svaranden i en avtalstvist att det omtvistade ensamåterförsäljaravtalet stred mot fransk konkurrensrätt och att avtalet därför var ogiltigt. Rätten konstaterade att avtalet hade effekt på den tyska marknaden och att fransk konkurrensrätt endast gällde för konkurrensbegränsningar med effekt på den franska marknaden. Rätten förefaller sålunda i princip ha ansett att fransk konkurrensrätt kunde tillämpas.[494]

I rättsfallet *LG Hamburg 29.9.1971, AWD 1972, s. 132* utgår domstolen utan vidare motivering ifrån att en engelsk skiljedomstol inte

[489] Se t.ex. BGH 30.6.1966, BGHZ 46, 74 (s. 80).

[490] Vad beträffar tolkningen av den äldre EGBGB omöjliggjordes alltför stor bundenhet vid lagens förarbeten av att dessa endast i begränsad utsträckning offentliggjordes. Vare sig den tillsatta kommissionens protokoll eller protokollen från förbundsrådets överläggningar offentliggjordes. Först 1973 gjordes dessa tillgängliga. Se Hartwieg/Korkisch, Die geheimen Materialien, s. 57–430.

[491] Larenz, Methodenlehre, 332.

[492] Larenz, Methodenlehre s. 381. I BVerfG 17.5.1960, BVerfGE 11, 126 (s. 130) uttalade Bundesverfassungsgericht att: ”Der Staat spricht nicht in den persönlichen Äußerungen der an der Enstehung des Gesetzes Beteiligten, sondern nur im Gesetz selbst”. Se även BVerfGE 1, 299. För en insiktsfull redogörelse på svenska för tysk rättskällelära se Kjellgren, Mål och metoder, kap. 5–6 (s. 113–162).

[493] LG Hamburg 29.9.1971, AWD 1972, s. 132.

[494] IPRspr. 1966–67, s. 116.

skulle kunna tillämpa tysk konkurrensrätts regler om rätt till fristlös uppsägning av ett kartellavtal (§ 13 GWB).[495]

Frågan om den tyska konkurrenslagens territoriella tillämpning regleras i § 98 st. 2 GWB. Lagrummet har påstått vara en ensidig lagvalsregel[496] och lyder som följer:

> Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlaßt werden. Es findet auch anwendung auf Ausfuhrkartelle im Sinne des § 6 Abs. 1, soweit an ihnen Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes beteiligt sind.[497]

Denna § 98 st. 2 GWB är den lagvals-/avgränsningsregel som gäller för konkurrensrättsliga frågor och har i egenskap av lex specialis företräde framför lagvalsregler i den tyska internationella privaträtten.[498] Regeln är internationellt tvingande och kan inte kringås av parterna genom ett lagvalsavtal.[499] Avgörande anknytningsmoment är om konkurrenshindret har *effekt* på den tyska marknaden. Är lagen tillämplig, skall den också tillämpas i sin helhet; dvs. samtliga bestämmelser om exempelvis anmälningsplikt, formföreskrifter, böter och civilrättsliga skadeståndsregler.[500]

Det har i doktrinen föreslagits att den ensidiga (unilaterala) lagvalsregeln i § 98 st. 2 skall byggas ut till en tvåsidig (bilateral) lagvalsregel, såsom Bundesgerichtshof i tidigare praxis gjort med flera av de ensidi-

[495] AWD 1972, s. 133.

[496] Den tyska litteraturen är enig om att det är fråga om en ensidig lagvalregel. Se t.ex. Kegel, s. 886 f. I exempelvis rättsfallet BGH 29.5.1979, BGHZ 74, 322 (s. 324) betecknas också regeln lagvalsregel (Kollisionsnorm). Jag kommer senare i denna framställning (kap. 10) att komma fram till att det istället är fråga om en s.k. avgränsningsregel. Dessa skiljer sig åt från de ensidiga avgränsningsreglerna.

[497] Min översättning: ”Denna lag skall tillämpas på alla konkurrensbegränsningar, som har verkan inom denna lags tillämpningsområde, även om de föranlåts utom denna lags tillämpningsområde. Lagen skall också tillämpas på exportkarteller jämlikt § 6 st. 1, för det fall ett företag med säte inom denna lags tillämpningsområde är delaktigt”.

[498] GWB-Kommentar-Rehbinder, § 98 Abs. 2, Rdnr 227 (s. 2271).

[499] A.a., Rdnr. 222, 227 (s. 2270); Münchener-Kommentar-Immenga, Nach Art. 37, Rdnr. 15 (s. 1973).

[500] BGH 29.5.1979, BGHZ 74, 322.

ga lagvalsregler som tidigare fyllde EGBGB.[501] SCHWARTZ uttryckte redan 1962 en försiktigt positiv inställning till ett sådant tillvägagångssätt men ansåg att tiden ännu inte var mogen. Därtill var konkurrensrätten åtminstone vid denna tidpunkt för tungt belastad av ekonomiskt-politiska värderingar. Det saknades en kartellpolitisk *communis opinio* för att kunna tala om en konkurrensrättslig lagvalsregel.[502]

ZWEIGERT har uttryckt att den effektprincip (*Auswirkungsprinzip*) som kommer till uttryck i § 98 st. 2 GWB också skulle kunna vara avgörande för användbarheten av utländsk konkurrensrätt. En domstol borde ställa sig frågan på vilket lands marknad ett konkurrenshindrande avtal har effekt och tillämpa den statens konkurrensrätt på avtalet.[503]

Även HABSCHEID har i anslutning till BÄR (som dock är schweizare och inte närmare behandlas här) föreslagit att effektprincipen, som den kommer till uttryck i § 98 st. 2 GWB, utvecklas till en bilateral lagvalsregel, varför varje kartellavtal skall bedömas enligt den stats rätt på vars marknad avtalet får konkurrenshindrande effekt. Effektprincipen måste dock ges en restriktiv tolkning.[504]

MARTINEK har föreslagit att § 98 GWB skall tillfogas ett tredje stycke med följande lydelse:[505]

> Die privatrechtliche Wirksamheit und die privatrechtlichen Folgen von Wettbewerbsbeschränkungen bestimmen sich unbeschadet der Sätze 1 och 2 nach den Gesetzen des Staates, in dem sich die Wettbewerbsbeschränkungen auswirken, auch wenn sie außerhalb des Außwirkunsstaates veranlaßt werden.[506]

I litteraturen har dock flera kritiska röster höjts mot en utbyggnad av § 98 GWB till en bilateral lagvalsregel. Dessa röster sammanfaller ofta

[501] Ensidiga lagvalsregler är utformade så att de enbart kan leda till tillämpningen av forumstatens egen rätt, medan tvåsidiga lagvalsregler kan leda till tillämpning av antingen forumstatens egen rätt eller någon annan stats lag. Se Bogdan, Svensk IP, s. 37 f.

[502] Schwartz, Deutsches internationales Kartellrecht, s. 224 f.

[503] Zweigert, IPR und öffentliches Recht, s. 134 f.

[504] Habscheid, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung, s. 62.

[505] Martinek, Internationales Kartellprivatrecht, s. 94.

[506] Min översättning: ”Den privaträttsliga giltigheten och de privaträttsliga följderna av konkurrenshinder bestäms oavsett styckena 1 och 2 av lagen i det land i vilket konkurrenshindren har effekt, även om de föranlåts utanför denna stat.

med dem som är kritiska till säranknytning och dépeçage i allmänhet (se nedan kap. 10), men det finns också författare som pekar på särskilda problem inom den internationella konkurrensrätten. Så lyfter BASEDOW särskilt fram problemet att konkurrenshindrande avtal kan ha effekt på flera marknader, varvid problemet med kumulativ tillämpning av flera staters konkurrensrätt kan uppstå. För att undvika dylika konflikter krävs att begreppet ”effekt” begränsas avsevärt. Om en bilateral lagvalsregel med anknytningsmomentet ”effekt” skall vara sant bilateral kräver det att staterna begränsar tillämpningsområdet för sin egen konkurrensrätt på ett sätt som knappast är realiserbart. Basedow har istället förespråkat bilaterala avtal om samarbete mellan staters konkurrensvårdande myndigheter.[507]

MANN är kritisk mot en omtolkning av § 98 st. 2 GWB till en allsidig lagvalsregel. En dylik omtolkning skulle kunna ledan till det enligt Manns uppfattning absurda resultatet att tredje länders konkurrensrättsliga regler tillämpas. Som exempel anför han bland annat ett tänkt fall där tysk rätt är tillämplig på avtalet, detta enligt tysk konkurrensrätt är ogiltigt, men avtalet bara har effekt på den svenska marknaden, varför svensk konkurrensrätt skall tillämpas. Enligt svensk konkurrensrätt antas avtalet vara giltigt, varför avtalet trots tyskt avtalsstatut måste upprätthållas.[508]

Manns analys brister i ett avseende. Eftersom avtalet i det tänkta fallet endast har effekt på den svenska marknaden torde, trots tyskt avtalsstatut, tysk konkurrensrätt inte vara tillämplig. § 98 st. 2 GWB förutsätter ju konkurrenshindrande effekt på den tyska marknaden för att lagen skall tillämpas. Därför kan det i Manns tänkta fall inte vara fråga om att avtalet är ogiltigt på grund av tysk konkurrensrätt. Valet står inte mellan att tillämpa tysk eller svensk konkurrensrätt utan mellan att tillämpa svensk konkurrensrätt eller ingen konkurrensrätt alls.

Mann anser inte att § 98 st. 2 GWB lämpar sig för en omtolkning till en bilateral lagvalsregel. Det är enligt honom istället inte fråga om något annat än ett särfall av ordre public.[509]

I den ledande tyska kommentaren till konkurrensrätten – GWB-kommentar – utrycker sig REHBINDER försiktigt positiv till tillämpningen av utländsk konkurrensrätt, men avvisar utbyggnad/om-

[507] Basedow, RabelsZ 1988, s. 36 f.
[508] Mann, FS Beitzke, s. 614 f.
[509] A.a., s. 615.

tolkning av § 98 st. 2 till en bilateral lagvalsregel. Effekt på en viss marknad lämpar sig inte som anknytningsmoment då definitionen av detta begrepp varierar mycket från konkurrensrättslagstiftning till konkurrensrättslagstiftning. Den tyska definitionen har utformats med sikte på den egna lagstiftningen och lämpar sig därför inte att tillämpas på andra rättsordningars konkurrensrätt. Den förmår inte väl fastställa utländsk konkurrensrätts tillämpningsområde, därtill är den inte tillräckligt flexibel. Rehbinder förespråkar istället en säranknytning av utländsk konkurrensrätt utifån dess eget tillämpningsanspråk i linje med art. 7.1 Romkonventionen.[510]

[510] GWB-Kommentar-Rehbinder, §98 Abs. 2, Rdnr. 246 (s. 2274 f.). I den förra upplagan förfäktades dock motsatt uppfattning. Münchener Kommentar-Immenga, Nach Art. 37, Rdnr. 18–20 (s. 1974) förespråkar i likhet med Rehbinder på samma grunder en unilateral säranknytning.

6 Schweiz

6.1 Inledning

6.1.1 Historik

Den schweiziska internationella privaträttens källor bestod fram till den 1 januari 1989, då Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) trädde i kraft, av föreskrifter av olika ursprung. Förutom olika internationella traktater hämtades den internationella person, familje- och arvsrätten huvudsakligen från *Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter* (NAG) från 1891. Eftersom NAG hade till syfte att reglera interkantonala rättsförhållanden tillämpades den analogt på internationella förhållanden. För övriga rättsområden såsom den internationella avtalsrätten, sakrätten och bolagsrätten, som med några få undantag där enskilda lagvalsregler återfanns i samband med materiella rättsregler,[511] skedde rättsbildningen genom praxis från i första hand Bundesgericht – den schweiziska högsta domstolen. Den internationella processrätten reglerades på kantonal nivå.[512]

Mycket tidigt ställdes krav på kodifikation av den internationella privaträtten och redan 1905 fanns i förslaget till allmän civillag – Zivilgesetzbuch (ZGB) en reglering av de internationellt privaträttsliga

[511] Exempelvis Art. 418b st. 2 OR och Art. 85 SVG.
[512] Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, s. 1.

frågorna med. Parlamentet ville emellertid förbli vid NAG och av förslaget blev intet mer än några ändringar i denna lag efter förebild i Haagkonventioner på den internationella familjerättens område. År 1925 ställde det schweiziska juristförbundet – Schweizerische Juristenverein – krav på en fullständig kodifikation av den internationella privaträtten.[513]

Ett fruktbart arbete med att utarbeta en mer fullständig internationellt privaträttslig lagstiftning inleddes först efter förslag av Schweizerische Juristenverein vid dess juristdag 1971[514] och kom igång 1973 efter initiativ av justitieministern.[515] I mitten av 1978 kunde sedan den tillsatta expertkommissionen presentera sin slutrapport och lagförslag, i vilket också kom att ingå den internationella sak-, avtals- och bolagsrätten.[516]

Därefter vidtog en livlig debatt i vilken också flera utländska rättsvetenskapsmän deltog.[517] Flera vetenskapliga kollokvier och kongresser hölls också. Den schweiziska regeringen (Bundesrat) kunde sedan lägga fram sitt lagförslag den 10 november 1982.[518] Ytterligare kollokvier och kongresser vidtog.[519] Efter behandling i parlamentets båda kammare (Ständerat och Nationalrat) kunde lagförslaget antas den 18 december 1987 och Bundesgesetz über das internationale Privatrecht trädde i kraft 1 januari 1989.[520]

[513] Schwander, Einführung in das IPR, s. 73; dens., Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes, s. 14. Ett förslag till ny lagstiftning publicerades av Schnitzer 1959. Se Schnitzer, FS Gutzwiller, s. 429–443.
[514] Se referat av Vischer och Broggini i ZSR 1971, s. 1–106 och 245–323.
[515] von Overbeck, ZfRV 1978, s. 195.
[516] Publicerad som band 13 av skriftserien Schweizer Studien zum internationalen Recht – Bundesgesetz über das internationale Privatrecht. Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Zürich 1979.
[517] Så publicerades exempelvis ett motförslag av Schnitzer. Se Schnitzer, SJZ 1980, s. 309–316.
[518] BBl. 1983 I, s. 263 ff. samt BBl. 1983 I, s. 472 ff. Uppgift efter Schwander, Einführung in das IPR, s. 74. BBl. (Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft) finns endast tillgänglig i Sverige (Riksdagsbiblioteket) fram till 1977.
[519] Se Schwander, Einführung in das IPR, s. 74 f. för en detaljerad redogörelse.
[520] Hela historiken beskrivs mer eller mindre detaljerat i Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, s. 3–5, Schwander, Einführung in das IPR, s. 73–75 samt von Overbeck, The New Swiss Codification, s. 4–5.

6.1.2 Översikt över IPRG

Den schweiziska IPRG får, till skillnad från exempelvis tyska EGBGB (se ovan kap. 5) och österrikiska *Bundesgesetz über das internationale Privatrecht* från 1978, förstås som en fullständig kodifikation. Den omfattar såväl regler om lagval som regler om domsrätt samt erkännande och verkställighet av utländska avgöranden – dvs. hela den internationella privat- och processrätten. Lagstiftaren har försökt upprätthålla en ”Dreiklang”,[521] dvs. en tredimensionell struktur[522] där de tre frågorna om domsrätt, lagval samt erkännande och verkställighet av utländska avgöranden regleras för varje fråga.[523] Tekniken leder oundvikligen till vissa upprepningar men gör lagen lättare att tillämpa för praktiker.[524]

Systematiken i IPRG

Kapitel 1	**Gemensamma bestämmelser**	artiklar
Avsnitt 1	Tillämpningsområde	1
Avsnitt 2	Domsrätt	2–12
Avsnitt 3	Tillämplig lag	13–19
Avsnitt 4	Hemvist, säte och nationalitet	20–24
Avsnitt 5	Erkännande och verkställighet av utländska avgöranden	25–32
Kapitel 2	**Fysiska personer**	33–42
Kapitel 3	**Äktenskapsrätt**	
Avsnitt 1	Äktenskaps ingående	43–45
Avsnitt 2	Äktenskapets rättsverkningar	46–50
Avsnitt 3	Makars förmögenhetsförhållanden	51–58
Avsnitt 4	Äktenskapsskillnad och separation	59–65
Kapitel 4	**Barnrätt**	
Avsnitt 1	Föräldraskap genom börd	66–70
Avsnitt 2	Erkännande [av faderskap]	71–74
Avsnitt 3	Adoption	75–78
Avsnitt 4	Rättsverkningar av föräldraskap	79–84
Kapitel 5	**Förmyndarskap och andra skyddsåtgärder**	85
Kapitel 6	**Arvsrätt**	86–96
Kapitel 7	**Sakrätt**	97–108
Kapitel 8	**Immaterialrätt**	109–111
Kapitel 9	**Obligationsrätt**	
Avsnitt 1	Avtal	112–126
Avsnitt 2	Obehörig vinst[525]	127–128

[521] Siehr, RIW 1979, s. 730.
[522] Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 144.
[523] En liknande teknik har begagnats av familjelagssakkunniga i SOU 1987:18. Det är naturligtvis inte otänkbart att de hämtat inspiration från det schweiziska lagstiftningsarbetet, som i vart fall följts av de sakkunniga, se s. 79 f.
[524] Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, s. 6.
[525] ”Ungerechtfertigte Bereicherung” regleras i den schweiziska materiella rätten i art. 62 OR. För en introduktion till den för en svensk jurist något främmande rättsfiguren som befinner sig utanför avtalsrätten men ändå inte

Avsnitt 3	Utomkontraktuellt skadestånd	129–142
Avsnitt 4	Gemensamma bestämmelser	143–148
Avsnitt 5	[Erkännande av] utländska avgöranden	149
Kapitel 10	**Bolagsrätt**	150–165
Kapitel 11	**Konkurs och ackord**	166–175
Kapitel 12	**Internationellt skiljeförfarande**	176–194
Kapitel 13	**Slutbestämmelser**	
Avsnitt 1	Upphävande och ändring av gällande förbundsrätt [hänv. till bilaga]	195
Avsnitt 2	Övergångsbestämmelser	196–199
Avsnitt 3	Folkomröstning och ikraftträdande	200
Bilaga	Upphävande och ändring av gällande förbundsrätt	

[α] Utformad efter Schwander, Einführung in das IPR, s. 77.

Systematiken i IPRG följer ganska nära den i Schweizerisches Zivilgesetzbuch från 1907 (ZGB) och Schweizerisches Obligationenrecht från 1911 och 1936 (OR). ZGB och OR kan tillsammans sägas utgöra den schweiziska civillagboken och landets motsvarighet till BGB, Code civil osv. ZGB består av fyra delar (personrätt, familjerätt, arvsrätt och sakrätt) till vilka OR av historiska skäl har fogats som en femte del men behållit sin egen paragrafering och börjar således med artikel 1.[526]

Det kan synas något vanskligt att autonomt kodifiera ett i så stor utsträckning internationaliserat rättsområde som den internationella privaträtten.[527] Av den anledningen är också hela IPRG subsidiär till internationella avtal som Schweiz ingått, artikel 1 st. 2 IPRG.[528] IPRG

kvalificeras som utomobligatoriskt skadestånd, se Zweigert/Kötz, An Introduction to Comparative Law, s. 575 ff. eller Hellner, Om obehörig vinst utanför kontraktsförhållanden, som behandlar obehörig vinst utifrån ett komparativt perspektiv (dock ej schweizisk rätt) och också utreder om rättsinstitutet i någon större utsträckning finns i svensk rätt. Till obehörig vinst räknas bl.a. i den schweiziska rätten den för svensk rätt bekanta rättsfiguren *condictio indebiti*. Se även Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning, s. 12 som definierar obehörig vinst som ”att om någon (A) gjort en (i allmänhet förmögenhetsrättslig) vinst på annans (B:s) bekostnad och vinsten är ’obehörig’ eller ’saknar rättsgrund’, skall den gå åter, alltså ge upphov till en ersättningsrätt för B gentemot A avseende just vinsten”. Karlgrens definition ligger mycket nära art. 62 OR ”Wer in ungerechtfertiger Weise aus dem Vermögen eines Anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten”.

[526] För en introduktion och historik till ZGB och OR se Tuor/Schnyder/Schmid, ZGB, s. 1–30.

[527] von Overbeck, RabelsZ 1978, s. 603 har uttalat att: ”[e]in IPR-Gesetz in rein nationalem Rahmen zu verfassen, ist undenkbar”.

[528] I termen ”internationella avtal” innefattas också den oskrivna folkrätten och internationella avtal som syftar till att harmonisera den materiella rätten

hänvisar också uttryckligen till vissa internationella avtal när dessa aktualiseras i en viss anknytningsfråga. Så hänvisar exempelvis artikel 49 under avsnittet om äktenskapets rättsverkningar uttryckligen till 1973 års Haagkonvention om tillämplig lag för underhåll mellan makar. Vidare återfinns uttryckliga hänvisningar till konventioner i de fall där dessas användning utsträckts till att omfatta frågor som faller utanför konventionens materiella tillämpningsområde. Exempelvis har i artikel 83 st. 2 1973 års Haagkonvention om tillämplig lag på underhållsförpliktelser per analogi utsträckts till att också omfatta moderns krav på underhåll och ersättning för kostnader orsakade av själva födseln. Andra viktiga konventioner, som likafullt gäller för Schweiz, har lämnats oomnämnda. Exempel på det utgör 1988 års Luganokonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område.[529]

6.2 Inställningen till utländsk offentlig rätt i skuldstatutet

6.2.1 Äldre rätt

Före ikraftträdandet av IPRG upprätthöll schweizisk internationell privaträtt en i praxis grundad princip med innehållet att utländsk offentlig rätt inte kunde tillämpas. Principen motiverades omväxlande utifrån territorialitetsprincipen (enligt vilken offentlig rätt enbart gäller i den stat, som har utfärdat den) och överväganden av ordre publickaraktär.[530] Den något rigida inställningen hade dock redan 1954 i

såsom exempelvis Wienkonventionen om internationella köp. Se Karrer/Arnold, Switzerland's Private International Law Statute 1987, s. 29.

[529] Konventionen trädde i förhållande till Schweiz i kraft den 1 januari 1992.

[530] Se exempelvis BGE 39 II 640; BGE 42 II 179; BGE 44 II 163; BGE 50 II 51; BGE 60 II 294; BGE 64 II 88; BGE 74 II 224 samt BGE 107 II 489. I det sistnämnda fallet grundades ställningstagandet på territorialitetsprincipen och uttrycktes som att: "Nach einem allgemein anerkannten Grundsatz des Völkerrechts gilt öffentliches Recht in der Regel nur in jenem Staat, der es erlassen hat (Territorialitätsprinzip)", se den aktuella domen s. 492. Redan i BGE 74 II 224 hade Bundesgericht dock modifierat sin ståndpunkt till att

BGE 80 II 53 mildrats genom att Bundesgericht började göra skillnad på utländsk offentlig rätt som ”tjänade privaträtten” och ”privaträttsfientlig” offentlig rätt, varvid den senare inte tillämpades.[531] Bundesgericht kom att, i likhet med tyska Bundesgerichtshof några år senare (se ovan kap. 5.2.2),[532] tillämpa ett slags ”intresseteori”, varför en utländsk rättsregels tillämplighet inte kom att vara allena avhängig av om den var offentligrättslig eller inte.[533]

Trots en relativerad inställning till den utländska offentliga rätten utsattes Bundesgerichts praxis för kritik. Kritiken tog bland annat sikte på att en och samma regel, beroende på hur man ser den, kan vara såväl ”privaträttsvänlig” som ”privaträttsfientlig”. Bundesgericht ansåg vidare att det särskilt imperativa sätt på vilket offentlig rätt kan genomdrivas var ett av dess kännetecken. Den rätten tillfaller den stat som utfärdat reglerna. Den utländska offentliga rätten förlorar emellertid denna särskilda karaktär i alla andra stater.[534] LALIVE beskriver Bundesgerichts hållning ironiskt som en indelning i ”droit public-public” och ”droit public-privé”.[535]

schweiziska domsolar inte tillämpade utländsk offentlig rätt därför att de inte *ville* – inte därför att de inte *kunde*. Någon regel i folkrätten som förbjöd tillämpning av ett annat lands offentliga rätt ansågs inte finnas.

[531] Se BGE 80 II 53 (s. 62) där detta uttrycktes som att: ”[e]s kommt also auf den *vorwiegenden Zweck* einer ausländischen Norm an, die als Sondervorschrift in eine privatrechtliche Regelung eingreift. Solange ein solcher mit öffentlichrechtlichen Mitteln wirkender Eingriff in das Privatrecht oder in privatrechtliche Rechtsverhältnisse nur oder doch vorwiegend den Schutz *privater* Interessen (im Gegensatz zu unmittelbaren staatlichen Bedürfnissen) bezweckt, besteht kein Grund für den schweizerischen Richter, derartiges fremdes öffentliches Recht bloss wegen seiner Rechtsnatur abzulehnen”. Se också BGE 82 I 196 och 95 II 109. I BGE 107 II 489 (s. 492) bekräftade Bundesgericht sin praxis som denna gång uttrycktes som att ”ausländisches öffentliches Recht in der Schweiz dann zu berücksichtigen ist, wenn es das in der Schweiz anwendbare ausländische Privatrecht unterstützt, insbesondere in das Privatrecht oder in privatrechtliche Verhältnisse vorwiegend oder ausschliesslich zum Schutze privater Interessen eingreift”.

[532] BGH 17.12.1959, BGHZ 31, 367.

[533] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 296.

[534] Schwander, Lois d’application immédiate, s. 72 f.; Heiz, Das fremde öffentliche Recht, s. 120 ff.

[535] Lalive, Schw. Jb. Int. R. 1971, s. 262.

Lalives beskrivning kan sägas slå huvudet på spiken. Den visar på svårigheten att överhuvudtaget slå fast vad som egentligen utgör offentlig rätt. Den rätt han beskriver som ”droit public-privé” (eller, med Bundesgerichts ord, offentlig rätt som tjänar privata intressen), kan ju också enligt intresseteorin (den intresseteori som har till syfte att skilja mellan offentlig och privat rätt, se ovan kap. 3.3.1) räknas till privaträtten. Vad Bundesgericht synes ha gjort, är att använda sig av subjekts- eller subjektionsteorin för att göra indelningen i offentlig och privat rätt, och sedan begagna sig av intresseteorin för att avgöra vilken offentlig rätt som ändå kan tillämpas av utländska domstolar. Till samma slut hade den kommit om den hade använt sig av intresseteorin direkt i den primära kvalifikationen.

6.2.2 Inställningen i IPRG

Med ikraftträdandet av IPRG ändrades den schweiziska inställningen till utländsk offentlig rätt till att som huvudregel bejaka dess tillämpning. Artikel 13 andra meningen IPRG stadgar att: ”[d]ie Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist nich allein dadurch ausgeschlossen, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird”.[536]

Emellertid har artikel 13 andra meningen till syfte att reglera utländsk offentlig rätts verkningar på privaträttsliga förhållanden. Dit räknas exempelvis inte sådana maktanspråk gjorda av en utländsk stat eller ett offentligrättsligt organ de iure imperii.[537] Vidare gäller att om en regel i utländsk offentlig rätt *uteslutande* tjänar den egna statens ekonomiska eller politiska intressen – exempelvis valutalagstiftning som

[536] I engelsk översättning av Karrer/Arnold, Switzerland’s Private International Law Statute 1987, s. 41: ”A foreign provision is not inapplicable for the sole reason that it is characterized as public law”. Den franska versionen (en tysk, fransk och en italiensk version är officiella, alla har samma värde, se t.ex. BGE 116 II 525) lyder ”L’application du droit étranger n’est pas exclue du seul fait qu’on attribue à la disposition un caractère de droit public” och ligger mycket nära den resolution som Institut de Droit International antog vid sin Wiesbadensession 1975: ”En particulier, le caractère ‘de droit public’ d’une disposition étrangère ne s’oppose aucunement en soi à ce qu’elle soit appliquée (ou prise en consideration) […]”, Institut de Droit International, L’application du droit étranger, s. 276.
[537] IPRG-Kommentar-Heini, Art. 13, N 12 f. (s. 107).

ogiltigförklarar avtal i strid mot denna – kommer en användning av utländsk offentlig rätt för nära ett lagstridigt verkställande av en utländsk offentligrättslig dom eller myndighetsbeslut.[538] Bestämmelserna i IPRG om erkännande och verkställighet av utländska avgöranden (huvudregel art. 25 IPRG) anses nämligen, även om det inte uttryckligen sägs i lagtexten, primärt avse utländska civildomar.[539] Fastän huvudregeln kan sägas ha ändrats, kan man fråga sig om rättsläget därmed egentligen rent praktiskt har det.

När utländsk offentlig rätt väl skall tillämpas gäller i princip samma regler som för tillämpningen av utländsk privaträtt. Det är emellertid tänkbart att ordre public kan komma till flitigare användning i de förstnämnda fallen.[540] Det förtjänar dock särskilt att framhållas att såväl utländska privaträttsliga som offentligrättsliga regler endast anses omfattas av lagvalet i den utsträckning de själva ”vill” bli tillämpade, dvs. rättsförhållandet faller inom deras tillämpningsområde.[541]

Hänsynstagandet till dylika offentligrättsliga reglers ”self-limitation” motiveras med att de endast är utformade att reglera förhållanden, som står i ett särskilt nära förhållande till den egna statliga ordningen och därför har ett territoriellt begränsat giltighetsområde. Så finner i regel arbetsrättsliga regler av offentligrättslig karaktär endast tillämpning när arbetet i fråga utförts inom den utfärdande statens territorium. Vidare är hyresrättsliga regleringar endast tillämpliga på hyresobjekt som befinner sig inom det egna territoriet och konkurrensrättsliga föreskrifter är endast tillämpliga på avtal eller handlingar som har effekt på den egna marknaden.

Omvänt gäller att schweizisk domstol inte behöver tillämpa utländska offentligrättsliga regler för de fall de enligt folkrättsliga kriterier skulle göra alltför vida anspråk på tillämpning. De utländska offent-

[538] BGE 118 II 353.

[539] Vischer, IPRax. 1991, s. 214; Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, s. 37; BGE 116 II 376.

[540] Schwander, Einführung in das IPR, s. 199 f.

[541] Se Art. 13 mening 1: ”Die Verweisung dieses Gesetzes auf ein ausländisches Recht umfasst alle Bestimmungen, die nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind”. Se också Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, s. 29; Schwander, Einführung in das IPR, s. 200, 248; Vischer, RabelsZ 1989, s. 444. För tillämpning av utländska internationellt tvingande regler efter deras eget extraterritoriella tillämpningsområde se Siehr, RabelsZ 1988, s. 92.

ligrättsliga lagarnas tillämpningsområde skall sålunda inte slaviskt accepteras.[542]

Vad särskilt beträffar internationellt tvingande regler (som ju ofta är offentligrättsliga) anses de i allmänhet omfattas av artikel 13 andra meningen IPRG.[543] Det är däremot omtvistat om vissa ”staats- und wirtschaftspolitische Eingriffsnormen im engeren Sinn”, dvs. internationellt tvingande regler av stats- och ekonomisk-politisk karaktär i snäv bemärkelse, omfattas av artikel 13 andra meningen IPRG eller om de endast finner användning enligt de strängare kriterierna i artikel 19 IPRG. Till denna typ av regler räknas typiskt sett embargolagstiftning och annan förbudslagstiftning som förbjuder fullgörelse av vissa avtal som enligt den allmänna civilrätten inte är förbjudna.[544]

Slutligen bör framhållas att artikel 13 andra meningen IPRG inte allena är avgörande för tillämpligheten av utländska offentligrättsliga regler. Dessa konkurrerar om tillämpning med internationellt tvingande regler i lex fori (art. 18 IPRG), vilka har företräde, och med tredje länders internationellt tvingande regler (art. 19 IPRG – se nedan kap. 6.4).

6.3 Materiellrättsliga korrektur

Den schweiziska civilrätten uppvisar stora likheter med den tyska,[545] och redan på den grunden torde en beskrivning av schweizisk materiell rätt kunna göras relativt kortfattad.[546] Vidare är det med nödvändighet så, att det i ett litet land som Schweiz inte kan finnas en lika

[542] Vischer, RabelsZ 1989, s. 444.
[543] Schwander, Einführung in das IPR, s. 248.
[544] Avvisande: Vischer, RabelsZ 1989, s. 445; bejakande: Schwander, Einführung in das IPR, s. 248 f.
[545] Vissa håller den rentav för bättre än den tyska; särskilt på grund av dess i jämförelse mer lättbegripliga struktur och enklare språk. I Tyskland höjdes vid tiden för den schweiziska civillagens ikraftträdande t.o.m. röster för att BGB skulle upphävas och istället ersättas med schweiziska ZGB och OR, Zweigert/Kötz, Comparative Law, s. 177.
[546] Schweizisk doktrin hänvisar ständigt till och gör jämförelser med tysk lag och rättspraxis, vilket naturligtvis inte hindrar att det finns vissa väsentliga skillnader.

rikhaltig rättspraxis som i stora Tyskland med (numera) elva gånger så många invånare.

6.3.1 Avtal i strid mot lag och goda seder

Artikel 20 OR reglerar avtal i strid mot lag och goda seder och lyder:

> (1) Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.
>
> (2) Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaubt nich geschlossen worden wäre.[547]

Artikeln motsvarar närmast tyska §§ 134 och 138 BGB (se ovan kap. 5.3.1). I likhet med den tyska inställningen anser även den schweiziska rätten att endast avtal i strid mot lex causae (schweizisk rätt) kan anses omfattas av förbudet mot och ogiltigheten av ”olagliga”[548] avtal. Olaglighetsrekvisitet i artikel 20 OR omfattar inte avtal, som strider mot utländsk rätt.[549] I *BGE 76 II 40* uttalade Bundesgericht att det är uteslutet att med utländsk rätt som måttstock pröva avtals laglighet enligt artikel 20 OR, eftersom just det uteslutits genom att avtalet underställts schweizisk rätt.[550]

Också i likhet med tysk rätt gäller att avtal kan anses strida mot goda seder om de står i strid med utländsk rätt. Rättspraxis är långt ifrån lika rik som den tyska men det ledande rättsfallet från 1950 förtjänar att närmare belysas.

[547] Franska: (1) Le contrat est nul s’il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux moeurs. (2) Si le contrat n’est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu’il n’y ait lieu d’admettre que le contrat n’aurait pas été conclu sans elles. Min översättning: (1) ett avtal, vars innehåll är omöjligt eller olagligt eller som strider mot de goda sederna är ogiltigt. (2) Om bristen endast avser enstaka delar av avtalet, är endast dessa ogiltiga, om det inte får antagas, att det inte skulle ha ingåtts utan den ogiltiga delen.

[548] Tyska: ”Widerrechtlich”; franska ”illicite”; italienska: ”contraria alle leggi”.

[549] Erne, Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen, s. 17; Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, s. 250.

[550] Redan tidigare hade Bundesgericht intagit samma ståndpunkt i ett avgörande från 28.9.1937, Clunet 1939, s. 192. Inställningen har bekräftats i bl.a. BG 9.10.1951, SJIR 1953, s. 323; BGE 80 II 45; BGE 80 II 49.

I *BGE 76 II 33*, som behandlade rumänsk valutalagstiftning, besvarade Bundesgericht frågan om avtal som strider mot främmande rätt kan strida mot goda seder principiellt jakande men i det konkreta fallet nekande. Fallen rörde kringgående av i sig, vid tiden för rättsfallet, inte uppseendeväckande rumänska valutabestämmelser. I den principiella frågan uttalade Bundesgericht att:

> ”zwar kan unter diesem Gesichtspunkt die Verletzung ausländischen Rechts für den schweizerischen Richter beachtlich sein, nämlich dann, wenn ein Geschäft gerade wegen seines dem ausländischen Recht zuwiderlaufenden Inhalts und Zwecks auch nach schweizerischer Auffassung als sittenwidrig empfunden wird. Dabei können jedoch nur solche ausländische Normen in Betracht fallen, die nach allgemeiner Anschauung von derartiger Tragweite sind, dass die Duldung ihrer verletzung auch im Inland geeignet wäre, eine dem Gemeinwohl gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe hervorzurufen und somit zugleich die öffentliche Ordnung des Inlandes zu verletzen. Es ist also an den Inhalt der Norm und an die Auswirkungen ihrer Verletzung ein strenger Masstab anzulegen. Die verletzte ausländische Vorschrift muss dem Schutz von Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft dienen, die nach allgemeiner Anschauung von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung sind, oder es müssen sonstwie Rechtsgüter in Frage stehen, die nach ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit, an der allgemein gemessen das betreffende Rechtsgeschäft im Inland gültig wäre. Diese Anforderungen sind z.B. erfüllt bei staatlichen Erlassen gegen den Rauschgift- und Mädchenhandel. Devisenvorschriften, wie blosse handelspolitische Massnahmen überhaupt, können dagegen regelmässig ihrem Wesen nach nicht zu den Normen von dieser bedeutung gerechnet werden. Bei ihnen handelt es sich um Eingriffe in das private Eigentum sowie die Verfügungs- und Vertragsfreihet des Einzelnen für die Zwecke des Staates und seiner Wirtschaft. Sie stellen bloss durch die Zeitumstände für das eigenstaatliche Interesse hervorgerufene Schutzmassnahmen dar.”[551]

[551] BGE 76 II 33 (s. 41 f.). Svensk översättning av förf. i Hjerner, Främmande valutalag, s. 550: ”Visserligen kan ur sådan synpunkt överträdelse av främmande rätt vara relevant även för en schweizisk domstol, nämligen när en rättshandling just på grund av sitt mot den främmande rätten stridande innehåll och syfte även för schweizisk rättsuppfattning framstår såsom stridande mot goda seder. Därvid kunna dock endast sådana främmande normer komma ifråga, vilka enligt allmän rättsuppfattning äro av den vikt att ett överseende med deras överträdelse även i domslandet skulle vara ägnat att framkalla förvirring och förvildning av sedliga begrepp och därmed tillika

Ur Bundesgerichts fylliga domskäl kan snabbt utläsas *att* kringgående av främmande rätt kan strida mot de goda sederna och *att* främmande valutalag och handelspolitiska lagar i allmänhet *inte* uppfyller de krav som ställs för att de goda sederna skall anses vara kränkta samt *att* brott mot narkotika- och slaverilagstiftning i regel anses strida mot de goda sederna.

Den måttstock mot vilka kringgåenden av utländsk rätt skall mätas, anges utan omsvep vara den schweiziska[552] – till skillnad från i tysk praxis (se ovan kap. 5.3.1) ordas inte om ”intressen gemensamma för alla folk”[553] eller ”hela det fria västerlandet”.[554] Ribban har också lagts högt då kringgåendet av utländsk rätt inte endast måste hota den inhemska moralen utan också måste hota den allmänna ordningen i forumstaten (Schweiz). Det senare torde innebära att avtalet måste ha någon form av närmare anknytning till forumstaten, *exempelvis* genom parts hemvist eller fullgörelseort för avtalet. Blotta den omständigheten att schweizisk rätt är tillämplig, exempelvis genom ett lagval, är inte tillräcklig.[555] I praxis från Bundesgericht har ännu inte i något fall ogiltighetssanktionen i art. 20 OR tillgripits mot ett avtal som strider mot utländsk rätt.[556]

störa den allmänna ordningen i domslandet. Det måste alltså läggas en sträng måttstock å normens innehåll och verkningarna av dess överträdande. Den åsidosatta främmande föreskriften måste tjäna till skydd för sådana, individers och den mänskliga gemenskapens, intressen vilka enligt allmän uppfattning äro av fundamental och livsviktig betydelse, eller det måste eljest vara fråga om rättsliga intressen (Rechtsgüter), som enligt etisk åskådning väga tyngre än avtalsfriheten med hänsyn till vilken rättshandlingen eljest vore giltig i domslandet. Dessa förutsättningar uppfyllas t.ex. av statliga föreskrifter mot vit slavhandel och trafik med narkotika. Valutabestämmelser liksom enbart handelspolitiska åtgärder kunna däremot regelmässigt icke anses som normer av sådan betydelse. Enligt sin natur avse dessa tvärtom ingrepp å enskild egendom eller i den enskildes förfogande- och avtalsfrihet till förmån för staten och dess ekonomi. De utgöra endast utav tidsomständigheterna påkallade skyddsåtgärder för den egna statens intressen.” Citatet från s. 41 den aktuella domen. Med ”domslandet” avser Hjerner det jag regelmässigt betecknar ”forumstaten”.

552 Se också Bär, Kartellrecht und IPR, s. 157 m.v.h.

553 BGH 22.6.1972, BGHZ 59, 82.

554 BGH 21.12.1960, BGHZ 34, 169.

555 Bär, Kartellrecht und IPR, s. 158.

556 Nekande i BGE 76 II 33; BGE 80 II 45; BGE 81 II 227.

I underrättspraxis förekommer däremot ett fall avseende smuggling av kaffe till Italien i syfte att undgå tull och ett fall med ett avtal om köp förbundet med förpliktelse till falskt erhållande av tyskt slutförbrukarintyg avseende varor som egentligen var avsedda för export till östblocket (tysk rätt förbjöd export men inte den schweiziska).[557] I båda fallen ansågs avtalen osedliga trots att de egentligen inte stred mot de *schweiziska* goda sederna på annat sätt än att blotta kringgåendet av utländsk lag kunde leda till upplösningen av schweiziska goda seder. I det senare fallet uttalade Handelsgericht St. Gallen: ”Es sollte eine ausländische amtliche Urkunde beschafft werden, um sie zur Erreichung eines Zieles zu missbrauchen, zu dessen Vermeidung solche Urkunden gerade ausgestellt werden. Die Duldung eines solchen Handels wäre geeignet, auch im Inland eine gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe im Rechtsleben hervorzurufen und zu fördern. Die in Frage stehende Nebenabrede erscheint daher nach schweizerischer Auffassung als in hohem Grade sittenwidrig”.[558]

Båda underrättsfallen saknar egentligen någon närmare precisering av varför just *dessa* brott mot *dessa* utländska lagar kunde anses strida mot de schweiziska goda sederna. De ger intrycket av att blotta brottet mot utländsk lag är osedligt. Osedligheten blir då avhängig av en utländsk norm. Utan närmare precisering av *varför* ett brott mot en viss utländsk norm skulle vara osedlig torde dessa underrättsfall stå i strid med Bundesgerichts praxis. Om *varje* brott mot utländska regler är att betrakta som en osedlighet, upprätthålls inte den skillnad mellan schweizisk rätt och utländsk rätt, som Bundesgericht uppställde i *BGE 76 II 40*, i vilket klargjordes att endast avtal i strid mot schweizisk rätt kunde anses vara ”Widerrechtlich”.[559]

[557] Handelsgericht Zürich 9.5.1968, SJZ 1968, s. 354 och Handelsgericht St. Gallen 20.6.1956, SJZ 1958, s. 218.

[558] Handelsgericht St. Gallen, 20.6.1956, SJZ 1958, s. 218 (s. 219). Min översättning: ”En utländsk officiell urkund skulle anskaffas, i syfte missbruka denna för att uppnå ett mål som dylika urkunder särskilt har till syfte att förhindra. Att tåla sådan handel skulle framkalla och befrämja farlig förvirring och förvildning av sedliga begrepp även i Schweiz. Parternas ifrågavarande sidoavtal förefaller därför enligt schweizisk rättsuppfattning i högsta grad strida mot de goda sederna”.

[559] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 172 f.

HJERNER har uttalat att artikel 20 OR måste ”tillämpas av schweizisk domstol även om schweizisk rätt eljest icke vore avtalsstatut. [...] Det etiskt förkastliga måste framstå såsom lika outhärdligt för domslandet, oavsett vilken rätt som eljest må anses som avtalsstatut”.[560] Med modern terminologi skulle det uttryckas som att artikel 20 OR vore en internationellt tvingande regel. Dylika finns det naturligtvis gott om i schweizisk rätt, men uppfattningen att artikel 20 OR skulle ha den karaktären finner inte stöd i vare sig praxis eller doktrin. Tvärtom förefaller den härskande meningen vara att osedligheten skall bedömas enligt moraluppfattningen i lex causae.[561] I stället torde i grova fall ordre public få tillgripas.

Slutligen kan konstateras att det i schweizisk praxis inte finns något fall där utländsk konkurrensrätt bedömts enligt artikel 20 OR. I den utsträckning som *BGE 76 II 33* fortfarande ger uttryck för gällande rätt, torde dock ett brott mot utländsk konkurrensrätt knappast kunna strida mot de schweiziska goda sederna såsom de kommer till uttryck i det aktuella lagrummet.[562] Den måttstock som Bundesgericht slår fast synes vara så sträng att brott mot utländsk konkurrensrätt knappast är att betrakta som stridande mot de goda sederna. Konkurrensbegränsningar kan visserligen ses som något förkastligt men är knappast av samma dignitet som narkotikasmuggling och vit slavhandel. Vidare kan diskuteras om konkurrensrättslig lagstiftning inte är exempel på sådana utländska handelspolitiska lagar, mot vilka Bundesgericht ansåg att det i allmänhet inte stred mot de schweiziska goda sederna att bryta.

6.3.2 Prestationshinder

Artikel 20 OR reglerar också följden av omöjliga avtal. I de fall där främmande rätt förbjuder ett avtal kan det vara omöjligt för en part att prestera. Till skillnad från tysk rätt skiljer inte schweizisk rätt uttryckli-

[560] Hjerner, Främmande valutalag, s. 551.
[561] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 157 m.v.h.; Schwander, Lois d’application immédiate, s. 355 ff.
[562] Slutsatsen förutsätter att Handelsgericht St. Gallens avgörande i SJZ 1958, s. 218 var en enstaka avvikelse från Bundesgerichts praxis.

gen mellan ursprunglig[563] (§ 306 BGB) och efterföljande[564] (§ 275 BGB) omöjlighet.

Det bör framhållas att när utländsk rätt gör det omöjligt eller så ”unzumutbar” att det är att jämställa med omöjlighet att prestera, är det inte fråga om att det enligt schweizisk rätt skulle vara lagstridigt att prestera utan just omöjligt. Den utländska rätten kan göra ett avtal ”unmöglich” men inte ”widerrechtlich” – ”Widerrechtlichkeit” kan endast skapas av lex causae. I konsekvens därmed kan endast utländsk rätt, vars efterlevnad också rent faktiskt i någon utsträckning sanktioneras omöjliggöra ett avtal. Den utländska rätten gör avtalet ogiltigt i egenskap av faktum – inte i egenskap av rätt.[565] Ligger det utanför den utfärdande statens möjlighet att genomföra ett visst förbud, kan avtalet endast ogiltigförklaras på den grunden att det eventuellt strider mot de schweiziska goda sederna. En annan sak är att en schweizisk domstol för att kunna avgöra om omöjlighet föreligger också måste tolka den utländska rätten för att kunna slå fast om den verkligen förbjuder avtalet. Det är för den skull inte fråga om tillämpning.

Av naturliga skäl är det vid frågan om vem som skall stå risken för omöjligheten av stor vikt om den var känd, borde ha varit känd eller i vart fall hade kunnat förutses av någon av parterna. Så har i *BGE 88 II 203* part som utlovat prestation i vetskap om att den var omöjlig (förbjuden) också fått stå risken därför – närmast ett fall av svek.[566] Det ligger i sakens natur att det är lättare att känna till ett redan existerande förbud än att förutse ett efterföljande. Det är dock tänkbart att part förorsakar utländska myndigheters ingripande, inte ser till att skaffa undan varan i tid innan ett förbud träder i kraft eller i övrigt hade haft möjlighet att informera sig om viss förestående lagstiftning. För fullständig befrielse torde krävas att en efterföljande omöjlighet måste ha varit mycket svår att förutse.[567]

Hur schweizisk rätt valt att närmare reglera ansvaret för olika slag av omöjlighet mellan parterna är i första hand ett civilrättsligt pro-

[563] För exempel på fall där utländsk rätt utgjort ursprunglig omöjlighet BGE 42 II 379; BGE 45 II 37.
[564] För exempel på efterföljande omöjlighet se BGE 43 II 225; BGE 111 II 352.
[565] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 50 m.v.h.
[566] Heini, ZSR 1981, s. 70.
[567] Jfr. BGE 57 II 508 (som dock ej handlar om utländsk rätt som prestationshinder) och Kantonsgericht Graubünden 20.6.1947, SJZ 1951, s. 79.

blem. Av intresse för denna internationellt privaträttsliga framställning är huvudsakligen att utländsk rätt överhuvudtaget kan beaktas såsom omöjlighet inom ramen för lex causae.

> I sammanhanget bör också nämnas art. 501 st. 4 OR ”Wird die Leistungspflicht eines im Ausland wohnhaften Hauptschuldners durch die ausländische Gesetzgebung aufgehoben oder eingeschränkt, wie beispielsweise durch Vorschriften über Verrechnungsverkehr oder durch Überweisungsverbote, so kann der in der Schweiz wohnhafte Bürge sich ebenfalls darauf berufen, soweit er diese Einrede nicht verzichtet hat”. I artikeln förutsätts att utländsk lagstiftning kan befria en gäldenär från prestationsplikt eftersom det stadgas att borgensman har samma rättigheter till befrielse som denne. M.a.o. ansvarar borgensmannen endast för borgenärens oförmåga att betala på grund av dålig ekonomi och inte när denna oförmåga beror på yttre omständigheter såsom valutalagstiftning o. dyl. Det är oklart om det spelar någon roll om den utländska lagstiftningen strider mot ordre public.[568] Bestämmelsen kan också ses som ett fall av säranknytning av utländsk rätt.[569]

6.4 Säranknytning av utländska internationellt tvingande regler

6.4.1 Introduktion till artikel 19 IPRG

I arbetet med IPRG lät sig schweizarna inspireras av artikel 7 Romkonventionen om internationellt tvingande regler (se nedan kap. 10.7.3). I dittillsvarande schweizisk rättspraxis hade säranknytning uttryckligen avvisats, varför artikel 19 IPRG om säranknytning av internationellt tvingande regler i utländsk rätt kom att innebära ett brott med tidigare inställning.[570] Artikel 19 lyder:

[568] Jakande Berner Kommentar-Giovanoli, Art. 501, Rdnr. 8 (s. 153). Se Schwander, Sonderanknüpfung, s. 321 och Bär, Kartellrecht und IPR, s. 130 not 239 m.v.h. för inlägg för och emot.
[569] Schwander, Lois d’application immédiate, s. 321.
[570] BGE 51 II 303; BGE 76 II 33. Banat vägen hade säkerligen också tungt vägande inlägg i doktrinen av Bär, Kartellrecht und IPR (1965) och Schwander, Lois d’application immédiate (1975) gjort.

(1) Anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, kann die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will, berücksichtigt werden, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist.

(2) Ob eine solche Bestimmung zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung.[571]

Artikel 19 var den enda bestämmelsen i IPRG (bortsett från kapitlet om internationellt skiljeförfarande, som huvudsakligen angreps med argument som hänförde sig till frågan om maktdelningen mellan federation och kantoner) som på allvar var hotad i parlamentsbehandlingen av lagförslaget. Artikelns ordalydelse urvattnades därför en smula och ”nationaliserades” genom att ett rekvisit infördes med krav på att de utländska reglerna också skulle ligga i linje med schweizisk rättsuppfattning.[572]

6.4.2 Lagvalsregelns metod och struktur

6.4.2.1 Regler med tillämpningsanspråk

Artikel 19 tar sikte på tredje länders internationellt tvingande regler, dvs. regler som varken tillhör lex causae eller lex fori. Artikeln begränsar sig inte till enbart offentligrättsliga utländska regler utan tar sikte på tvingande regler[573] i den främmande rätten. Med ”tvingande regler” får förstås internationellt tvingande regler eftersom en förutsättning för deras tillämpning, enligt lagtexten, är att de ”vill” tillämpas på situatio-

[571] Engelsk översättning i Karrer/Arnold, Switzerland’s PIL Statute 1987: ”(1) A provision of a law other than the one designated by this Statute that is meant to be applied mandatorily may be taken into account if interests of a party that are according to Swiss views legitimate and clearly overriding so require and the case is closely connected to that law. (2) Whether such a provision should be taken into account depends on its policy and its consequences for a judgment that is fair according to Swiss views”.

[572] Schwander, Einführung in das IPR, s. 252.

[573] Tyska: zwingende Bestimmung; franska: disposition impérative; italienska: norma di applicazione necessaria.

nen ifråga. ”Vill” de tillämpas på en situation i vilken ett annat lands lag är tillämplig är de naturligtvis också internationellt tvingande.

Utgångspunkten förblir att de internationellt tvingande reglerna i lex causae skall användas. Det framgår av det inledande uttrycket i artikel 19: ”Anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird”.[574] Artikeln aktualiseras först som ett andra steg i undersökningen.[575]

Bestämmelsen innebär att ett unilateralistiskt angreppsätt anläggs. Artikeln frågar inte efter ett visst rättsförhållandes säte och dess plats i rummet utan tar sikte på den utländska regelns egna tillämpningsanspråk.[576] Huruvida en viss utländsk regel ”vill” tillämpas får bland annat avgöras utifrån dess egna avgränsningsregler för bestämmelsen i fråga.[577] Det är nu inte alltid den lättaste uppgiften. Endast en liten del av alla internationellt tvingande regler är också uttryckligen utrustade med bestämmelser om sin tillämplighet i rummet. Att utröna vilka territoriella tillämpningsanspråk en viss given regel har kan i vissa fall alltså bli en grannlaga uppgift.[578] Situationen underlättas dock på konkurrensrättens område av att det i många rättsordningar finns uttryckliga avgränsningsregler, (jfr. § 98 st. 2 GWB) rättspraxis och litteratur.

[574] Engelsk översättning i Karrer/Arnold, Switzerland’s PIL Statute 1987, s. 44: ”other than the law designated by this Statute”

[575] Det åskådliggörs bl.a. av det hanteringsschema för lösning av IP-problem som Schwander bifogar sin lärobok. Där kommer visserligen artikel 19 inte in som ett andra steg utan som ett nittonde, men så innehåller Schwanders schema också en mer eller mindre fullständig genomgång av allt man bör tänka på när man löser ett internationellt privaträttsligt problem. Se Schwander, Einführung in das IPR, s. 355 ff.

[576] Rigaux, RabelsZ 1988, s. 136.

[577] Blott det faktum att de allmänna internationellt privaträttsliga reglerna i utfärdarstaten utpekar det egna landets rätt som tillämplig, är inte tillräckligt för att ”användningsvilja” enligt artikel 19 IPRG skall anses föreligga.

[578] Se för detta problem Siehr, RabelsZ 1988, s. 92, som anser att den utländska internationellt tvingande regeln skall lämnas utan avseende på om det inte går att utröna om den ”vill” bli tillämpad på rättsförhållandet i fråga.

6.4.2.2 Nära anknytning

Artikel 19 IPRG förutsätter vidare att rättsförhållandet också uppvisar en nära anknytning[579] till den berörda rättsordningen. Här är det fråga om att inskränka den praktiskt omöjliga uppgiften att granska all världens rättsordningar för att se om de inte ”vill” bli tillämpade och tjänar därför bland annat ett processekonomiskt syfte.[580]

Praxis kommer att bli tvungen att utveckla ett visst antal typiska anknytningsmoment (de kan vara flera för ett och samma rättsområde), som grundar sig på vad som kan anses vara typiska och internationellt erkända tillämpningsanspråk för lagstiftning av ett visst slag. I litteraturen har föreslagits platsen för hyresobjektet avseende hyresrättsliga internationellt tvingande regler. Likaledes har en rei sitae-princip föreslagits för regler om exportförbud för kulturföremål; för arbetarskyddsrättsliga bestämmelser – orten där arbetet utförs; regler om svagpartsavtal – den svagare partens vanliga vistelseort; valutaskyddsbestämmelser – det land vars valuta skall skyddas; för konkurrensrättsliga bestämmelser – den omedelbart berörda marknaden; för importförbud – den faktiska uppfyllelseorten.[581]

Kravet på nära anknytning innebär att till en unilateralistisk metod kopplas en bilateral ansats, som syftar till att dra upp gränser för den förra. Den bilaterala lagvalsregeln får karaktäriseras som osjälvständig, då den inte själv avgör vilket lands lag som skall tillämpas utan endast tjänar till att förtydliga en annan lagvalsregel.[582]

6.4.2.3 Resultatanalys

Beaktandet av tredje länders internationellt tvingande regler är vidare avhängigt av att dessa ”enligt schweizisk rättsuppfattning tjänar en av

[579] Tyska: ”enge Zusammenhang”; franska: ”lien étroit”; italienska: ”strettamente connessa”.
[580] Vischer, RabelsZ 1989, s. 451. Denna begränsning spelar desto större roll i Schweiz eftersom IPRG tämligen strikt håller på principen att domstolen ex officio skall tillämpa utländsk rätt. Domstolen har också att ex officio fastställa innehållet i utländsk rätt, art. 16 IPRG.
[581] IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 19, N 14 (s. 212).
[582] Se för termen ”osjälvständig lagvalsregel” Schnyder, Einführung in das IPR, s. 91.

parternas skyddsvärda och uppenbart övervägande intressen".[583] Här bör omedelbart påpekas att de olika språkversionerna skiljer sig åt på en väsentlig punkt. Den franska versionen innehåller inte den viktiga preciseringen att det skall vara fråga om en *parts* uppenbart övervägande intressen.

Alla tre språkversioner har samma giltighet, men det har hävdats att i just detta fall den franska versionen borde tillmätas extra tyngd eftersom det var den som nationalrådet hade som underlag vid sin slutbehandling av lagtexten.[584] I motsatt riktning har hävdats att det är fråga om ett misstag och att de tyska och italienska versionerna borde ges företräde. Partsintresset fanns med i den franska version som behandlades av Ständerat 1985 men hade fallit bort i den version som behandlades av Nationalrat 1986.[585]

Emot att tillmäta parters intressen extra vikt, talar att artikel 19 IPRG bland annat har till syfte att förhindra att parter undandrar sig främmande rätt genom i och för sig tillåtna lagval.[586] I litteraturen har SCHNYDER föreslagit att partsintresset skulle kunna förhindra en kumulativ tillämpning av flera länders internationellt tvingande regler i de fall då det aktualiseras på den grunden att ett visst förhållande faller under flera länders reglers tillämpningsområde. Det lands lag som också gynnar partsintresset skulle därvid ges företräde.[587]

Vad beträffar kravet att den utländska regeln skall överensstämma med schweiziska intressen – ett krav som tillkom under parlamentsbehandlingen[588] och återfinns i såväl första som andra stycket – måste det läsas ihop med kravet på överensstämmelse med partsintresset (om nu detta krav skall anses överhuvudtaget föreligga). Kravet innebär att tillämpning av den utländska regeln skall innebära vad som en-

[583] Min översättning. Tyska: "schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei"; franska: "intérêts légitimes et manifestement prépondérants"; italienska: "interessi degni di protezione e manifestamente preponderanti di una parte". Engelsk översättning i Karrer/Arnold, Switzerland's PIL Statute 1987, s. 44: "interests of a party that are according to Swiss views legitimate and clearly overriding".
[584] Vischer, RabelsZ 1989, s. 453; IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 19, N 17 (s. 213).
[585] Schnyder, Wirtschaftskollissionsrecht, s. 204 not 199.
[586] Schwander, Einführung in das IPR, s. 253.
[587] Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, s. 271.
[588] Schwander, Einführung in das IPR, s. 252.

ligt schweizisk rättsuppfattning är bra för åtminstone en av parterna. Lagvalsregeln har sålunda ett klart materiellrättsligt element, ett fall av ”better law approach” som i detta fall också utgör en resultatorienterad lagvalsregel.[589] Det anses vidare inte heller nödvändigt att den utländska regeln ligger helt i linje med schweiziska statens intressen om dess tillämpning leder till en rättvis lösning i det konkreta fallet.[590]

6.4.2.4 Normledet

I likhet med Romkonventionens artikel 7.1 föreskriver artikel 19 IPRG inte ”tillämpning” av tredje länders regler utan öppnar för deras ”beaktande”.[591] Varför står där inte ”tillämpa”?[592] Svaret på den frågan får sökas i den metod som används. Regler som säranknyts enligt artikel 19 rycks ut ur sitt sammanhang. Det är endast vissa internationellt tvingande regler i ett visst lands lag som säranknyts medan i övrigt ett annat lands lag förblir tillämplig i sin helhet (jfr. art. 13 IPRG). Eftersom dessa regler har ryckts ut ur sin kontext kan det inte bli fråga om att ”tillämpa” dem fullt och lojalt enligt den främmande rätten.

De flesta internationellt tvingande regler som kan komma att aktualiseras torde innehålla ett förbud mot eller ett krav på tillstånd för en viss aktivitet. Det som särankyts är ett visst sakförhållandes rättsstridighet – inte nödvändigtvis följderna av denna rättsstridighet, såsom olika former av ogiltighet, återgång av avtal, straffbestämmelser och dylikt. Konsekvenserna för ett visst rättsförhållande av denna rättsstridighet har domstolen själv att fördela. Det kan innebära att den,

[589] För materiellrättsligt element se Vischer, General Course on PIL, s. 116 ff., särskilt s. 122 avseende art. 19. För ”better law approach” se Leflar/Mc Dougal/Felix, American Conflicts Law, s. 297 ff.; Leflar, New York University L. Rev., Vol. 41, s. 455 ff. samt dens., Cal. L. Rev., Vol. 54, 1966, 1587 ff.

[590] Vischer, RabelsZ 1989, s. 452; IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 19, N 19 ff. (s. 213 f.).

[591] Tyska: ”Berücksichtigung”; franska: ”prise en considération”; italienska: ”tener conto”. Engelsk översättning i Karrer/Arnold, Switzerland’s PIL Statute 1987, s. 45: ”take into account”. I Romkonventionens art. 7.1 talas om ”tillerkännas verkan” och ”give effect”.

[592] IPR-Gesetz begagnar sig vanligtvis av terminologin att sakförhållandena i lagvalsregelns tillämpningsled ”unterstehen dem Recht”; ”sont régies par le droit de”; ”sono regolate dal diritto”, vilket i Karrer/Arnold, Switzerland’s PIL Statute 1987 genomgående översätts med ”are governed by the law of”.

för att uppnå materiell rättvisa, jämkar ett avtal, som om internationellt tvingande regler skulle ”tillämpas fullt ut” är ogiltigt i sin helhet. Därvid är domstolen inte, som är fallet vid en materiellrättslig metod (se ovan kap. 6.3), bunden av lösningar i lex causae utan har större frihet att laga efter billighet.[593]

Slutligen bör påpekas att regeln är fakultativ till sin karaktär. Tredje länders internationellt tvingande regler *kan* beaktas.

6.5 Särskilt om utländsk konkurrensrätt

6.5.1 Inledning

Den schweiziska internationella privaträtten är unik såtillvida att den som enda rättsordning i världen innehåller ett uttryckligt stadgande om tillämpning av utländsk konkurrensrätt. I artikel 137 IPRG regleras frågan om lagval för skadeståndsanspråk på grund av konkurrensbegränsningar. Frågor om avtalsrättsliga anspråk på grund av konkurrensbegränsningar (exempelvis avtals ogiltighet) regleras huvudsakligen av avtalsstatutet, varvid tredje länders konkurrensrättsliga regler kan säranknytas över artikel 19 IPRG.[594]

6.5.2 Skadeståndsanspråk (art. 137 IPRG)

Artikel 137 IPRG, som reglerar lagval avseende utomobligatoriska skadeståndsanspråk på grund av konkurrensbegränsningar, lyder som följer:

> (1) Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist.
>
> (2) Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leis-

[593] Schwander, Einführung in das IPR, s. 254.
[594] IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 137, N 1, 6 (s. 1192 f.).

tungen zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären.[595]

6.5.2.1 Kvalifikation

Inledningsvis vållar kvalifikationsfrågan vissa problem. Artikelns tillämpningsled[596] utgörs av ”[skadeståndsanspråk på grund av konkurrensbegränsningar”[597] om vars betydelse det råder viss osäkerhet.

Vad beträffar begreppet ”anspråk” får anses stå klart att artikel 137 endast avser privaträttsliga utomobligatoriska skadeståndsanspråk och att utländsk konkurrensförvaltnings- och konkurrensstraffrätt inte finner tillämpning. Gränsdragningen är väl inte alltid enkel att göra men i vart fall torde olika former av viten och böter, vilka skall utbetalas till nationella myndigheter vara uteslutna från artikelns tillämpningsområde.[598] Vidare är artikeln som sagts inte heller tillämplig på inomobligatoriska skadeståndsanspråk eller skadeståndsanspråk på bolagsrättslig grund.[599] Det senare framgår av artikelns placering inom IPRG:s systematik. Förenklat sett torde artikeln omfatta utomobligatoriska skadeståndsanspråk mellan enskilda.

Begreppet ”konkurrensbegränsningar” har i doktrinen lett till viss oenighet. BÄR har uttalat att därmed bör förstås rättsliga spörsmål av de slag som regleras i den schweiziska konkurrenslagen, Kartellgesetz (KG). Därmed skall förstås lagens materiella tillämpningsområde i allmänhet och inte en begränsning till de förhållanden som förbjuds i KG.[600] Denna hänvisning till relevant materiell rätt kan tjäna som

[595] Engelsk översättning i Karrer/Arnold, Switzerland’s PIL Statute 1987, s. 128: ”(1) Claims of restraint of competition are governed by the law of the country in whose market the restraint directly affects the damaged party. (2) If claims of restraint of competition are governed by foreign law, no damages can be awarded in Switzerland beyond those that would be awarded under Swiss law in case of an unlawful restraint of competition.”
[596] För terminologin se ovan kap. 3.4.1.
[597] Tyska: ”Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung”; franska: ”prétentions fondées sur une entrave à la concurrence”; italienska: ”pretese derivanti da ostacoli alla concorrenza”.
[598] IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 137, N 5 (s. 1193).
[599] Esseiva, ZvglRWiss 1995, s. 81.
[600] Bär, FS Moser, s. 162.

vägledning för schweiziska rättstillämpare men bestämmelsen måste emellertid tolkas fritt från KG.[601]

Just av hänsyn till svårigheten att begränsa begreppet har SCHWANDER föreslagit ett undantag från grundregeln i schweizisk rätt att kvalifikation sker enligt lex fori. Kvalifikation av konkurrensbegränsningar skulle istället göras enligt lex causae.[602] Schwanders förslag förefaller utgå ifrån att artikel 137 IPRG är ett fall av säranknytning enligt unilateralistiska principer och inte en bilateral lagvalsregel. I fall av säranknytning av internationellt tvingande regler är det naturligt att se på lex causae in spe för att avgöra om en viss regel är exempelvis internationellt tvingande och också tillämplig på det konkreta fallet. Väljer man att istället ha en bilateral lagvalsregel synes det klokt att hålla sig till den vedertagna ordningen för kvalifikation. Schwander förefaller också vara ganska ensam om sin inställning till kvalifikationen.[603]

6.5.2.2 Hänsynstagande till den främmande rättens tillämpningsanspråk

Lagvalsregeln i artikel 137 IPRG är till sin natur bilateral. Utifrån ett visst anknytningsmoment – den stats marknad på vilken den skadelidande är omedelbart berörd – kan den tillämpliga lagen vara antingen schweizisk eller utländsk.[604] Härskande mening är dock att hänsyn skall tas till om den främmande regeln gör anspråk på tillämpning (se. den mer utförliga teoretiska diskussionen om eventuella problem med att göra så nedan i kap. 10.3.2.1)[605]

[601] Delvoigt, Wettbewerbsbehinderungen, s. 14.
[602] Schwander, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, s. 382.
[603] Renold, Les conflits de lois en droit antitrust, s. 199 och Delvoigt, Wettbewerbsbehinderung, s. 109 förhåller sig avvisande.
[604] Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 118 benämner regeln ”a bilateralization of the effects doctrine”; Renold, Les conflits de lois en droit antitrust, s. 195 f. hävdar att: ”[l]’article 137 LDIP est en effet le seul exemple d’un règle de rattachement bilatérale en matière antitrust”; Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, s. 235 ser regeln som en: ”allseitige Beachtung (Bilateralisierung) des Auswirkungsprinzips”; Esseiva, ZvglRWiss 1995, s. 80 ”allseitig ausgestaltet”.
[605] Schwander, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, s. 385; Vischer, RabelsZ 1989, s. 444; Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, s. 238; Bär, FS Moser, s. 163 f.; Delvoigt, Wettbewerbsbehinderungen, s. 110 f.; IPRG-Kommentar, Vischer, Art. 137, N 13 (s. 1195).

Enligt BÄR avgör den schweiziska internationella privaträtten autonomt huruvida det är lämpligt att tillämpa en utländsk konkurrensrättsregel. Gör en utländsk konkurrensrättslig regel anspråk på tillämpning i ett fall där den enligt artikel 137 IPRG inte är det finner den inte tillämpning. Om artikel 137 IPRG hänvisar till en utländsk konkurrensrätt, som emellertid förklarar sig territoriellt inte tillämplig, gäller att något skadeståndsanspråk inte kan föreligga.[606]

SCHWANDER anser också att hänsyn skall tas till den utländska regelns tillämpningsanspråk. Han grundar sitt ställningstagande på artikel 13 IPRG, vilken han hävdar skall tolkas så att hänvisning till utländsk rätt innebär alla bestämmelser "die nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind".[607] DELVOIGT kritiserar den tolkningen av artikel 13 IPRG, vilken han anser endast avser frågor om den utländska regelns materiella och temporala tillämpning. I standardverket på området hävdas också att artikel 13 även omfattar utländska reglers bestämmelser om sitt territoriella tillämpningsområde, dvs. att hänsyn skall tas till deras tillämpningsanspråk.[608]

SCHNYDER ansluter sig men hävdar istället att det följer av själva anknytningsmomentet i artikel 137 IPRG att hänsyn skall tas till den utländska lagens tillämpningsområde. En skadelidande är inte omedelbart berörd om inte den stat på vars marknad konkurrensbegränsningen har effekt har intresse av att dess konkurrensrättsliga regler tillämpas.[609]

6.5.2.3 Anknytningsmomentet

Tillämpningen av utländsk konkurrensrätt bygger på den s.k. effektprincipen. Tillämplig lag på skadeståndsanspråk grundade på konkurrensbegränsningar är lagen i den stat på vars marknad konkurrensbegränsningen har haft omedelbar effekt. Marknadsbegreppet är inte nödvändigtvis kopplat till en enskild stat utan kan även utgöras av en

606 Bär, FS Moser, s. 163 f.
607 Schwander, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, s. 385. Franska: "qui d'après ce droit sont applicables à la cause"; italienska: "che, giusta tale diritto, si applicano alla fattispecie".
608 IPRG-Kommentar-Heini, Art. 13, N. 7 (s. 105).
609 Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, s. 238.

viss rättsordnings tillämpningsområde, såsom exempelvis EG:s konkurrensrätt.[610]

Det vore enkelt att fastställa vilken marknad som är berörd om marknaden, dvs. sammanfallandet av anbud och efterfrågan, alltid fanns på en geografiskt begränsad plats såsom en marknadsplats eller börs. Så är emellertid sällan fallet. Ofta utspelar sig detta sammanfallande inom ett geografiskt utsträckt rum, som särskilt i de här intressanta fallen sträcker sig över landsgränserna. Anbud och efterfrågan, konkurrensbegränsare och drabbade befinner sig ofta inte i samma stat.[611] I litteraturen har förespråkats att en konkurrensbegränsning skall anses ha effekt där efterfrågan finns, dvs. där de drabbades potentiella kunder finns och sålunda inte där den skadelidande själv befinner sig.[612]

Vidare gäller ett omedelbarhetsrekvisit för tillämpningen av artikel 137 IPRG. Funnes inte det skulle någon form av påverkan på konkurrensen kunna spåras till ett stort antal stater och regeln skulle bli mycket svår att praktiskt tillämpa och leda till rättsosäkerhet. Indirekta störningar, dvs. störningar av marknaden som endast är en följd av störningar på en annan marknad är irrelevanta för frågan om vilket lands konkurrensrätt som skall tillämpas. Exempelvis gäller att om medlemmar av en schweizisk kartell bojkottar en grossist på den schweiziska marknaden, skall schweizisk konkurrensrätt tillämpas även om bojkotten påverkar grossistens förmåga att exportera till andra marknader. Om bojkotten av grossisten däremot uteslutande avser klockor ämnade för export till den amerikanska marknaden, bör den amerikanska marknaden anses omedelbart berörd och amerikansk rätt tillämpas.[613]

[610] IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 137, N. 10 (s. 1194).
[611] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 366 ff.
[612] IPRG-Kommentar, Vischer, Art. 137, N. 10 (s. 1194); Delvoigt, Wettbewerbsbehinderungen, s. 40 ff.; Bär, FS Moser, s. 167 ff. Just den lösningen använde Bundesgericht i BGE 93 II 192 vid frågan om den schweiziska konkurrensrättens territoriella tillämplighet. I fallet tillämpades schweizisk konkurrensrätt på två förläggare – den ena med säte i Frankrike, den andra med säte i Schweiz – som mellan sig delat upp tidskriftsmarknaden i fransktalande Schweiz. Efterfrågan fanns i Schweiz.
[613] Exemplen från Renold, Les conflits de lois en droit antitrust, s. 117. Se även Delvoigt, Wettbewerbsbehinderungen, s. 53 ff. för fler exempel.

Genom omedelbarhetsrekvisitet förhindras i regel tillämpning av kärandens rätt när denna befinner sig utanför ”marknadsstaten”. Blotta påverkan på kärandens förmögenhet är inte tillräckligt för att uppfylla kravet på omedelbarhet. Det kan emellertid naturligtvis tänkas att en konkurrensbegränsning leder till en omedelbar påverkan på flera marknader och en ”distributiv” tillämpning är då inte utesluten, dvs. flera skadeståndsanspråk grundade på olika länders rätt.[614]

6.5.2.4 Begränsningar av skadeståndsanspråk

Enligt artikel 137 st. 2 kan en skadelidande endast erhålla i skadestånd vad han också kan tillerkännas enligt schweizisk rätt. Begränsningen tar enbart sikte på rättsföljden och inte på själva frågan om rättsstridighet (såsom är fallet med tyska art. 38 EGBGB[615]). Vad som avses med begränsningen är enligt VISCHER, BÄR och SCHNYDER dels en begränsning av själva gottgörelseprestationens kvantitet, dels av dess kvalitet, dvs. former av sanktioner som är främmande för den schweiziska rätten. Det senare framgår tydligare av den franska versionen av artikel 137 st. 2 IPRG ”on ne peut accorder en Suisse *d'autre* indemnités” och även av den italienska ”soltano nella *misura* prevista in simili casi” (mina kursiveringar). Därmed utesluts i första hand extrema former av ”punitive damages” och andra typer av skadestånd som kan sägas vara av straffrättslig karaktär.[616] SCHWANDER, DELVOIGT och TRUTMAN företräder däremot ståndpunkten att begränsningarna i artikel 137 st. 2 IPRG endast avser skadeståndets höjd.[617]

[614] IPRG-Kommentar, Vischer, Art. 137, N. 11 (s. 1195); Renold, Les conflits de lois en droit antitrust, s. 205.
[615] Art. 38 EGBGB lyder: ”Aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet wird”. Den tyska bestämmelsen tillkom under andra världskriget för att hindra stämningar i tysk domstol mot tyska soldater som gjort sig skyldiga till diverse vidrigheter i sin framfart i ockuperade länder. Den dittilsvarande oinskränkta lex loci delicti-principen hade annars lett till tillämpningen av utländsk rätt i tyska domstolar. Regeln har sedan dess fått vara kvar.
[616] IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 137, N. 17 f. (s. 1197); Bär, FS Moser, s. 160; Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, s. 237.
[617] Schwander, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, s. 387; Delvoigt, Wettbewerbsbehinderungen, s. 118; Trutmann, Deliktsrecht, s. 80.

6.5.3 Avtalsrättsliga anspråk

6.5.3.1 Konkurrensrättsliga bestämmelser i avtalsstatutet

Av intresse i detta sammanhang är främst frågan om tillämplig lag på spörsmålet om avtals lagstridighet. Till skillnad från vad som gäller för skadeståndsanspråk finns ingen särskild reglering om detta i IPRG. Istället får frågan bedömas enligt den lag som är tillämplig på det konkurrensbegränsande avtalet eller möjligtvis säranknytas genom artikel 19 IPRG.

Huvudregeln i avtalsförhållanden är att parternas lagval avgör tillämplig lag, artikel 116 st. 1 IPRG. Partsautonomi förutsätter förhandenvaron av ett internationellt rättsförhållande, vilket kan antas om det konkurrensbegränsande avtalet avser en utländsk marknad. Om inget lagval har skett tillämpas lagen i det land där den part som skall uppfylla den för avtalet karaktäristiska prestationen har sin vanliga vistelseort eller säte, artikel 117 st. 2 IPRG. Vilken prestation som är att betrakta som karaktäristisk för ett konkurrensbegränsande avtal kan emellertid vara svårt att generellt slå fast, då ofta flera parter genom avtalet åläggs plikter som kan betraktas som karaktäristiska.[618]

I de fall ingen karaktäristisk prestation kan fastställas, får presumtionen i artikel 117 st. 2 IPRG att den karaktäristiska prestationen ger uttryck för ett nära geografiskt sammanhang med ett visst land frångås, jfr. artikel 117 st. 1 IPRG. Som kriterium för till vilken rättsordning ett konkurrensbegränsande avtal har närmast anknytning skulle effektorten kunna användas. En generell anknytning till effektorten torde emellertid strida mot kravet att i varje enskilt fall ta hänsyn till de konkreta omständigheterna.[619]

6.5.3.2 Säranknytning av utländsk konkurrensrätt

Främmande staters konkurrensrättsliga bestämmelser som inte härstammar från kontraktsstatutet kan endast finna tillämpning i den utsträckning det medges av artikel 19 IPRG. Då denna artikel beskrivits mer utförligt ovan (kap. 6.4) tar framställningen nedan endast sikte på

[618] Delvoigt, Wettbewerbsbehinderungen, s. 174 f. Se nedan i kap. 10.3.2.2 om lagval för olika slags konkurrenshindrande avtal.
[619] Delvoigt, Wettbewerbsbehinderungen, s. 175.

sådant som är specifikt för säranknytning av konkurrensrättsliga regler.

En första förutsättning för säranknytning av utländsk konkurrensrätt är naturligtvis att avtalet faller under den utländska konkurrenslagstiftningens tillämpningsområde. Konkurrensrätten utgör lyckligtvis ett av de rättsområden där det i många länders lag och rättspraxis överhuvudtaget givits svar på frågan om den egna rättens territoriella tillämpningsområde.

Artikel 19 IPRG förutsätter vidare en nära anknytning mellan rättsförhållandet och den rättsordning vars konkurrensrätt gör anspråk på tillämpning. Särskilt för konkurrensrättens del har DELVOIGT föreslagit att förutom den omedelbart berörda marknaden, avtalsparternas hemvist (säte) skall anses utgöra en nära anknytning, försåvitt något av parternas hemvistlag inte redan utgör avtalsstatut.[620] Vidare har VISCHER föreslagit att avtalets effekt på den omedelbart berörda marknaden i sig skall anses utgöra nära anknytning.[621]

Yttermera gäller att tillämpningen av främmande konkurrensrätt skall tjäna en av parternas skyddsvärda och uppenbart övervägande intressen. Särskilt beaktansvärt är därvid naturligtvis eventuella ur den främmande konkurrensrätten härrörande plikter, vilka förhindrar avtalets fullgörande – dvs. den främmande rätten utgör ett prestationshinder. I likhet med vad som i schweizisk materiell rätt gäller för frågan om omöjlighet (se ovan kap. 6.3.2) gäller enligt härskande mening att hänsyn bör tas till parts möjlighet att förutse omöjligheten.[622] BÄR har dock hävdat att eftersom den främmande rätten vid en säranknytning bibehåller sin karaktär av *rätt* och inte enbart är ett *faktum*, blir avtalet ogiltigt i den utsträckning det enligt den främmande rätten är ogiltigt. Enligt honom kan det därmed endast bli möjligt att via *culpa in contrahendo* i avtalsstatutet beakta eventuell vetskap om olagligheten.[623]

Vad slutligen beträffar frågan om *hur* den utländska konkurrensrätten skall beaktas, kan sägas att domstolarna därvid givits stor frihet

[620] A.a., s. 176.

[621] IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 19, N 14 (s. 212).

[622] Se Heini, ZSR 1981, s. 70; Morscher, Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse, s. 105; Siehr, RabelsZ 1988, s. 94; Vischer, RabelsZ 1989, s. 452.

[623] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 180. Det bör dock påpekas att Bärs i sig stringenta resonemang från 1965 avsåg tillämpning av främmande konkurrensrät och inte som enligt artikel 19 IPRG ”beaktande”.

att laga efter lämplighet. Förutom vad som redan sagts ovan om beaktande (kap. 6.4.2.4) kan tilläggas att särskilt i de fall där flera utländska konkurrensrättsordningar gör anspråk på tillämpning, bör den domstolen endast beakta dessa i den utsträckning avtalet rör respektive utländsk marknad. En i en utländsk konkurrensrätt föreskriven ogiltighet för en viss avtalsklausul, skall i dylika fall endast anses påverka avtalets fortlevnad i förhållande till den marknaden. I övrigt kan avtalet eventuellt kvarleva. Frågan om i vilken utsträckning partiell ogiltighet av avtalet påverkar avtalets överlevnad får däremot avgöras i enlighet med avtalsstatutet.[624]

[624] Delvoigt, Wettbewerbsbehinderungen, s. 185.

7 USA

[T]he average judge, when confronted by a problem in the conflict of laws, feels almost completely lost, and, like a drowning man, will grasp at a straw.[625]

7.1 Inledning

Precis som fallet är beträffande tysk och schweizisk rätt, har jag inte lyckats finna något rättsfall där en amerikansk domstol ogiltigförklarat ett avtal på den grund att det strider mot ett för domstolen utländsk konkurrensrätt eller utdömt skadestånd för brott mot densamma. Förklaringen kan nog ligga i att den amerikanska konkurrensrätten har tämligen långtgående tillämpningsanspråk, dvs. att kraven på anknytning till USA inte, för tillämpligheten av amerikansk konkurrensrätt, är överdrivet höga, samt naturligtvis att de höga skadeståndena gör det förmånligare för part att yrka på tillämpning av den amerikanska konkurrensrätten än att yrka på tillämpling av någon annan konkurrenslag.

7.1.1 Delstatlig eller federal rätt

Ett kapitel om USA:s internationella privaträtt låter sig egentligen inte skrivas. Varje amerikansk delstat har sitt eget rättssystem och just in-

[625] Utsaga av Justice Cardozo till W.W. Cook, återgiven i Cook, The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, s. 152.

ternationell privaträtt regleras huvudsakligen på delstatlig nivå, inom de gränser som den federala konstitutionen utstakar. Vissa internationellt privaträttsliga frågor regleras dock exklusivt genom internationella traktater och federal rätt.[626]

Amerikanska lagvalsregler skiljer i teorin inte på fall med internationell anknytning och fall med anknytning till en annan delstat.[627] Det gör att samma lagvalsregler och -metod kan komma att tillämpas på frågor med anknytning till flera delstater och frågor med internationell anknytning. En viktig skillnad är att vissa konstitutionella rättigheter i internationella fall inte garanteras i samma utsträckning som när rättsförhållandet berör två eller flera delstater.[628]

I tvistemål där parterna har hemvist i olika länder eller delstater och yrkandet avser ett belopp högre än 75 000 dollar skall tvisten tas upp av federal domstol (diversity jurisdiction).[629] Därvid gäller dock att den federala domstolen har att tillämpa den lagvalsmetod som används av delstatsdomstolarna i den delstat där den är belägen – den skall agera som vore den delstatens högsta domstol.[630] Den tillämpar dock federala processregler, varför det blir viktigt att skilja mellan ”substance” och ”procedure”.

7.1.2 Den amerikanska metodpluralismen

7.1.2.1 Bakgrunden

Uppgiften att försöka skriva ett enda sammanhållet kapitel om amerikansk internationell privaträtt underlättas av att det ändå inte är fråga om 50 helt olika system för den internationella privaträtten. Liksom den internationella privaträtten i olika europeiska stater uppvisar stor likhet finns också många likheter mellan de amerikanska delstaternas internationella privaträtt. Skillnaderna får dock allmänt anses vara stör-

[626] Scoles/Hay, Conflict of Laws, s. 1 f. Exempel på det sistnämnda är sjörätten som avgörs i federala domstolar i enlighet med federala regler.
[627] Se Hay, RabelsZ 1971, s. 429 ff.; starkt kritisk Ehrenzweig, Minnesota L. Rev., Vol. 41, 1957, s. 717–729.
[628] Se Leflar, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 706.
[629] 85 U.S.C § 1332.
[630] *Eerie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938); *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.*, 313 U.S. 487 (1941).

re mellan de amerikanska delstaterna än mellan staterna i Europa.[631] Trots mångfalden beskrivs de olika delstaternas internationella privaträtt ändå oftast samlat i amerikanska läroböcker i ämnet.[632] Troligen kan det förklaras av att det, även utanför den internationella privaträttens område, finns en stark tradition att mellan delstaterna fritt hämta lösningar på problem från varandra när egen praxis saknas.

Det finns ingen möjlighet att här lämna någon heltäckande redogörelse för amerikansk internationellt privaträttslig metod. Avhandlingen skulle då svälla över alla bräddar. Det är heller inte relevant för de frågor avhandlingen syftar till att besvara. De olika metoderna uppgår till ett drygt halvt dussin[633] och det är svårt (även om försök görs) att med absolut säkerhet säga att en viss metod används i en viss delstat. Antalet internationellt privaträttsliga fall är i vissa stater mycket få och en viss metodologisk eklekticism låter sig märkas i domstolarna.[634]
De tre metoder som är av störst intresse för framställningen är First Restatement, ”governmental interest analysis” och Second Restatement. För att trots avhandlingens begränsade omfattning ändå åskådliggöra hur omfattande metodsplittringen är visar jag en tabell som bygger på en av de återkommande undersökningar som görs i *American Journal of Comparative Law*. Andra undersökningar publiceras i andra tidskrifter och resultaten överensstämmer inte alltid med varandra.[635] Tyvärr är inte rättsläget så klart att domstolarna i en viss delstat klart och tydligt håller sig till en och samma metod.

[631] Så lär i ännu större utsträckning bli fallet om den långtgående europeisering av den internationella privaträtten blir av, som artikel 65 EG-fördraget öppnar för.
[632] Se t.ex. Scoles/Hay, Conflict of Laws; Richman/Reynolds, Understanding Conflict of Laws och Brilmayer, Conflict of Laws.
[633] I Leflar/McDougall/Felix, American Conflicts Law, s. 86–96 uppräknas så många som 10 olika lagvalsmetoder.
[634] Supreme Court Justice Scalia har beträffande det svåröverskådliga rättsläget uttalat att ”[d]iversity among the States in choice-of-law principles has become kaleidoscopic”. Se *Ferens v. John Deere Co.*, 494 U.S. 516, på s. 538 (1990). Om den utbredda eklekticismen mycket träffande (och underhållande) Reppy, Mercer L. Rev., Vol. 34, 1983, s. 645–708, särskilt s. 651–655.
[635] Jfr. t.ex. med Smith, The Hastings Law Journal, Vol. 38, 1987, s. 1041–1174 och Kay, Mercer L. Rev., Vol. 34, 1983, s. 521–592.

Traditional		**Significant Contacts**		**Restatement (Second)**		**Interest Analysis**		**Lex Fori**		**Better Law**		**Combined Modern**	
Torts	Contracts	Torts	Contracts	Torts	Contracts	Torts	Contracts	Torts	Contracts	Torts	Contracts	Torts	Contracts
Alabama Georgia Kansas Maryland Montana New Mexico N. Carolina South Carolina Virginia West Virginia? Wyoming	Alabama Florida Georgia Kansas Maryland? New Mexico Rhode Island South Carolina Tennessee Virginia	Indiana North Dakota Puerto Rico	Arkansas Indiana Nevada North Carolina Puerto Rico	Alaska Arizona Colorado Connecticut Delaware Florida Idaho Illinois Iowa Maine Mississippi Missouri Nebraska Ohio Oklahoma South Dakota Tennessee Texas Utah Vermont Washington	Alaska Arizona Colorado Connecticut Delaware Idaho Illinois Iowa Kentucky Maine Michigan Mississippi Missouri Montana Nebraska New Hampshire Ohio Oklahoma? South Dakota Texas Utah Vermont Washington West Virginia Wyoming	California D.C. New Jersey	—	Kentucky Michigan Nevada	—	Arkansas Minnesota N.Hampshire Rhode Island Wisconsin	Minnesota Wisconsin	Hawaii Louisiana Massachusets New York Oregon Pennsylvania	California D.C. Hawaii Louisiana Massachusets New Jersey New York North Dakota Oregon Pennsylvania
11	10	3	5	21	25	3	0	3	0	5	2	6	10

α Figuren från Symeonides, Am. J. Comp. L, Vol. 46, 1998, s. 266.

Restatement of the Law of Conflict of Laws (First Restatement)[636] utkom 1934 och kom till att börja med att utöva ett stort inflytande på amerikansk internationell privaträtt. Ett *restatement* utges av the American Law Institute och syftar till att återge, men också utveckla, rättsläget inom ett visst område genom fastslå ett antal detaljerade regler med vidhängande kommentarer och exempel.[637] Restatements regler påminner mycket om de stora europeiska lagkodifikationerna och kommentarerna och exemplen gör att de i mycket liknar en traditionell lagkommentar. Eftersom de är helt inofficiella och inte utgör lag, beror deras auktoritet i huvudsak av deras förmåga att övertyga.[638]

First Restatement bygger huvudsakligen på Harvardprofessorn JOSEPH A. BEALES teorier. Beale var också redaktionskommitténs sekreterare (reporter). Beales teorier baseras på den s.k. läran om *vested rights* (förvärvade rättigheter).[639] I den materiella rätten ger vissa former av mänskligt handlande och förekomsten av mänskliga behov och intressen upphov till rättigheter, om de materiella lagarna erkänner dessa former av handlande och behov såsom värda rättsligt skydd.

Beales lära om förvärvade rättigheter utgår ifrån att rättsregler har ett begränsat territoriellt tillämpningsområde.[640] Varje stat har full suveränitet över sitt eget territorium och endast den statens regler gäller inom detta område.[641] Ingen annan stat har rätt att blanda sig i en an-

[636] Med ”traditional” i tablån ovan avses First Restatement.
[637] Se First Restatement, s. viii.
[638] Se Merryman, Stanford L. Rev., Vol. 6, 1954, s. 613–673 särskilt s. 629–634 för en kritisk utvärdering av restatements.
[639] För teorins ursprung och historiska utveckling se Arminjon, La notion des droits acquis en DIP.
[640] Beale, Treatise, s. 6.
[641] Ett inflytande från Hubers De conflictu legum (1684) kan här spåras. Se § 2: ”The laws of each state have force within the limits of that government and bind all subject to it, but not beyond […] From the above the following principle is derived; all transactions and acts, in court as well as out, whether mortis causa or inter vivos, rightly done according to the law of any particular place, are valid even where a different law prevails, and where, had they been so done, they would not have been valid”, översättning till engelskan i Lorenzen, Huber’s De Conflictu Legum, s. 164 ff. Översättningen baseras på andra upplagan av Hubers ”Praelectionom Juris civilis tomi tres”, Leipzig 1707. För andra tryckningar se Gihl, Historia, s. 146.

nan stats interna angelägenheter. Det innebär att rättigheter som förvärvats i en stat måste respekteras av andra stater. Allt annat vore ett intrång i suveräniteten. Beale uttrycker det själv som att ”[a] right having been created by the appropriate law, the recognition of its existence should follow everywhere. Thus an act valid where done cannot be called in question anywhere”.[642]

First Restatement utgår ifrån Beales lära om förvärvade rättigheter kompletterad med den s.k. last act-doktrinen. Enligt denna doktrin förvärvas rättigheterna där den sista handling äger rum som leder till att en viss rättighet uppstår. Vilken sista handling som är relevant beror på rättigheten i fråga. I ett skadeståndsmål (torts) uppstår rättigheten vid ”the place of the wrong”.[643] I ett kontraktsrättsligt mål utgör accepten den sista nödvändiga handlingen för att förvärva en rättighet.[644] Ett äktenskaps giltighet skall bedömas enligt lagen i den stat där äktenskapet ingåtts.[645]

First Restatement kom att få ett mycket stort inflytande i amerikanska domstolar fram till 1950- och 1960-talen.[646] Än idag behåller First Restatement en del av sitt inflytande. I så mycket som en tredjedel av alla delstater tillhandahåller det den dominerande lagvalsmetoden.[647]

First Restatements lockelse ligger i dess synbara enkelhet. För varje rättsområde finns en enkel huvudregel som kompletteras med en uppsättning undantagsregler. Vid en första anblick förefaller inte reglerna

[642] Beale, Treatise, s. 1969.
[643] First Restatement § 377. I § 377 Illustration 2 ges ett exempel där A, i staten X, till B i staten Y postar ett paket med förgiftat godis. B äter godiset i staten Y och tar tåget till staten W. På väg dit, när tåget passerar genom staten Z, blir han till följd av förgiftningen sjuk och dör slutligen i staten W. Lagen i staten Z är tillämplig (place of the wrong).
[644] First Restatement §§ 311, 325, 326.
[645] A.a., §§ 121, 122.
[646] Scoles/Hay, Conflict of Laws, s. 14; Richman/Reynolds, Understanding Conflict of Laws, s. 170.
[647] Smith, The Hastings Law Journal, Vol. 38, 1987, s. 1172 listar First Restatement som använd lagvalsmetod i 18 delstater för ”torts” och 23 delstater för ”contract”. Kay, Mercer L. Rev., Vol. 34, 1983, s. 591 anger en ”traditional” metod för 22 delstater. Borchers, Washington and Lee L. Rev., Vol. 49, 1992, s. 373 räknar 15 delstater till den kategori som fortfarande tillämpar First Restatement. Se även Symeonides’ tablå ovan s. 199 som anger 11 delstater för ”torts” och 10 för ”contracts”.

vara så få och enkla – First Restatement innehåller över 300 lagvalsregler.[648] De flesta reglerna kan emellertid sammanfattas till ett mindre antal generella regler. Lagvalsreglerna är s.k. ”hard and fast rules”, som inte ruckas på om det visar sig att rättsförhållandet har en närmare anknytning till en annan stat än den lagvalsregeln utpekar och som inte heller tar hänsyn till innehållet i den främmande lagen.

De domstolar som använde sig av First Restatement var inte alltid nöjda med de resultat som de enkla ”hard and fast rules” ledde till. Om en viss lagvalsregel ledde till tillämpningen av lagen i staten A och domarens rättskänsla och sunda förnuft istället talade för lagen i staten B, fann domstolarna sätt att kringgå regeln. Istället för att öppet uttala att lagvalet föranleddes av rättviseskäl gömde de sig bakom tekniska lösningar som kvalifikation[649] och renvoi. En del domstolar spelade dock med öppna kort och tillgrep ordre public (public policy).[650]

Knappt hade bläcket torkat på First Restatement förrän kritiken började växa sig stark. Kritikerna tog dels sikte på enskilda regler i First Restatement, dels på hela det system av förvärvade rättigheter varpå Beale baserat sin internationellt privaträttsliga teori. Den senare, mer djupgående kritiken hämtade i första hand sin näring från den under 1900-talets första hälft framväxande amerikanska rättsrealismen. Enligt den realistiska skolan finns inga rättigheter – dessa är enbart fantasifoster hos mer formalistiska jurister (såsom Beale).[651]

Vidare kan läran om förvärvade rättigheter kritiseras på rent logiska grunder. En grundläggande förutsättning är att en viss rättighet inte förvärvas förrän en viss rättsregels rekvisit är uppfyllda – när ”the last

[648] First Restatement § 119–428. Övriga bestämmelser i First Restatement reglerar bl.a. domsrätt samt erkännande och verkställighet av främmande avgöranden.

[649] Se t.ex. *Hamschild v. Continental Casualty Co.*, 7 Wis. 2d 130, 95 N.W. 2d 814 (Supreme Court of Wisconsin 1959).

[650] Richman/Reynolds, Understanding Conflict of Laws, s. 171.

[651] Se det av Oliver Wendell Holmes ofta citerade uttalandet i Harvard L. Rev., Vol. 10, 1897, s. 461: ”The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. Även upptryckt i Holmes, Collected Legal Papers, s. 173. Se även Collected Legal Papers, s. 313: ”But for legal purposes a right is only the hypostasis of a prophecy – the imagination of a substance supporting the fact that the public force will be brought to bear upon those who do things said to contravene it […]”.

act" har inträffat (se ovan s. 201). Frågan om när den sista nödvändiga handlingen har inträffat kan emellertid inte besvaras förrän frågan om tillämplig lag också har besvarats.[652] Enligt Beale skulle domstolen i sådana situationer falla tillbaka på "general rules of common law".[653] Problemet var att det inte fanns några "general rules of common law" att falla tillbaka på. Hade det funnits dylika hade det inte behövts några lagvalsregler.[654]

7.1.2.3 Governmental interest analysis

Även om mycken kritik hade riktats mot läran om förvärvade rättigheter formulerades inget riktigt alternativ förrän professorn BRAINERD CURRIE i en serie artiklar på 1950- och 60-talen utvecklade läran om intresseanalys (governmental interest analysis). Currie räknade sig till rättsrealisternas skara och var i grunden kritisk mot det teoretiska fundamentet för Beales lära om förvärvade rättigheter, som han ansåg närmast tangerade det metafysiska. First Restatement skapade lagvalsproblem där det egentligen inte fanns några.[655]

Currie formulerade en alternativ metod, governmental interest analysis, som istället för lagvalsregler tar sin utgångspunkt i laglandets intresse av att dess regler tillämpas i en viss given situation. Currie delar in lagvalsproblemen i tre olika kategorier. Om båda de berörda staterna har ett rättstillämpningsintresse är det fråga om en *äkta konflikt* (true conflict). Om istället endast en av de berörda staterna har ett rättstillämpningsintresse är det fråga om en *falsk konflikt* (false conflict). Slutligen kallar Currie de fall där ingen av staterna har ett tillämpningsintresse för *oförutsedda fall* (unprovided-for-cases).

Utgångspunkten för metoden är att forumstatens domstolar i första hand skall tillämpa sin egen rätt om det inte finns goda skäl till annat. Det enda tillfälle då främmande rätt kan användas är i fall av falska konflikter då lagen i den stat som har tillämpningsintresse tillämpas. För den händelse det är fråga om en äkta konflikt eller ett oförutsett fall skall forumstatens rätt tillämpas. De intressen som eventuellt står i

[652] Redan Savigny betraktade läran om "wohlerworbene Rechte" som ett cirkelresonemang. Se von Savigny, System VIII, s. 132.
[653] First Restatement § 311, comment d.
[654] Brilmayer, Conflict of Laws, s. 41. Se även Lorenzen, Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws, s. 11 f.
[655] Currie, Selected Essays, s. 183.

konflikt med varandra skall inte vägas mot varandra.[656] Att avgöra vilket intresse som skall få företräde är en politisk uppgift som enligt Currie inte tillkommer en domstol i ett demokratiskt samhälle.[657]

Currie uppmärksammar också frågan om vilken stats rätt som skall tillämpas om forumstaten inte har något rättstillämpningsintresse men har att avgöra en äkta konflikt mellan två andra stater. Denna konstellation betecknar han som *den ointresserade tredje staten* (the disinterested third state). Nästan motvilligt skrev han en artikel där han lämnar förslag till hur sådana, enligt hans åsikt ytterst ovanliga och närmast hypotetiska, fall skall lösas.[658] I första hand bör forumstatens domstolar avvisa målet på forum non conveniens-grunder.[659] Om nu inte detta är möjligt (inte alla delstater har anslutit sig till forum non conveniens-doktrinen) bör domstolen antingen tillämpa lex fori eller den lag den håller för bäst – med största sannolikhet den lag som ligger närmast lex fori.[660]

Governmental interest analysis löser många av de problem som finns inbyggda i First Restatements konceptualistiska metod. Kvalifikationsproblemet upphör att vara ett problem eftersom någon kvalifikation inte längre behöver göras och renvoi, dvs. åter- eller vidareförvisning, kommer inte längre på fråga eftersom det endast är den främmande statens materiella rätt som kan tillämpas.[661]

Curries intresseanalys har utsatts för mycken kritik, bland annat för att den i mycket påminner om unilateralismen.[662] Ytterligare en svaghet med interest analysis ligger i svårigheten att identifiera och analysera staters rättstillämpningsintressen. I regel går det inte att framtolka

[656] A.a., s. 357.
[657] A.a., s. 182 f.
[658] Currie, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 765.
[659] A.a., s. 767.
[660] A.a., s. 773, 778 f.
[661] Currie, Selected Essays, s. 184.
[662] En av Curries lärjungar, professorn Herma Hill Kay gjorde senare i sin föreläsningsserie vid Haagakademin för internationell rätt ett försök att tona ned likheterna mellan Curries metod och unilateralismen. Se Kay, Defense, s. 96. Currie dog tyvärr redan 1964 och var därför oförmögen att bemöta mycket av den kritik hans metod kom att utsättas för. Uppgiften fick istället övertas av hans lärjungar av vilka främst professorerna Kay, Posnak och Sedler har fått sprida ljuset. Se t.ex. Posnak, Am. J. Comp. L., Vol. 36, 1988, s. 681–728; Sedler, U.C.L.A. L. Rev., Vol. 25, 1977, s. 181–243.

en viss lagstiftnings bakomliggande tillämpningsintresse. Det finns ingenting som tyder på att lagstiftaren i de flesta fall överhuvudtaget har tänkt på lagstiftningens territoriella räckvidd. Istället kommer domstolarna att få falla tillbaka på mer objektiva lagtolkningsmetoder, som är mer oberoende av lagstiftarens vilja. Just oberoendet av lagstiftarens vilja var emellertid ett av Curries huvudargument mot Beales First Restatement.[663]

Vidare kan med fog hävdas att begreppet ”tillämpningsintresse” är så vagt att det ger domstolar möjlighet att mer eller mindre fritt hitta på sådana för att få tillämpa den lag de anser leder till den bästa materiella lösningen. Interest analysis leder därmed till extremt stor oförutsebarhet. Identifikation av tillämpningsintresset innebär för det första att det bakomliggande syftet (policy) med varje regel måste fastställas och detta syftes territoriella räckvidd skall utrönas i relation till de förhandenvarande omständigheterna. Varje beslut därvidlag kan ifrågasättas, varje uppskattning kan diskuteras och varje slutsats är tveksam. Fastställande av tillämpningsintresset kan i de flesta fall knappast anses ligga inom ramen för sedvanlig lagtolkning.[664]

> Här får dock invändas att beträffande de konkurrensrättsliga reglerna låter sig ett tillämpningsintresse i de flesta fall faktiskt fastställas. Konkurrensreglernas territoriella räckvidd i flera stater, deras tillämpningsanspråk – eller om man så vill lagländernas tillämpningsintressen – är genom praxis och doktrin relativt väl definierade.

Curries metod har också kritiserats för att i realiteten bli lika stel och oflexibel som First Restatements. Falska konflikter uppkommer när kärande och svarande kommer från samma stat eller stater med samma eller liknande regler. När parterna har olika hemvist och kommer från stater med olika reglering av en viss fråga kommer det alltid att resultera i antingen en äkta konflikt eller ett oförutsett fall. Varje stat kan antas ha ett intresse av att hjälpa den ena eller den andra parten och också av att få sin lag tillämpad. Eftersom regeln är att forumstaten skall tillämpa lex fori i dessa senare fall av sanna konflikter och oförutsedda fall går det att förutse lagvalet utan att närmare känna till innehållet i de relevanta lagarna. Förutsatt att lagstiftningen skiljer sig åt mellan de berörda staterna gäller att om parterna har gemensamt hemvist tillämpas hemviststatens lag och i alla andra fall forumstatens

[663] Brilmayer, Conflict of Laws, s. 54 ff.
[664] de Boer, Beyond Lex Loci Delicti, s. 463 f.

lag. Poängen med Curries metod och dess överlägsenhet över Beales First Restatement kan därför ifrågasättas.[665] I realiteten får metoden en slående likhet med den medeltida personalitetsprincipen[666] enligt vilken var och en bar med sig sin egen lag.[667]

Curries metod att analysera lagvalsproblem har kommit att få ett stort inflytande, främst bland akademiker men även i domstolarna. Visserligen erkänner sig endast tre delstater öppet till interest analysis – Kalifornien, District of Columbia[668] och New Jersey (se tabellen ovan s. 199)[669] – men det står klart att metoden har haft ett inflytande som sträcker sig längre. Bland annat använder sig många domstolar av interest analysis i samband med andra lagvalsmetoder, t.ex. när en intresseanalys slagit fast att en äkta konflikt är för handen används en annan lagvalsmetod för att utpeka tillämplig lag (i tabellen ovan s. 199 uttryckt som ”combined modern”).[670]

Governmental interest analysis uppvisar stora likheter med säranknytningsläran men förefaller ha uppstått oberoende av och parallellt med denna och är inte riktigt samma sak. Curries lära bygger på en kritik av rättighetsbegreppet och står critical legal studies-skolan nära. Någon sådan bakgrund finns inte till säranknytningsläran. För dess upphovsmän var det istället fråga om en insikt om att det fanns stora områden av rätten som inte omfattades av Savignys bilaterala metod och att dessa frågor ändå måste lösas. Det huvudsakliga argumentet var traditionellt – önskan att uppnå lika lösning på lika problem oavsett forum. Den praktiska skillnaden mellan ”governmental interest analysis” och säranknytningsläran består främst i att Curries metod syftar till att ersätta de bilaterala lagvalsreglerna och lösa alla internationellt privaträttsliga problem över hela det rättsliga fältet. Säranknytningsläran däremot omfattar endast de internationellt tvingande regler som inte omfattas av den bilaterala metoden.[671]

[665] Brilmayer, Conflict of Laws, s. 65; Juenger, General Course on PIL, s. 193.
[666] Se om denna Gihl, Historia, s. 48 ff.
[667] Juenger, Am. J. Comp. L., Vol. 32, 1984, s. 36.
[668] Formellt sett ingen delstat utan ett territorium.
[669] Enligt Borchers, Washington and Lee L. Rev., Vol. 49, 1992, s. 373 är det fyra stater: Kalifornien, Hawaii, Massachusetts och New Jersey.
[670] Denna metodblandning kallas av Reppy, Mercer L. Rev., Vol. 34, 1983, s. 654 skämtsamt för ”blend of coffee”.
[671] Se för denna inställning även Guedj, Am. J. Comp. L., Vol 39, 1991, s. 694. Om man så vill börjar sålunda ”combined modern” och säranknyt-

7.1.2.4 *Second Restatement*

Arbetet med Second Restatement påbörjades 1953 och resulterade i ett första utkast (draft) 1965. Tre ytterligare utkast lades fram mellan 1967 och 1969 när American Law Institute antog den version som slutligen publicerades 1971. Second Restatement har, till skillnad från First Restatement, mycket få fasta regler. I stället bygger det på tre moment: de allmänna övervägandena i § 6, begreppet ”most significant relationship” (ung. närmast anknytning) och uppräkningar av för vissa lagvalssituationer särskilt viktiga anknytningsmoment.

Second Restatements *reporter* var professorn vid Columbia Law School WILLIS REESE. Reeses inflytande märks särskilt starkt i § 6 (Choice-of-Law Principles), som i mycket bygger en artikel han och tillika professorn vid Columbia Law School CHEATHAM publicerade 1952.[672] Enligt § 6 skall en delstatsdomstol i första hand följa skrivna lagvalsregler där sådana finns.[673] Om inga sådana är för handen, skall domstolen ta följande faktorer i beaktande vid val av tillämplig lag:

1. det ”mellanstatliga” (interstate, dvs. mellan delstaterna) och internationella systemets behov,
2. forumstatens relevanta ”policies”,
3. andra intresserade staters relevanta ”policies” och deras relativa intresse av utgången av frågan,
4. skyddet av berättigade förväntningar,
5. de grundläggande ”policies” som ligger bakom rättsområdet i fråga,
6. säkra, förutsebara och enhetliga resultat, samt
7. enkelt fastställande och tillämpning av den tillämpliga lagen.

Den ordning i vilken de sju faktorerna listats är utan betydelse. Från fall till fall och från rättsområde till rättsområde kommer de att spela olika stor roll.[674] Dessa faktorer ger uttryck för tre olika bakomliggan-

ningsläran i motsatta ändar. ”Combined modern” börjar med en analys av den främmande lagens tillämpningsanspråk och avgör en eventuell konflikt med mer traditionella bilaterala regler. Säranknytningsläran utgår från de bilaterala lagvalsreglerna men exkluderar en viss kategori regler (de internationell tvingande) för att där göra ett slags intresseanalys.

[672] Cheatham/Reese, Columbia L. Rev., Vol. 52, 1952, s. 959–982.

[673] Sådana finns exempelvis i modellagen U.C.C.

[674] Second Restatement § 6(2) comment c.

de principer – statsintressen, parternas förväntningar och domstolars intressen av enkel hantering. De sju faktorerna allena gör det heller inte möjligt för en domstol att välja tillämplig lag. De är blott uttryck för de överväganden som en domstol har att göra när den skall söka efter den rättsordning med vilken ett rättsförhållande har sitt ”most significant relationship”. I likhet med Curries intresseanalys söker Second Restatement inte efter en på rättsförhållandet tillämplig rättsordning – den söker efter en regel som skall tillämpas på en viss rättsfråga. Det innebär att på olika frågor i ett och samma mål olika lagar kan komma att tillämpas. Second Restatement bejakar sålunda i grunden s.k. dépeçage. På avtalsrättens område gäller exempelvis enligt § 188 att:

> The rights and duties of the parties *with respect to an issue* in contract are determined by the local law of the State which, *with respect of that issue*, has the most significant relationship to the transaction and the parties [min kurs.].

Eftersom § 6 inte ger någon vidare praktisk vägledning i ett faktiskt lagval kompletteras den med ett antal anknytningsmoment för olika rättsområden. Dessa anses vara presumtioner för vad som kan vara ”the most significant relationship” och varierar i styrka från rättsområde till rättsområde.

Grundidén i Second Restatement, att en viss rättsfråga skall regleras av den lag till vilken den har ”the most significant relationship”, uppvisar vissa likheter med Savignys idé om att rättsförhållanden har ett visst säte. Den stora skillnaden består i att Savignys koncept byggde på att hela rättsförhållandet kan lokaliseras till en viss geografisk plats – dess säte – medan Second Restatement söker fastställa en viss avgörande frågas ”most significant relationship”. Second Restatement överger inte helt First Restatements system med ett särskilt anknytningsmoment för ett rättsförhållande men mjukar upp det tidigare så rigida betraktelssesättet genom att göra det anknytningsmomentet till en av flera faktorer att tas i beaktande. Hela tiden ligger ”the most significant relationship” bakom som styrande princip, vilket leder till att Second Restatement, till skillnad från First Restatement, inom vissa gränser tillåter partsautonomi.[675]

[675] Vilket inte heller gillas av Curries intresseanalys eftersom den fokuserar på statsintressen och inte på parternas intressen.

Second Restatement uppvisar stora likheter med den moderna europeiska internationella privaträtten. En viktig skillnad är dock att sådana överväganden som görs i Second Restatement § 6 i de europeiska kodifikationerna i stället återfinns i de enskilda lagvalsreglerna, att rättstillämpningen lämnats mindre utrymme för fritt skön och att utrymmet för dépeçage är mindre.

Second Restatement har kommit att bli den mest spridda lagvalsmetoden i USA och används i ca 20 delstater (se figuren ovan s. 199).

7.2 Inställningen till utländsk offentlig rätt i skuldstatutet

Om man ställer sig frågan hur främmande offentlig rätt behandlas i amerikanska domstolar förutsätter man att det finns någon motsvarighet till begreppet offentlig rätt i amerikansk rätt och att det tillmäts någon betydelse. Det är ytterst tveksamt om så är fallet. Amerikanska jurister känner förvisso till begreppet ”public law” och anser att det betecknar den del av rätten som styr statens befogenheter snarare än enskildas rättsförhållanden. Det finns emellertid ingen närmare definition och det har heller ingen speciell rättslig betydelse om en regel är privaträttslig eller tillhör den offentliga rätten.[676]

Att distinktionen inte görs med någon större skärpa kan naturligtvis vara en följd av common law-juristernas mer pragmatiska inställning men kan också bero på att det saknas praktiska skäl att göra någon skarp åtskillnad, eftersom det amerikanska domstolssystemet inte gör åtskillnad mellan allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar.[677] Vidare Indelningen i offentlig rätt och privaträtt har ingen betydelse för frågan om vilken domstol som har behörighet att ta upp ett fall. Det betyder inte att den amerikanska rätten är främmande för

[676] Weir, The Common Law System, s. 94 f.; Bermann, Am. J. Comp. L., Vol. 34 (Supplement) 1986, s. 157.
[677] Szladits, The Civil Law System, s. 17 f.

kategorisering av rättsregler. Exempelvis gäller olika processregler i civil-, förvaltnings- och straffrättsliga förfaranden.[678]

Att indelningen i just privaträtt och offentlig rätt inte kommit att spela någon större roll innebär inte att amerikanska domstolar fritt umgås med utländska regler av det slag vi skulle karaktärisera som offentligrättsliga. I den amerikanska rätten har istället varit fråga om icke-tillämpning av utländska ”penal and revenue (också fiscal eller tax förekommer) laws”. Grundsatsen härstammar från *Antelope*-fallet, i vilket Chief Justice Marshall myntade uttrycket att ”[t]he courts of no country execute the penal laws of another”.[679] ”Penal and revenue laws” är naturligtvis offentligrättsliga men är ett snävare begrepp än ”offentlig rätt”.

Av särskilt intresse för frågan om tillämpning av utländsk konkurrensrätt är begreppet ”penal laws” som naturligtvis inte har exakt samma betydelse som det svenska begreppet ”straffrätt”. Det är också svårt att sätta fingret på en exakt betydelse.[680] I såväl First Restatement som Second Restatement finns stadganden med innebörden att utländska straffrättsliga bestämmelser inte tillämpas. I First Restatement § 611 (Action for a Penalty) stadgas att ”[n]o action can be maintained to recover a penalty the right to which is given by the law of another state”. Även i Second Restatement § 89 (Action for a Penalty) stadgas att ”[n]o action will be entertained on a foreign penal cause or action”.

First Restatement § 611 ger begreppet ”penal laws” en tämligen vid innebörd. Dit räknas nämligen, bortsett från rena böter,[681] också bland annat ”penal or exemplary damages awarded in addition to full compensation”.[682] Med en sådan definition skulle konkurrensrättsliga skadeståndsregler om ”treble damages” knappast kunna tillämpas.

[678] Se t.ex. Federal Rules of Civil Procedure och Federal Rules of Criminal Procedure. För förvaltningsrätten finns ingen motsvarande ”Federal Rules of Administrative Procedure”.

[679] *The Antelope*, 23 U.S (10 Wheaton) 66, 123 (1825). Med ”execute” får Chief Justice Marshall anses ha avsett ”apply”. I fallet var frågan om tillämpning av utländsk rätt och inte verkställighet av utländsk dom.

[680] Nussbaum, Principles of PIL, s. 126. Källan är gammal men påståendet förefaller fortfarande vara giltigt.

[681] First Restatement § 611 comment c.

[682] A.a. § 611 comment b. Vidare kan nämnas att First Restatement § 610 (Action on Foreign Public Right) utesluter talan grundad på rättigheter som skapats i en stats rätt med syftet att främja den statens intressen. Innebörden

Second Restatement § 89 faller istället tillbaka på den definition av begreppet som Supreme Court gav i *Huntington v. Atrill*.[683] Målet rörde verkställighet och inte lagval men det finns anledning att anta att definitionen av vad som är en ”penal law” inte varierar. Fråga var om domstol i Maryland, enligt den amerikanska konstitutionens ”Full faith and credit clause”,[684] var tvungen att verkställa en dom från delstaten New York. En affärsman i New York hölls ansvarig för sitt företags skulder eftersom han genom falska uppgifter om företagets finansiella ställning hade förlett investerare. I New York fanns lagstiftning som i dylika fall gjorde företagsledningen ansvarig för företagets skulder. Supreme Court definierade en ”penal law” som en lag vars ”purpose is to punish an offense against the public justice of the State” till skillnad från en lag vars syfte är ”to afford a private remedy to a person injured by the wrongful act”.[685] Domen grundad på lagen i New York ansågs kunna verkställas.

av bestämmelsen är inte helt klar men torde inte överensstämma med den indelning i offentlig rätt och privaträtt som kan göras enligt den s.k. intresseteorin (se ovan kap. 3.3.1). Som exempel på sådan rätt vars tillämpning utesluts genom stadgandet anges nämligen i comment d bl.a. vissa underhållsfall. Sålunda anses regler som tvingar fädrer att betala underhåll till oäkta barn (illustration 3) och regler som tvingar svärfädrer att betala underhåll till svärsöner om dessa har barn med svärfädrernas döttrar kunna främja statens intressen. Om den lagstiftande staten har åtagit sig att understödja fattiga anser First Restatement att dylika underhållsregler tillkommit för att befria staten från bördan att understödja vad som betraktas som potentiellt fattiga, varför de får betraktas som tillkomna i statens eget intresse.

[683] *Huntington v. Atrill*, 146 U.S. 657 (1892).

[684] US Constitution, Art. IV § 1: Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.

[685] *Huntington v. Atrill*, 146 U.S. 657, 673 f. (1892). Supreme Court ansåg det också viktigt att skilja mellan ”penal” i en vidare betydelse och ”penal” i strikt betydelse: ”[s]tatutes giving a private action against the wrongdoer are sometimes spoken of as penal in their nature, but in such cases it has been pointed out that neither the liability imposed nor the remedy given is strictly penal”. Endast de senare omfattades av rätten att vägra verkställighet. I ett från detta helt skilt förfarande gjordes också ett försök att vinna verkställighet för New York-domen i den kanadensiska delstaten Ontario. Privy Council i London, vartill fallet överklagats från Ontario, kom fram till att lagen i New York inte var en straffrättslig regel som hade till syfte att genomdriva statliga målsätt-

Särskilt beträffande ”punitive damages” har definitionen vållat problem. Dessa skadestånd har ju till syfte att straffa den skadegörande. Den skadelidandes intresse tillgodoses istället genom utgivande av ”compensatory damages”. Det som i svenska ögon kan framstå som något främmande är att båda dessa delar av skadeståndet, trots deras skilda syften, betalas ut till den skadelidande. I *James-Dickinson Farm Mortgage Co. v. Harry* ansågs emellertid en texansk lag som föreskrev ”exemplary damages” upp till dubbla det belopp som motsvarades av den lidna skadan inte utgöra en sådan ”penal law” som en domstol i Illinois kunde vägra tillämpa på den grunden.[686] Vidare kan en delstat i normalfallet heller inte vägra tillämpa sådana regler på den grunden att de strider mot lokal public policy.[687]

Supreme Courts avgörande i *Milwaukee County v. M.E. White Co* antyder dock att delstaterna idag har ett begränsat utrymme att vägra erkännande av andra delstaters domar på den grunden att de stödjer sig på en ”penal law”.[688] Det senare målet rörde verkställighet av en skattedom som också innehöll en straffavgift om två procent. Supreme Court slog i målet fast att domar som grundar sig på en annan delstats ”revenue laws” måste verkställas. Huruvida detta generellt även gäller domar grundade på ”penal laws” är ännu oklart.[689] Viss försiktighet med att dra alltför stora växlar på Supreme Courts avgöranden i dessa verkställighetsmål får också anses påkallad. Praxis rör tillämpningen av ”the full faith and credit clause” (se ovan not 684) och verkställigheten av avgöranden från systerstater.

Delstaterna har sålunda stor frihet att själva avgöra i vilken utsträckning de vill tillämpa utländska ”penal laws”.[690] De som väljer att

ningar utan att den skulle betraktas som en skadeståndsrättslig regel och därför kunde erkännas och verkställas. Se *Huntington v. Attrill*, [1893] A.C. 150 (P.C.).

[686] *James-Dickinson Farm Mortgage Co. v. Harry*, 273 U.S. 119 (1927).

[687] Leflar, Harvard L. Rev., Vol. 46, 1932, s. 193–225.

[688] *Milwaukee County v. M.E. White Co*, 296 U.S. 268 (1935).

[689] Scoles/Hay, Conflict of Laws, s. 986 uttalar sig till förmån för att så skulle vara fallet nämner särskilt brott mot antitrustlagstiftning som ett exempel.

[690] Vad beträffar erkännande och verkställighet av utländska domar har flera delstater antagit The Uniform Foreign Money-Judgements Recognition Act (1962) enligt vilken utländska domar (som utmynnar i en betalningsskyldighet för part) skall erkännas och verkställas ”in the same manner as the judgement

följa Second Restatement ges där upplysningen att § 89 är tänkt att ges en restriktiv tolkning och att ”exemplary damages” och skadestånd som varierar i storlek beroende på graden av culpa hos svaranden inte räknas som ”penal”.[691] Second Restatment gör därvid ingen skillnad mellan inhemska och internationella fall mer än den allmänna regeln i § 10 (Interstate and International Conflict of Laws) enligt vilken huvudregeln är att de två sorternas fall skall behandlas lika.

I Third Restatement Foreign Relations uttalas att ”[c]ourts in the United States do not distinguish, for purposes of enforcement, between judgments awarding compensatory judgments only and judgments awarding multiple or punitive (exemplary) damages, such as treble damages for violation of the antitrust laws”.[692] Uttalandet hänför sig visserligen till frågan om erkännande och verkställighet av utländska domar men någon skillnad av vad som skall anses utgöra ”penal” synes inte göras mellan frågor om tillämpning av utländsk rätt och erkännande och verkställighet av utländska domar.

Något fall där en domstol tillämpat utländsk konkurrensrätt har jag, som jag inledningsvis sade, inte lyckats hitta. Det förefaller som om part aldrig yrkat på tillämplingen av utländska konkurrensrättsliga regler vid amerikansk domstol.[693] I litteraturen förekommer knappast några uttalanden om just tillämpning av utländsk konkurrensrätt. KRONSTEIN (som verkat vid universitet i såväl Tyskland som USA) har dock förhållit sig tveksam till möjligheten att utländsk konkurrensrätt (i detta fall § 35 GWB om skadestånd) skulle kunna tillämpas i amerikansk domstol på grund av dess ”public law character”. Kronstein har istället lyft fram möjligheten att väcka skadeståndstalan grundad på den civilrättsliga § 826 BGB.[694]

of a sister state which is entitled to full faith and credit”, § 3. Domar avseende ”taxes, fines or other penalties” undantas dock uttryckligen, § 1(2).

[691] Second Restatement § 89 reporter’s note c. Se för skadeståndsbelopp som är beroende av den skadegörandes culpa *Loucks v. Standard Oil*, 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198 (Cardozo J) (1918).

[692] Third Restatement Foreign Relations, § 483 reporter’s note 4.

[693] Bermann, Am. J. Comp. L., Vol. 43, (Supplement) 1986, s. 188.

[694] Kronstein, FS Yntema, s. 449 f. § 826 BGB om uppsåtlig skada i strid mot goda seder återfinns i BGB:s kapitel om utomkontraktuellt skadestånd (unerlaubte Handlungen) och lyder: ”Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet”. Min översättning: ”Den som

Sammanfattningsvis kan jag konstatera att, även om det inte finns något uttryckligt stadgande eller avgörande i frågan, det mesta tyder på att det vore möjligt att inför en amerikansk domstol i ett tvistemål yrka på tillämpning av utländsk konkurrensrätts regler om avtals ogiltighet och skadestånd.

7.3 Materiellrättsliga korrektur

7.3.1 Olagliga och omoraliska avtal

I amerikansk avtalsrätt, som är delstatsrätt, återfinns i likhet med vad som gäller i tysk och schweizisk rätt (se ovan kap. 5.3.1 och 6.3.1) rättsfiguren olagliga eller osedliga avtal. I amerikansk doktrin talas om ”illegal bargains” eller avtal som strider mot ”public policy”.[695] I äldre doktrin gjordes ibland gällande att avtal som strider mot främmande rätt skulle strida mot ”good morals” och att ”obligations of international comity” bjöd att ”judicial sanction” nekades avtalet.[696] Enligt den äldre First Restatement Contracts § 592 från 1932 är avtal i syfte att bryta mot utländsk lag olagliga.[697] Som exempel på dylika avtal anges två fall av smuggelavtal.[698]

Rättspraxis är sparsam men kan ge viss ledning. I *Oscanyan v. Winchester Repeating Arms Co.* hade den turkiske konsuln Oscanyan ingått avtal med Winchester Arms om kommission på tio procent av värdet av alla gevär han genom sitt inflytande och sina kontakter lyckades

på ett sätt som strider mot de goda sederna uppsåtligen tillfogar annan skada, är skyldig att ersätta den skadelidande för den uppkomna skadan”. I konkurrens mellan § 35 GWB och § 826 BGB har den skadelidande valfrihet att välja rättslig grund för sin talan, se GWB-Kommentar-Emmerich, § 35, Rdnr. 114 ff. (s. 1546 f.).

[695] Se Calamari/Perillo, Contracts, s. 779; Second Restatement Contracts § 178 ff. Corbin on Contracts § 1374 klargör att under begreppet ”public policy” innefattas även avtal i strid mot goda seder (contra bonos mores).

[696] Williston § 1749.

[697] First Restatement Contracts, § 592 (Bargain to Violate Foreign Law): ”A bargain, the performance of which involves a violation of the law of a friendly nation, is illegal”.

[698] First Restatement Contracts, § 592 illustrations 1 & 2.

övertyga den turkiska regeringen att köpa.[699] Oscanyan lyckades och turkiska staten köpte 1870 och 1871 gevär till ett värde av sammanlagt 1 350 000 dollar. Lagen i delstaten New York var tillämplig på avtalet. Winchester vägrade betala ut den överenskomna kommissionen under åberopande att avtalet var osedligt.

Supreme Court ansåg att avtalet stred mot public policy och därför var inexigibelt. Oscanyans påstående att avtalet var giltigt enligt turkisk rätt avvisades av Supreme Court i hårda ordalag: ”whether it [the contract] would be valid or invalid according to Turkish law and customs, it is intrinsically so vicious in its character and tendency, and so repugnant to all our notions of right and morality, that it can have no countenance in the courts of the United States”.[700] Även om turkisk rätt hade varit tillämplig på avtalet hade amerikanska domstolar sålunda vägrat verkställighet.[701]

Fallet är inte ”rent” i den meningen att det är frågan om ett fall där brott mot utländsk rätt anses strida mot de inhemska goda sederna. Vad som istället skymtar fram är att, för bedömningen av ett visst avtals sedlighet, det i amerikansk praxis inte anses särskilt viktigt vilket lands lag som är tillämplig eller vad den tillämpliga lagen säger om ett visst avtals tillåtlighet. Inställningen framgår tydligare i nästa rättsfall.

I *Rutkin v. Reinfeld* hänvisades uttryckligen till First Restatement Contracts § 592 och domstolen ansåg det ”well settled” att avtal som ingått i syfte att bryta mot lagen i ett annat land är inexigibla även om de inte bryter mot lagen där de ingåtts (den på avtalet tillämpliga lagen) eller mot lex fori.[702] Även detta fall är ”orent” eftersom avtalet avsåg tillverkning i Kanada och transport av whiskey från Kanada till USA i strid med då gällande amerikansk förbudslagstiftning. Tillämpningen av public policy avsåg här sålunda brott mot amerikansk lagstiftning även om uttalandet får tolkas som att även brott mot utländsk lagstiftning skyddas av public policy.

[699] *Oscanyan v. Winchester Repeating Arms Co.*, 103 U.S. 261 (1880).
[700] A.st., s. 277.
[701] Kommissionsavtal i allmänhet är naturligtvis inte olagliga men i detta fall ansågs det vara det dels därför att Oscanyan var turkisk konsul och därför borde avstå från att ta emot ersättning för utöva inflytande på sin regering, dels därför att ersättningen var beroende av framgång och inte utgjorde mer legitim ersättning för faktiskt lobbyarbete.
[702] *Rutkin v. Reinfeld*, 229 F.2d 248, 255 (1956) certioari denied 352 U.S. 844 (1956).

I *Sedco Int'l, S.A. v. Cory* bekräftades 1981 inställningen att det kan strida mot amerikansk public policy att bryta mot vissa utländska lagar.[703] I målet, som rörde misslyckade oljeinvesteringar i Qatar, hävdades att ett avtal var inexigibelt därför att det bland annat förutsatte bestickning av qatariska regeringstjänstemän. På avtalet var antingen lagen i Iowa eller Texas tillämplig (domstolen tog inte ställning eftersom det inte påverkade utgången). Domstolen uttalade därvid att det var irrelevant om bestickningen bröt mot någon amerikansk lag emedan det helt visst stred mot amerikansk public policy och qatarisk lag. Vid tidpunkten för processen existerade visserligen federal lagstiftning som förbjöd amerikanska företag att bryta mot utländsk mutlagstiftning (*the Foreign Corrupt Practices Act* från 1977). Denna var emellertid inte tillämplig i målet eftersom bestickningen ägt rum före lagens ikraftträdande.

Det är intressant att studera domstolens motiv. Där framhålls hur skadligt "corporate bribery" är för marknadsekonomin eftersom det snedvrider den fria konkurrensen. Vidare har det skadat den amerikanska demokratins rykte att amerikanska företag mutar sig fram i andra länder.[704] Här framskymtar att avgörande inte enbart har varit ett hänsynstagande till utländska intressen utan även den egna statens intressen har spelat en roll vid bedömningen.

Sedco-fallet är också det enda fall jag kunnat identifiera där en amerikansk domstol med hänvisning till brott mot utländsk lag förklarat att ett visst avtal strider mot amerikansk public policy. En svala gör ingen sommar och rättspraxis är som framgår ytterst begränsad. Det torde huvudsakligen bero dels på att amerikansk internationell privaträtt redan vid frågan om tillämplig lag tar i beaktande om utländsk rätt innehåller internationellt tvingande regler (jfr. Second Restatement § 6(2)(c)),[705] dels på att frågan om avtals olaglighet är underkastad särskilt lagval, § 202 (se nedan kap. 7.4).

[703] *Sedco Int'l, S.A. v. Cory*, 522 F. Supp. 254, 317–21 (S.D. Iowa 1981) bekräftad 683 F.2d 1201 (8th Cir. 1982) certioari denied 103 S.Ct. 379 (1982).
[704] Se den aktuella domen s. 318.
[705] Se för tiden före Second Restatement det tidiga fallet *Holland Furnace Co v. Connelley*, 48 F. Supp. 543 (S.D. Missouri 1942) som får betraktas som en föregångare till Curries governmental interest analysis. Fallet rörde en konkurrensbegränsningsklausul i ett anställningsavtal som hindrade Connelley från att under en treårsperiod efter anställningens upphörande inom ett visst område i Missouri sälja värmepannor och annan uppvärmningsutrustning. Avta-

Av litteraturen framgår att inexigibiliteten inte är automatisk utan att parts möjlighet att utkräva skadestånd för kontraktsbrott är beroende av hans egen vetskap och delaktighet. Blotta vetskapen att en viss försåld vara av motparten skall smugglas fråntar normalt sett inte käranden hans rätt till skadestånd eller återkrav om avtalet inte på ett särskilt graverande sätt strider mot den allmänna moralen.[706] Är part däremot delaktig i det omoraliska beteendet och befrämjar det genom att exempelvis i ett smuggelfall särskilt förpacka smuggelgodset på ett lämpligt sätt anses han ha förlorat sin rätt till skadestånd m.m.[707]

Det är mycket svårt att utifrån det existerande materialet dra slutsatser om det är möjligt att genom ”public policy” ogiltigförklara (eller någon annan civilrättslig påföljd såsom inexigibilitet) ett avtal på den grunden att det strider mot utländsk konkurrensrätt. Det ser ut att teoretiskt sett vara möjligt men om ett sådant avtal skulle anses tillräckligt omoraliskt för att amerikansk ”public policy” skall aktualiseras går inte att säga.

7.3.2 Prestationshinder

I amerikansk rätt, liksom i alla de andra undersökta rättsordningarna, kan efterföljande inhemsk lagstiftning som omöjliggör ett avtal befria parterna från fullgörande. I litteraturen ges bl.a. exempel på att en inkallelseorder befriar en enskild från skyldighet att fullgöra ett anställ-

let hade ingåtts i Michigan, varför Connelley hävdade att lagen i Michigan skulle vara tillämplig på avtalet. Enligt lagen i Michigan var dylika konkurrensbegränsningsklausuler förbjudna. I Missouri var de däremot fullt tillämpliga. Domstolen konstaterade att enligt etablerad praxis skulle lagen i Michigan tillämpas på avtalet. Det var emellertid närmast en tillfällighet att avtalet ingåtts där och Michigan kunde knappast anses ha något intresse av tillämpning av dess rätt, vilket dock kunde sägas om Missouri. Domstolen tillämpade därför lagen i Missouri på avtalet.

[706] Calamari/Perillo, Contracts, s. 783 som hänvisar till det även för amerikansk rätt betydelsefulla engelska fallet *Holman v. Johnson* (1775) 98 Eng. Rep. 1120, 1 Cowp. 341. För inhemsk praxis se *Graves v. Johnson*, 179 Mass. 53, 60 N.E. 383 (1901).

[707] Calamari/Perillo, Contracts, s. 783 hänvisar beträffande smuggelfall till det engelska rättsfallet *Biggs v. Lawrence* (1789) 100 Eng. Rep. 673, 3 T.R. 454. I målet synes visserligen lagen på Guernsey ha varit tillämplig men smugglarna avsåg att bryta mot engelsk rätt.

nings- eller tjänsteavtal.[708] Särskilt uppmärksammade har de s.k. guldklausulmålen blivit, varvid det står klart att den amerikanska valutalagstiftningen inför amerikansk domstol befriade parter från krav på betalning i guld.[709]

Mer omtvistat var emellertid tidigare om även utländska förbud befriade från prestationsskyldighet.[710] I modern praxis står emellertid klart att även utländsk rätt kan ha befriande verkan.[711] Så uttalas exempelvis i Second Restatement Contracts § 264 att ”[i]f the performance of a duty is made impracticable by having to comply with a domestic *or foreign* [min kurs.] governmental regulation or order, that regulation or order is an event the non-occurence of which was a basic assumption on which the contract was made”. Som exempel ges ett fall där A, medborgare i ett främmande land, avtalar med B om att sälja en viss kvantitet gods till honom. Efter att krig brutit ut, kräver A:s regering att A istället levererar sitt gods till den. När A sedan inte kan leverera till B gör han sig inte skyldig till något skadeståndsgrundande avtalsbrott.[712] I *Uniform Commercial Code* jämställs också uttryckligen utländsk lag med inhemsk såsom ursäkt att inte prestera.[713]

Vidare följer att amerikanska domstolar är beredda att beakta främmande konkurrensrätt, oavsett om denna tillhör lex causae eller inte, om den främmande konkurrensrätten förbjuder eller påbjuder ett visst handlande. Enligt den s.k. *Doctrine of Foreign Government Compulsion* i Third Restatement Foreign Relations § 441 gäller att

> ”a person generally may not be required by a state (a) to an act in another state that is prohibited by the law of that state or by the law of that state of which he is a national; or (b) to refrain from doing an

[708] Corbin on Contracts, § 1343.
[709] *Norman v. Baltimore & O.R. Co*, 294 U.S. 240 (1934).
[710] Se Corbin on Contracts, § 1351.
[711] *Texas Co. v. Hogarth Shipping Co.k*, 256 U.S. 619 (1921); *Rothkopf v. Lowry & Co.*, 148 F.2d 517 (2d Cir. 1945).
[712] Second Restatement Contracts, § 264 illustration 6 som till stora delar bygger på *Jackson & Co. v. Royal Norwegian Gov't*, 177 F.2d. 694 (2d Cir. 1949) certioari denied 339 U.S. 914 (1950).
[713] U.C.C. § 2-615(a).

act in another state that is required by the law of that state or by the law of the state of which he is a national".[714]

Invändningen respekteras och leder till att lex fori inte tillämpas om det är fråga om ett äkta tvång och utfärdarstatens åläggande avser det egna territoriet. Eftersom det här i första hand inte är fråga om att försöka undanröja kolliderande åligganden för den enskilde utan om en avvägning mellan staters intressen är det inte förvånande att ribban för beaktande av en "foreign compulsion-invändning" lagts högt. Särskilt viktigt är att det måste vara fråga om ett äkta tvång. Statligt tillstånd, deltagande eller stöd är inte tillräckligt för att "tvång" skall kunna åberopas.

I vissa fall kan lagstiftning som redan existerade vid tidpunkten för avtalets ingående befria part från hans åtaganden. Förutsättningen för befriande torde vara att hans okunskap om den gällande lagstiftningen eller myndighetsbeslutet är ursäktlig och att han inte på något sätt medverkat till dess tillkomst.[715]

7.4 Säranknytning av utländska internationellt tvingande regler

Det kan synas något tillkämpat att tala om just "säranknytning" vid en beskrivning av amerikansk internationell privaträtt. Termen torde vara helt okänd för andra än en begränsad krets amerikanska rättsvetenskapsmän med god kunskap om europeisk internationellt privaträttslig metoddebatt. Icke desto mindre förekommer säranknytningsliknande moment huvudsakligen då domstolar använder sig av governmental interest analysis eller Second Restatement.

Governmental interest analysis kan ju som ovan sagts (se s. 206) i mycket liknas vid en till sin spets driven säranknytningslära. För varje enskild rättsfråga görs en intresseanalys. Frågan om avtals ogiltighet och skadestånd på grund av brott mot främmande konkurrensrätt är en sådan fråga där Curries metod skulle ta den främmande statens till-

[714] Se allmänt Atwood, Revue suisse de droit international de la concurrence, Nr. 27, 1986 s. 11–20; Atwood/Brewster, Antitrust and American Business I, s. 260–274.
[715] Second Restatement Contracts § 266(1).

lämpningsintresse som utgångspunkt. Om den främmande konkurrensrätten är territoriellt tillämplig (gör anspråk på tillämpning) skall den också tillämpas utifrån dessa tillämpningsanspråk – om inte forumstatens konkurrensrätt också gör anspråk på tillämpning varvid denna i så fall får företräde.

Hänsynstaganden av governmental interest-karaktär spelar en roll också i Second Restatements lagvalsregler. Särskilt tydligt framgår detta i fråga om § 202 (Illegality). Second Restatement skiljer på frågan om följderna av ett avtals ogiltighet och frågan om avtalets ogiltighet som sådan.[716] Enligt § 202(1) bestäms följderna av ett avtals olaglighet av "det allmänna" avtalsstatutet, såsom det fastställts i §§ 187 och 188. Frågan om olaglighet är för handen avgörs istället av lagen i den stat där någon handling i anslutning till avtalets fullgörande har utförts eller skall utföras.

Vidare kan frågan om olaglighet också komma att avgöras av lagen i en stat där avtalet har eller kommer att få allvarliga följder. Som exempel i Second Restatement ges just ett konkurrensrättsligt fall, i vilket två parter i en stat överenskommit att monopolisera leveranserna av en viss råvara till en annan stat.[717] Skulle fullgörelse av avtalet vara olaglig på fullgörelseorten (eller i en annan stat där det får allvarliga följdverkningar) kommer avtalet i regel att betraktas som inexigibelt (§ 202(2)).

Vad beträffar kravet på anknytning till laglandet hänvisar Second Restatement till § 30 i Foreign Relations Restatement. Denna har ersatts av Third Restatement Foreign Relations § 402 (Bases of Jurisdiction to Prescribe). Enligt § 402 anses en stat ha rätt att reglera (jurisdiction to prescribe) bland annat handlingar som äger rum utanför dess territorium men som har eller har till syfte att få avsevärd (significant) effekt inom det egna territoriet.

Third Restatement Foreign Relations intar ståndpunkten att konkurrensrättslig lagstiftning grundad på effektprincipen är tillåtlig.[718] Som exempel på sådan rättmätig reglering anges särskilt tyska § 98 GWB och den extraterritoriella tillämpningen av EG:s konkurrensrätt.[719] I Third Restatement Foreign Relations § 415 (Jurisdiction to

[716] Second Restatement § 202 comment c.
[717] Second Restatement § 202 comment c.
[718] Third Restatement Foreign Relations, § 402 comment d.
[719] A.a., § 402 reporter's note 2.

Regulate Anti-Competitive Activities) regleras närmare vad som gäller för rätten att reglera konkurrenshindrande verksamhet. Bestämmelsen är att betrakta som en konkretisering av § 402[720] och konvergensen mellan den amerikanska och andra länders inställning beträffande bestämmande av konkurrensrättens tillämpningsområde beskrivs i positiva ordalag.[721]

Det ovan sagda om möjligheten till säranknytning av konkurrensrättsliga avtalspåverkande regler står om ej på lösan sand så inte på fast urberg. Frågan är, bortsett från en enstaka kommentar i Second Restatement, inte uppmärksammad i vare sig doktrin eller praxis.

Vad beträffar skadeståndsrättsliga spörsmål torde det även för dessa åtminstone i teorin finnas en möjlighet att tillämpa utländska konkurrensrättsliga skadeståndsregler efter deras eget tillämpningsområde. I Second Restatement § 145, som är huvudregeln avseende lagval för frågor om utomobligatoriskt skadestånd, hänvisas till den allmänna huvudregeln i § 6. I § 6 räknas andra (än forumstaten) intresserade staters relevanta ”policies” och deras relativa intresse av utgången av frågan[722] in som en faktor att ta i beaktande vid ett lagval. Just denna faktor lyfts i kommentaren till § 145(1) fram som en av de viktigare vid lagval inom detta rättsområde.[723]

[720] A.a., § 415 comment a.
[721] A.a., § 415 reporter’s note 9.
[722] The relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determinationof the particular issue.
[723] Second Restatement § 145, comment on subsection (1).

8 Sverige

8.1 Inledning

Till skillnad från vad som varit fallet vid undersökningarna av tysk, schweizisk och US-amerikansk rätt torde den svenska internationella privaträtten inte vara i behov av någon närmare presentation. Läsaren förväntas vara förtrogen med grundläggande svensk internationell privaträtt.[724] Vidare är inte syftet med kapitlet att ge en helt uttömmande beskrivning av den svenska rättens inställning till utländsk konkurrensrätt. Mycket av analysen i den delen återfinns istället i kapitlen 10 och 11 om avtalsrättsligt och utomobligatoriskt lagval. I framför allt kapitel 10 beaktas också till fullo de nyheter som Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser medför.[725]

Detta kapitel syftar till att måla en bakgrund inför den närmare analysen i kapitlen 10 och 11 samt till att klargöra rättsläget i Sverige fram till tiden för Romkonventionens inkorporering. Av särskilt intresse är därför frågan om utländska konkurrensrättsliga regler om avtals ogiltighet och skadestånd överhuvudtaget skulle kunna tillämpas i svensk domstol. Sak samma gäller för frågan om utländsk konkurrensrätt enligt svensk avtalsrätt kan beaktas såsom faktum eller om ett

[724] Därtill får allmänt hänvisas till Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1999.
[725] Inkorporerad genom lag (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

avtal i strid mot utländsk konkurrensrätt kan anses strida mot goda seder.

Något avgörande där utländsk konkurrensrätt tillämpats inför svensk domstol står inte att finna. Istället får det bli fråga om att försöka utröna vilken inställning svensk rätt intar i förhållande till andra slags internationellt tvingande regler av främst offentligrättslig natur. På så vis kan det möjligtvis gå att så att säga placera in den internationella konkurrensrätten på kartan.

8.2 Inställningen till utländsk offentlig rätt i skuldstatutet

Den helt avgörande skiljelinjen går i den svenska internationella privaträtten inte mellan internationellt tvingande regler och andra regler utan mellan privaträttsliga och offentligrättsliga regler. I litteraturen anses det vara en självklarhet att utländska privaträttsliga internationellt tvingande regler som tillhör avtalsstatutet skall tillämpas.[726] Frågan om utländsk offentligrätt tillämpas är däremot mer omstridd. Vidare råder oenighet om vilka regler som är att betrakta som offentligrättsliga.

Huvudprincipen i den svenska internationella privaträtten sägs vara att utländsk offentligrätt enligt den s.k. *isolationsprincipen*[727] inte tillämpas. Denna negativa inställning till utländsk offentlig rätt har motiverats dels med att det saknas ett intresse av att genomdriva ett främmande lands offentligrättsliga anspråk,[728] dels med att det helt enkelt (av nyss nämnda skäl) saknas lagvalsregler som ålägger domstolarna att tillämpa utländska offentligrättsliga regler. Om det inte finns någon lagvalsregel (skriven eller oskriven) som säger att utländsk rätt skall tillämpas kan så ej heller göras.[729] Svenska domstolar tar, oavsett om käranden utgörs av en främmande stat eller enskild, principiellt inte upp anspråk som grundar sig på offentlig rätt till prövning. Högsta

[726] Se t.ex. Gihl, Studier, s. 369 ff.; Bogdan, Svensk IP, s. 249.
[727] Termen myntad av Hjerner, Främmande valutalag, s. 254.
[728] Gihl, Studier, s. 367 f.; Bogdan, Svensk IP, s. 80; Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 121.
[729] Gihl, Studier, s. 367.

domstolen slog i *NJA 1961 s. 145 (Takvorianmålet)* fast att talan som är ”väsentligen avseende ett utländskt offentligrättsligt intresse” inte kan prövas av svensk domstol utan skall avvisas.[730]

Takvorianmålet är det kanske ledande prejudikatet i svensk rätt avseende frågan om utländsk offentligrätts behandling i svenska domstolar.[731] Det utgör kulmen på en segsliten tvist avseende betalningen för ett parti tobak som AB Svenska tobaksmonopolet köpte av den bulgariske köpmannen T.H. Takvorian i juni 1943 och som två gånger tidigare lett till process.[732] I juli 1942 hade mellan Sverige och Bulgarien ingåtts ett handelsavtal. Enligt ett tilläggsprotokoll till handelsavtalet skulle betalning för bulgariska varor som importerats till Sverige sättas in i svenska kronor på ett clearingkonto i Sveriges riksbank till förmån för bulgariska nationalbanken. Bulgariska nationalbanken skulle erlägga motsvarande belopp i bulgariska leva till de bulgariska exportörerna. Motsvarande skulle ske beträffande svensk export till Bulgarien. De bulgariska köparna skulle betala i leva till den bulgariska nationalbanken, som skulle underrätta den svenska clearingnämnden, vilken i sin tur skulle ombesörja betalning i svenska kronor till de svenska exportörerna ur medel som fanns på clearingkontot.[733]

När betalning för varorna skulle erläggas hade Takvorian flytt från Bulgarien till Schweiz. Eftersom Takvorian och bulgariska nationalbanken hade olika uppfattningar om hur betalningen skulle erläggas nedsatte Tobaksbolaget enligt lagen (1927:56) om nedsättning av pengar hos myndighet kvarstående del av köpeskillingen hos överexekutor.[734] Bulgariska staten yrkade att Takvorian skulle förpliktas att låta utanordna det hos överexekutor deponerade beloppet till clearingkontot. Takvorian bestred att bulgariska statens talan fick tas upp till

[730] Egentligen det tredje Takvorianmålet. Kritisk till avgörandet är Karlgren i sitt referat i SvJT 1967, s. 513–519. Hjerner, SvJT 1963, s. 194 f. uttalar sig däremot i gillande ordalag. Se om domstols behörighet avseende offentligrättsliga krav särskilt Dennemark, Svensk domstols behörighet, s. 92–109 och Pålsson, Rättspraxis, s. 42–47.

[731] Se Bogdan, Svensk IP, s. 81.

[732] Se NJA 1954 s. 268 och NJA 1955 not. C 682.

[733] För en närmare beskrivning av den tidens valutaregler se Lemkin, Valutareglering och clearing, s. 5–108.

[734] Genom lag (1981:804) ändrades överexekutor till länsstyrelsen. Se prop. 1980/81:84, s. 39 f.

prövning eftersom den grundade sig på bulgarisk offentligrättslig lagstiftning, vilken talan skulle avvisas av svensk domstol.

Hovrätten ansåg att den bulgariska statens talan huvudsakligen var grundad på de av bulgariska staten genomförda valutaregleringarna, som tillkommit i intresse att tillföra landet utländsk valuta. Talan fick sålunda anses väsentligen avse ett utländsk offentligrättsligt intresse och skulle därför avvisas. Högsta domstolen fastställde hovrättens domslut.

Det är svårt att exakt slå fast räckvidden av Högsta domstolens avgörande i Takvorianmålet. Beträffande utländska skattekrav hade HD redan i *NJA 1914 s. 409 (Fitinghoff och Procopé)* och *NJA 1924 s. 635 (Bruhn)* slagit fast att de var av sådan beskaffenhet att de inte kunde prövas av svensk domstol.[735] I rättsfallen *NJA 1909 s. 638 (Hilda Lundberg)*, *NJA 1933 s. 486 (Pineus I)* och *NJA 1935 not. A 217 (Pineus II)* har HD emellertid slagit fast att part kan ådömas att betala offentligrättsliga avgifter som har karaktären av arvode för en utförd tjänst. Kan därmed sägas att avgörandet i Takvorianmålet innebär att talan som baserar sig på utländsk offentligrättslig lagstiftning alltid skall avvisas?

För att kunna bedöma betydelsen av HD:s avgörande i Takvorianmålet måste det läsas mot bakgrund av ett antal tidigare avgöranden, som också behandlar utländsk offentligrätt. Av särskilt stor vikt är *NJA 1937 s. 1 (Guldklausulmålet)*.[736] För att något förenkla den amerikanska lagstiftningens gång hade i april 1933 enskilda förbjudits att inneha guld till ett värde av mer än 100 dollar och i juni hade kongressen utfärdat den s.k. *Joint Resolution*[737] enligt vilken guldklausuler förbjöds och alla betalningar, trots guldklausul, skulle anses vara behörigen fullgjorda genom betalning i deprecierade pappersdollar.

[735] Beträffande utländska skattekrav gäller numera lag (1990:314) om ömsesidig handräckning i skatteärenden, vilken gör det möjligt att efter särskilt avtal bistå främmande stat med bl.a. skatteindrivning.

[736] Handlingarna i målets behandling vid Svea HovR och HD utgavs av Riksgäldskontoret 1935–1937 i bokform i tre band: Guldklausulmålet I–III. Se Bagge, TfR 1937, s. 158–210; Lemkin, Valutareglering och clearing, s. 118–130 samt Hjerner, Främmande valutalag, s. 400–402 för en redogörelse för utländsk praxis beträffande guldklausullagstiftning. Återgivande av utländska domar också i Guldklausulmålet I–III, passim.

[737] 31 U.S.C. § 463.

Försäkringsbolaget Skandia hade under tiden november 1931 till och med april 1933 köpt obligationer av svenska staten. Dessa obligationer var försedda med en s.k. guldklausul, dvs. en utfästelse att såväl kapital som ränta skulle betalas i amerikanska guldmynt. När Skandia hos National City Bank i New York, där betalning skulle ske, 1933 krävde betalning efter guldvärde vägrade banken. Istället erbjöds betalning mot det lägre nominella beloppet i dollarsedlar. I målet var fråga om tillämplig lag på obligationsavtalet mellan Skandia och Riksgäldskontoret samt också om *Joint Resolutions* tillämpning i svenska domstolar.

Högsta domstolen fann efter ”en avvägning mot varandra av de objektiva moment i rättsförhållandet, som äro ägnade att giva utslag i den ena ellar andra riktningen”[738] lagen i delstaten New York tillämplig på gäldförhållandet. HD gick därefter vidare till att bl.a. pröva frågan om guldklausulens giltighet för sig och kom fram till att även beträffande denna, lagen i New York var tillämplig; dvs. *Joint Resolution* tillämpades och guldklausulen ansågs ogiltig. Majoriteten diskuterade dock aldrig frågan om lagstiftningens offentligrättsliga karaktär skulle påverka dess tillämplighet vid svensk domstol. Frågan hade emellertid uppmärksammats av parterna[739] och minoriteten bestående av justitieråden EKBERG och BAGGE tog uttryckligen ställning till frågan om den amerikanska guldklausullagstiftningens offentligrättsliga karaktär skulle leda till att den inte var tillämplig vid svenska domstolar. De ansåg inte att denna utgjorde något hinder.

Högsta domstolens majoritet får tolkas som att den amerikanska guldklausullagstiftningens offentligrättsliga natur i och för sig inte utesluter dess tillämpning vid svensk domstol. En särskild prövning var

[738] HD:s avgörande har tagits för ett ställningstagande för den s.k. individualiserande metoden. Se bl.a. Dennemark, SvJT 1943, s. 683 (jakande men beklagande) och Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 38. Mycket tveksam till om metoden överhuvudtaget existerat är Göranson, Essays Pålsson, s. 52–61 m.v.h. i not 24.

[739] Se Guldklausulmålet I, s. 248 f. och passim. Majoritetens domslut uppvisar också vissa likheter med Nials resonemang i TfR 1934, s. 47 f. som också oberopats i processen. Nial uppmärksammar bl.a. frågan om främmande guldklausullagstiftning p.g.a. sin natur överhuvudtaget borde tillämpas. Senare (1955) har Gihl uttalat att *Joint Resolution* var privaträttslig och inte gav anledning till några betraktelser om tillämpningen av utländska offentligrättsliga lagar. Se Gihl, Studier, s. 373.

emellertid påkallad. Majoriteten prövade först om den svenska guldklausullagstiftningen var tillämplig och sedan det konstaterats att den inte var det gick den vidare till att pröva den amerikanska regelns omfattning och syfte samt rättsförhållandets anknytning till New York. NIAL anser det möjligt att det majoriteten här gjorde blott var en prövning av lagens förenlighet med svensk ordre public.[740] Om så inte var fallet utan den främmande valutalagens tillämplighet fick anses underkastad ytterligare begränsningar, dvs. att det krävs något ytterligare för dess tillämpning än att den inte strider mot svensk ordre public, ifrågasätter han om det finns någon praktisk skillnad gentemot minoritetens ståndpunkt.[741]

Minoriteten gjorde nämligen tydligt klart att frågan om den amerikanska guldklausullagstiftningens tillämplighet, med anledning av dess övervägande offentligrättsliga karaktär, borde bedömas för sig – oberoende av vilket lands lag som var avtalsstatut. Även minoriteten kom fram till att den amerikanska *Joint Resolution* skulle tillämpas. Såväl majoritetens som särskilt minoritetens tillvägagångssätt uppvisar faktiskt vissa likheter med förfarandet enligt den långt senare artikel 7 Romkonventionen (se nedan kap 10).

HJERNER drar från Guldklausulmålet slutsatsen att främmande guldklausullagstiftning enbart kan tillämpas om den härstammar från avtalsstatutet, dvs. en kongruenssituation föreligger.[742] Så var förvisso onekligen fallet i Guldklausulmålet och hans uppfattning stöds av det senare *NJA 1942 s. 389 (Salomon)*. Ett tyskt företag som tillverkade paraplyer för export till bl.a. Sverige hade till den tyske emigranten H.E. Salomon i Manchester, Storbritannien överlåtit alla tillgångar företaget hade i Sverige (kundfordringar och varulager) som betalning av vissa

[740] Malmar, SvJT 1942, s. 402 har ifrågasatt om inte den amerikanska guldklausullagstiftningen borde ha ansetts strida mot ordre public.

[741] Se Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 156. Likaså ifrågasättande betydelse beträffande slutresultatet är Dennemark, SvJT 1943, s. 695. Cavalli, Om statslån och statsskulder, s. 304 skriver att majoritetens resonemang inte enbart synes ha utgått från frågan om ordre public utan även beaktat den amerikanska guldklausullagstiftningens offentligrättsliga karaktär.

[742] Hjerner, Främmande valutalag, s. 169. Hjerner använder sig av termen ”konnex”. I det följande kommer jag att beteckna ett sammanfallande av skuldstatut och internationellt tvingande reglers tillämpningsavsikt ”kongruens”. Se även Lemkin, Valutareglering och clearing, s. 135 som också uttalar sig för tillämpning av prestationsortens lag. Se även s. 146.

skulder till Salomon. Överlåtelsehandlingen hade upprättats i Göteborg. Gäldenären betalade till ett konto i Skandinaviska banken i Göteborg. Eftersom förutom Salomon även Deutsche Bank gjorde anspråk på medlen nedsattes beloppet hos överexekutor.

Deutsche Bank gjorde gällande att överlåtelsen till Salomon var ogiltig eftersom den stred mot tysk valutalag. Salomon invände att den tyska valutalagstiftningen inte kunde tillämpas vid svensk domstol eftersom den var offentligrättslig. Högsta domstolen tillämpade svensk rätt på frågan om giltigheten av överlåtelsen och uttalade beträffande den tyska valutalagens tillämplighet att ”[d]å på nämnda grunder svensk lag skall äga tillämpning å dessa frågor, kan den tyska lagen av d. 4 febr. 1935 om förvaltningen av utländska betalningsmedel med tillhörande föreskrifter – oansett den begränsning av lagens tillämplighet som eljest må kunna följa av hänsyn till dess natur – icke åberopas såsom grund för överlåtelsens ogiltighet”.

HD:s avgörande synes medföra att enbart främmande valutalagstiftning som är kongruent med avtalsstatutet kan tillämpas.[743] Om valutalag och avtalsstatut är kongruenta återstår att pröva om valutalagen strider mot svensk ordre public och i övrigt uppfyller de krav för tillämpning som kan ställas på främmande (offentligrättslig) valutalag. Hänvisningen till Guldklausulmålet i rubriken tyder på att, om kongruens hade förelegat, (förutom en ordre public-prövning) den främmande valutalagens omfattning och syfte skulle ha prövats samt att rättsförhållandet också måste ha haft en stark anknytning till laglandet för att tysk valutalag skulle ha kunnat tillämpas.[744]

Justitierådet BAGGE skrev sig skiljaktig och hävdade konsekvent det ställningstagande han intagit redan i Guldklausulmålet. Frågan om utländsk offentligrättslig lagstiftning skall tillerkännas verkan får avgöras oberoende av vilken lag den internationella privaträtten utpekar som tillämplig på rättsförhållandet, dvs. frågan om kongruens saknar betydelse. Enligt Bagge kunde utländsk offentlig rätt endast undantagsvis beaktas. Om inte annat följer av stadgande i lag eller ingången konvention är huvudregeln att utländsk offentlig rätt inte skall ges verkan. Eftersom överlåtelsen avsåg tillgångar belägna i Sverige, kunde

[743] Se Hjerner, Främmande valutalag, s. 172.
[744] Se Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 147 särskilt not 1 för möjliga alternativa tolkningar.

överlåtarens tyska medborgarskap eller omständigheterna i övrigt inte utgöra tillräcklig grund för undantag från huvudregeln.[745]

För att nu återvända till innebörden av HD:s avgörande i Takvorianmålet kan mot bakgrund av äldre praxis detta avgörande inte tolkas som om det råder ett strikt förbud mot tillämpning av utländsk offentligrätt i svenska domstolar. Svaret på frågan om den utländska offentligrättens ställning måste bli mer nyanserat än så.

Skillnaden mellan Takvorian- och Guldklausulmålen kan sägas ligga i den utländska lagstiftningens natur. I Takvorianmålet syftade den bulgariska lagstiftningen till att tillvarata den bulgariska statens intresse av att tillföra landet utländsk valuta. Samma ”statsegoistiska” syfte bakom lagstiftningen kan sägas ligga bakom utländska expropriationer, som heller inte erkänns utanför den exproprierande statens egna territorium.[746] I Guldklausulmålet syftade den amerikanska guldklausullagstiftningen visserligen huvudsakligen till att tillvarata offentliga intressen, enkannerligen intresset av att kunna devalvera den egna valutan för att undvika konkurser och arbetslöshet. Den syftade emellertid också till att tillvarata enskilda gäldenärers intresse av att undvika en obillig ökning av deras skuldbörda.[747] Någon regel som principiellt hindrar tillämpning av utländsk offentlig rätt kan därför inte härledas ur svensk rättspraxis. HD:s uttalande i Salomonfallet, där domstolen i sitt uttalande höll det för principiellt möjligt att tillämpa utländsk offentligrätt, stöder också denna tes. Ur Salomonfallet kan också utläsas ett krav på kongruens med avtalsstatutet. I detta avseende får dock anses att Romkonventionen medfört en ändring. Konventionens artikel 7.1 gör det möjligt att tillämpa utländsk offentligrätt även när denna inte härstammar från avtalsstatutet (se nedan kap. 10).

[745] Inställningen att tillgångar belägna i Sverige inte kan nås av utländsk offentligrättslig lag överensstämmer med principen om utländska expropriationers territoriella begränsningar. Se bl.a. NJA 1941 s. 427, NJA 1941 s. 434, NJA 1941 s. 437, NJA 1941 s. 441 samt Bogdan, Expropriation, s. 50 ff. m.v.h.

[746] Se Bogdan, Expropriation, s. 50 ff.

[747] Man kan här jämföra med den svenska guldklausullagstiftningen – lag (1932:212) om betalning på grund av vissa obligationer. Upphävd genom lag (1994:103) om upphävande av ett antal föråldrade lagar och andra författningar. Av förarbetena framgår att den svenska lagen syftade till att tillvarata såväl allmänna som enskildas intressen. Se NJA II 1932, s. 756 och 759.

Inställningen i svensk rätt kan därmed i stort sett sägas överensstämma med inställningen i tysk rätt och i schweizisk rätt före ikraftträdandet av IPRG. Huvudregeln är att utländsk offentlig rätt inte tillämpas men under vissa förutsättningar kan sådana regler tillerkännas verkan som också syftar till att tjäna enskildas intressen.[748]

8.3 Materiellrättsliga korrektur

8.3.1 Avtal i strid mot lag och goda seder

I svensk rätt förekommer i likhet med tysk, schweizisk och amerikansk rätt rättsfiguren avtal i strid mot lag och goda seder. Till skillnad från i tysk och schweizisk rätt, men i likhet med amerikansk, finns dock inget allmänt stadgande med denna innebörd. I förslaget till avtalslag uttalade kommitterade att:

> I utländsk lagstiftning förekomma understundom allmänna bestämmelser av innehåll, att rättshandlingar, som strida mot lag eller goda seder, äro ogiltiga. Enligt kommitténs mening skulle ett dylikt allmänt uttalande icke äga något värde. Det är ingalunda säkert, att en rättshandling, som ur viss synpunkt är lagstridig eller till och med straffbar, icke är civilrättsligt giltig, och lika litet torde någon allmän rättsregel kunna uppställas av innehåll, att varje rättshandling, som går ut på något moraliskt förkastligt eller innefattar vederlag därför, är ogiltig. Frågan, om och i vad mån en rättshandling på grund av det omoraliska i dess innehåll må anses juridiskt ogiltig, torde hädanefter liksom hittills böra överlämnas åt domstolarna att efter omständigheterna i det särskilda fallet avgöra.[749]

Det finns däremot flera specialstadganden av betydelsen att avtal i strid mot en viss lag är ogiltiga. Det här kanske mest relevanta exemplet är just 7 § konkurrenslagen, enligt vilken konkurrensbegränsande avtal är ogiltiga.

Sedan avtalslagens tillkomst har uppmärksammats att ogiltigheten ”har något fyrkantigt över sig” – det är fråga om allt eller intet. Ogil-

[748] BGH 17.12.1959, BGHZ 31, 367 och BGE 80 II 53 (se ovan kap. 5.2.2 och 6.2.1)
[749] NJA II 1915, s. 235.

tigheten tillgodoser inte det behov av mellanlösningar som finns.[750] Det är inte heller säkert att ett avtal som strider mot lag eller goda seder är just ogiltigt.[751] Domstolen torde ha ganska stor frihet att, inom ramen för vad parterna yrkat, jämka avtalet, föranstalta om partiell ogiltighet eller möjligtvis laborera med tidpunkten för ogiltighetens inträdande. Vidare kan förekomma att talan avvisas om avtalets otillbörliga karaktär uppenbart framgår av grunderna för yrkandet eller av utredningen i målet.[752]

I den mån man nu kan säga att avtal i strid mot lag är ogiltiga (eller drabbas av någon annan civilrättslig sanktion), torde därmed enbart kunna förstås avtal i strid mot svensk lag.[753] Något belägg för att man i svensk rättspraxis funnit att ett avtal i strid mot *främmande* lag ansetts ogiltigt eller dylikt på den grunden att det skulle strida mot de goda sederna står heller inte att finna.[754]

NIAL antar emellertid principiellt att vissa avtal i strid mot främmande lag skulle kunna anses ogiltiga på den grund att de står i strid mot svensk uppfattning om goda seder.[755] LEMKIN har också uttalat sig för att avtal i strid mot främmande valutalag i vissa fall kan anses ogiltiga på den grunden att de strider mot de goda sederna i forumstaten. Av betydelse för bedömningen av om avtalet kan anses omo-

[750] Grönfors, Avtalslagen, s. 178.
[751] Nial, TfR 1936, s. 5.
[752] Se NJA 1992 s. 299 och NJA 1997 s. 93. Se Andersson, Dispositionsprincipen, s. 255–263 för en diskussion om avtal i strid mot EG:s konkurrensrätt bör avvisas eller ogillas.
[753] Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 124; Hjerner, Främmande valutalag, s. 607.
[754] Hjerner, Främmande valutalag, s. 608 vill ur NJA 1941 s. 459 (Alltrafik) utläsa att valutasmuggling i strid mot främmande lag inte står i strid mot de goda sederna. Någon osedlighet p.g.a. brottet mot den utländska valutalagen nämndes emellertid aldrig i målet. Visserligen skall domstol beakta ogiltighet p.g.a. osedlighet ex officio men det är nog ändå att göra en höna av en fjäder att tolka in ett ställningstagande mot osedlighet i ett fall där denna vare sig gjorts gällande av parterna eller med ett ord nämnts av domstolarna. Min maning till försiktighet gäller särskilt som rättsfallet härstammar från tiden före renodlingen av HD till prejudikatinstans. I dessa äldre rättsfall var HD mer inriktad på att avgöra det konkreta målet än att skapa vägledande prejudikat.
[755] Se Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 124 som dock utan vidare reflexioner hänvisar till Nussbaum och Batiffol (not 4).

raliskt är därvid förhandenvaron av valutalagstiftning också i forumstaten.[756] En mer återhållsam inställning företräds av HJERNER, som påkallar yttersta restriktivitet beträffande möjligheten att hålla avtal i strid mot utländsk lag för omoraliska eller osedliga. Huvudregeln får antas vara att dylika förbudsstridiga avtal inte kan uppfattas som omoraliska. Han vill dock hålla dörren öppen för vissa undantag, såsom avtal i strid mot förbud som tjänar till skydd för folkhälsan eller på annat sätt vilar på humanitära grunder, såsom in- och utförselförbud beträffande gifter, droger och smittobärande föremål.[757]

Det är naturligtvis så att *om* nu överhuvudtaget denna teknik att beakta innehållet i utländsk rätt är tillrådlig (se nedan kap. 10.4) bör, oaktat att det inte strider mot svensk lag, inte den svenska rättsordningen låna sig till att verkställa vissa djupt omoraliska avtal om narkotikasmuggling, prostitution och dylikt.[758] Förutom dessa uppenbara fall där den främmande lagen syftar till omedelbart skydda människors liv och hälsa kan också tänkas att tekniken skulle kunna användas till att ogiltigförklara vissa avtal i strid mot internationella förpliktelser som Sverige ingått men ej införlivat med svensk rätt. Exempel på det senare skulle kunna vara artikel VIII (2) (b) i Internationella valutafondens (IMF:s) stadga, enligt vilken ”[v]alutakontrakt, som avse någon medlems valuta och som stå i strid med valutakontrollbestämmelser tillämpade eller införda i enlighet med detta avtal, [icke] skola […] kunna göras gällande inom någon medlems territorier”.[759] Den regeln har inte blivit införlivad med svensk rätt men möjligtvis skulle osedligheten kunna vara ett verktyg att ta till för att Sverige ändå skall kunna uppfylla sina internationella förpliktelser.[760]

[756] Lemkin, Valutareglering och clearing, s. 146.
[757] Hjerner, Främmande valutalag, s. 613.
[758] Här bör erinras om att enligt BrB 2:3 p. 6–7 vissa brott begångna av utlänningar utomlands – exempelvis olovlig befattning med kemiska vapen, mord, dråp och människorov – oaktat det är straffbara enligt svensk lag. Ett avtal om smuggling av kemiska vapen mellan två främmande stater strider därför mot svensk lag och talan om ersättning för utförd smuggling skall därför avvisas av svensk domstol.
[759] SÖ 1953:74.
[760] En annan och bättre lösning vore att frångå den dualistiska inställningen i förhållande till internationella avtal och därmed göra konventionens bestämmelser direkt tillämpliga i svensk domstol.

Man kan kritisera metoden att hålla avtal i strid mot främmande lag för ogiltiga på den grunden att de skulle strida mot de goda sederna. Det blir fråga om en ”dold” lagvalsregel och det kunde vara lämpligare och ärligare att istället anpassa lagvalsreglerna så att de öppet leder till tillämpningen av utländsk rätt beträffande den relevanta rättsfrågan (mer om det nedan i kap. 10.4).

8.3.2 Prestationshinder

8.3.2.1 De relevanta rättsreglerna

I den svenska doktrinen råder fullständig enighet om att hänsyn kan tas till utländsk rätts faktiska verkningar även om svensk rätt är tillämplig på avtalet och den utländska rätten är av offentligrättslig karaktär.[761] Frågan om i vilken utsträckning som utländsk rätt kan beaktas som prestationshinder är i huvudsak en civilrättslig fråga och inte en internationellt privaträttslig sådan. Framställningen i det närmaste är därför endast av rent översiktlig karaktär.[762]

I svensk rätt finns ingen motsvarighet till de allmänna bestämmelserna om omöjlighet i tysk och schweizisk rätt (se ovan kap. 5.3.2 och 6.3.2) eller till den allmänna formuleringen i Second Restatement Contracts § 264 om avtals omöjlighet. De skrivna svenska lagregler som kan komma att tillämpas på frågan om utländsk rätt som prestationshinder står främst att finna i avtalslagen och beträffande avtal om köp av lös egendom i köplagen.

Den avtalsrättsliga bestämmelse som möjligen skulle kunna tillämpas på en situation där utländsk rätt omöjliggör eller försvårar avtalets fullgörande är 36 § avtalslagen, som gör det möjligt att jämka avtalsvillkor om dessa på grund av omständigheterna vid avtalets tillkomst eller senare inträffade förhållanden är oskäliga. Någon praxis eller doktrin beträffande bestämmelsens tillämpning på de här aktuella fallen finns tyvärr inte. Vidare kan tänkas att den okodifierade förutsättningsläran kan komma att spela en roll.[763]

[761] Se Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 151; Gihl, Studier, s. 370; Eek, Lagkonflikter i tvistemål, s. 200 ff.; Bogdan, Svensk IP, s. 86 f.
[762] För en utförlig redogörelse för äldre rätt, som i stora delar dock fortfarande kan vara av intresse se Hjerner, Främmande valutalag, s. 558–604.
[763] Se om denna främst Lehrberg, Förutsättningsläran.

Om det är fråga om ett avtal om köp av lös egendom torde ett utländskt förbud mot fullgörelse av avtalet leda till att antingen köparen eller säljaren kommer i dröjsmål och att köplagens regler om motpartens rättigheter vid mora aktualiseras.[764] I 23 och 53 §§ köplagen finns bestämmelser om rätt till krav på *fullgörelse* vid säljarens respektive köparens dröjsmål. Enligt 23 § är säljaren inte skyldig att fullgöra köpet om det föreligger ett hinder som han inte kan övervinna eller om fullgörelsen skulle förutsätta orimliga uppoffringar. Motsvarande gäller enligt 53 § vid köparens dröjsmål.

Enligt 25 § köplagen gäller att köparen har rätt att *häva* köpet på grund av säljarens dröjsmål om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse för köparen och säljaren insåg eller borde ha insett detta. Motsvarande gäller enligt 54 § beträffande köparens dröjsmål. Är det istället fråga om ett speciesköp (köp av bestämd vara) gäller enligt 26 § att köparen endast får häva köpet om syftet med köpet är väsentligen förfelat på grund av dröjsmålet.

Slutligen gäller enligt 27 § köplagen att köparen har rätt till *skadestånd* om inte dröjsmålet beror på ett hinder utanför säljarens kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit. Skadeståndsskyldighet för indirekt förlust uppstår endast om säljaren varit vårdslös, 27 § 4 st. Beträffande köparens mora gäller enligt 57 § att säljaren har rätt till skadestånd om inte köparen visar att dröjsmålet beror på lag, avbrott i den allmänna samfärdseln eller betalningsförmedlingen eller annat liknande hinder som köparen inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit.

Det bör poängteras att rätten till skadestånd kan kvarstå även om säljaren befrias från fullgörelse enligt 23 §. I praktiken är också skadeståndssanktionen av störst praktisk betydelse. Köparen företar normalt ett täckningsköp respektive säljaren en täckningsförsäljning. Om denna täckningstransaktion visar sig mindre fördelaktig än den ursprungligen avtalade föreligger en rätt till skadestånd.[765]

I 1905 års köplag (ÄköpL) gjordes en skillnad mellan speciesköp och genusköp (leveransavtal). Om köpet avsåg bestämt gods var säl-

[764] Se Håstad, Den nya köprätten, s. 42; Ramberg, Köplagen, s. 310 om icke-uppfyllelse som dröjsmål.
[765] Ramberg, Köplagen, s. 306 f.

rens skadeståndsansvar relativt lindrigt medan ansvaret vid leveransavtal i princip var strikt med mycket begränsade möjligheter till ansvarsbefrielse om inte annat avtalats.[766] Befrielsegrunderna ansågs också för snäva i det praktiska rättslivet.[767] Det är mot bakgrund av lagändringen tyvärr så att betydelsen av tidigare rättspraxis och uttalanden i doktrinen kraftigt minskat.[768] Någon rättspraxis rörande främmande rätt som prestationshinder från tiden efter nya köplagens ikraftträdande finns inte.

Det går därför knappast att med bestämdhet uttala sig om den köprättsliga betydelsen av förbud mot fullgörande i främmande lag. Frågan torde inte kunna ges ett generellt svar utan får besvaras från fall till fall. Av förarbetena till köplagen framgår emellertid att även om det inte uttryckligen stadgas,[769] exempelvis export- och importförbud samt förbud mot att saluhålla vissa varor kan utgöra sådana hinder som befriar från skyldighet till fullgörelse.[770]

8.3.2.2 Tillämpning på de konkurrensrättsliga fallen

Allmänt kan om konkurrensrättsliga förbud som prestationshinder sägas att de i normalfallet får betraktas som ursprungliga. Eventuellt åläggande från konkurrensvårdande myndighet att upphöra med tillämpningen av ett visst avtal förknippat med eventuellt hot om böter följer givetvis efter avtalets ingående men den lagstiftning som myndighetens beslut grundar sig på förelåg, om inte lagen ändrats, redan vid avtalets ingående. De konkurrensrättsliga fallen skiljer sig därför något från de ”klassiska” fallen av import- och exportförbud vid tider av orolighet och allmän knapphet – dessa kunde ju komma som en överraskning för parterna.

Det innebär att ett större avtalsrättsligt ansvar möjligen kan läggas på den part vars konkurrensrätt förbjuder avtalet. Han kan åläggas ett

[766] Ramberg, Köplagen, s. 308.
[767] Håstad, Den nya köprätten, s. 47 (hävning), 53 (skadestånd)
[768] Se för den här behandlade frågan främst Hjerner, Främmande valutalag, s. 561–583.
[769] I 24 § ÄKöpL fanns en bestämmelse om säljarens skadeståndsansvar vid dröjsmål vid leveransavtal enligt vilken säljaren, om han på grund av bestämmelser som han vid köpets avlutande inte borde ha tagit i beräkning såsom bland annat krig, införselförbud eller därmed jämförlig händelse, var befriad från att ersätta den skada som uppstått på grund av dröjsmålet.
[770] Prop. 1988/89:76, s. 99.

större ansvar att känna till innehållet i den egna konkurrenslagen. Om det är fråga om ett klart konkurrensbegränsande avtal såsom exempelvis en marknadsuppdelningskartell, som är förbjuden i de flesta rättsordningar, kan så dock knappast vara fallet. Å andra sidan kan också hänsyn tas till vilken av parterna som eventuellt föreslagit vissa avtalsklausuler som visar sig strida mot konkurrensrätten.

Om det är fråga om ett avtal om köp av lös egendom torde ett myndighetsförbud, till skillnad från de ”klassiska” import- och exportförbudsfallen, i och för sig knappast förbjuda leverans av den eller de varor avtalet avser. Det förbudet riktar sig mot är rimligtvis tillämpningen av vissa konkurrenshindrande avtalsvillkor på köpet i fråga. Därför är det i normalfallet alltid fysiskt möjligt för säljaren att leverera och därmed fullgöra köpet. Om det exempelvis är fråga om ett ensamåterförsäljaravtal med ett förbud mot ”passiv” försäljning, dvs. förbud mot försäljning till en konsument som söker upp en återförsäljare inom ett annat område, torde leverantören inte enligt 23 § köplagen vara befriad från fullgörelse. Det går utmärkt att leverera varorna utan att tillämpa det konkurrenshindrande avtalsvillkoret. Om istället varuleverans skolat ske från ett visst joint venture-företag vars bildande bedömts strida mot konkurrensrätten och därför förbjudits, kan det anses vara ett hinder mot fullgörelse.[771] Som framgår är de olika avtalstyper som kan drabbas av konkurrensrättsliga förbud en alldeles för heterogen grupp för att det skall gå att uttala sig generellt.

Om säljaren inte fullgör avtalet på grund av det inhemska myndighetsförbudet har köparen enligt 25 § köplagen alltid rätt att häva köpet. Orsaken till avtalsbrottet saknar nämligen betydelse för hävningsrätten.[772] Denna har dock betydelse beträffande rätten till skadestånd. Motsvarande gäller beträffande köparens mora enligt 54 § köplagen.

Beträffande säljarens skadeståndsskyldighet gäller enligt 27 § köplagen ett kontrollansvar. Detta kontrollansvar är uppbyggt på fyra huvudsakliga rekvisit:

[771] I prop. 1988/99, s. 100 sägs att om sättet för köpets fullgörande specificerats i avtalet i syfte att begränsa säljarens åtagande, kan omständigheter till följd av vilka fullgörelse inte kan ske på detta sätt utgöra ett relevant hinder. I propositionen ges sedan ett exempel där det avtalats att säljaren skall leverera säd från sitt eget jordbruk. Om skörden från just detta jordbruk sedan förstörs, föreligger ett hinder för att fullgöra köpet.
[772] Ramberg, Köplagen, s. 329.

1) det skall föreligga ett hinder (*hindersrekvisitet*),
2) hindret skall ligga utanför säljarens kontroll (*kontrollrekvisitet*),
3) säljaren skall inte skäligen kunnat förväntas räkna med hindret vid köpet (*oförutsebarhetsrekvisitet*),
4) det skall vara oskäligt att undvika eller övervinna hindret (*aktivitetsrekvisitet*).[773]

Vad beträffar *hindersrekvisitet* kan hänvisas till vad som tidigare sagts om rätten att kräva fullgörelse. Rätten till skadestånd kan som nämnts kvarstå trots att fullgörelse inte kan krävas. *Kontrollrekvisitet* är däremot något svårare att bedöma. Det ligger naturligtvis inom säljarens kontroll att utforma avtalen på så vis att de uppfyller kraven i konkurrenslagstiftningen. Om lagstiftningen däremot ändras och inte tar hänsyn till gamla avtal får det förbud som senare drabbar honom i regel anses ligga utanför hans kontroll. Detsamma får anses gälla beträffande *oförutsebarhetsrekvisitet*. Enligt devisen *error iuris semper nocet* får anses gälla att säljaren förväntas känna till innehållet i gällande konkurrensrätt. Återigen gäller dock att om lagstiftningen ändras utan att ta hänsyn till gamla avtal, och planerna på ändring var okända vid avtalets ingående, kan det inte krävas att säljaren skulla ha kunnat räkna med detta hinder. Slutligen kan gällande *aktivitetsrekvisitet* inte krävas att säljaren skall bryta mot lagen och trotsa myndighets förbud för att fullgöra avtalet. Om myndighetens förbud enbart drabbar vissa avtalsklausuler kan i många fall dock hindret övervinnas och leverans ske.

Sammanfattningsvis kan sägas att säljaren ytterst svårligen kan undkomma sin skadeståndsskyldighet genom att åberopa ett konkurrensrättsligt förbud. Precis som i fall av in- och utförselförbud torde det endast vara möjligt i fall av efterkommande lagstiftning. Åtminstone i europeisk miljö tar dock konkurrensrätten i regel hänsyn till avtal som ingåtts före lagens ikraftträdande och övergångsbestämmelser ges.

Rimligtvis måste man ta hänsyn till om det konkurrensrättsliga förbudet drabbar själva köpeavtalet, ett annat avtal som båda parterna ingått, eller ett avtal som enbart en av parterna är part till, men som är nödvändigt för köpeavtalets fullgörande. I det sistnämnda fallet kan ett konkurrensrättsligt förbud normalt sett endast ha befriande verkan om det, som sagts ovan, är fråga om efterkommande lagstiftning som

[773] A.a., s. 345.

förbjuder avtalet. I de två förstämnda varianterna är det fullt möjligt att det konkurrensrättsliga förbudet endast hindrar ena parten från att prestera. Det är dock inte rimligt att exempelvis säljaren ensam får stå risken och eventuellt blir skadeståndsskyldig om omöjligheten att prestera beror på ett avtal till vilket även köparen är part. I sådana fall skulle köparen erhålla en orättvis vinst och skadeståndsskyldigheten bör bortfalla eller jämkas till noll.

8.4 Säranknytning

Säranknytningsläran i de former den flitigt debatterats i främst tysk och schweizisk doktrin, har inte alls på samma sätt uppmärksammats i svensk internationellt privaträttslig litteratur. Helt spårlöst har den kontinentala diskussionen dock inte gått förbi. HJERNER[774] förefaller ha läst såväl Wenglers som Zweigerts banbrytande uppsatser från 1941 respektive 1942 och NIAL[775] har åtminstone läst Zweigert.[776] Nial har ifrågasatt om inte de offentligrättsliga lagarnas särskilda natur motiverar att andra förutsättningar för deras beaktande uppställs än vad som gäller för utländska civilrättsliga lagar.[777] I princip förordar han också en särskild anknytning av utländsk offentlig rätt. I fråga om utländsk valutalagstiftnings tillämplighet, som han behandlar särskilt, anser han att reglerna om fastställande av skuldstatut inte är lämpade att avgöra tillämpligheten av dylika offentligrättsliga lagar. Om den utländska valutalagstiftningen gör anspråk på tillämpning beträffande egendom som är belägen inom dess territorium bör detta tillämpningsanspråk också erkännas.[778] Nials uttalande skulle kunna tolkas som en säranknytning som kvalificeras av ett krav på nära anknytning, vilket i fråga om främmande valutalag utgörs av egendomens belägenhet i laglandet.

BOGDAN förefaller vara den första som uppmärksammade namnet ”Sonderanknüpfung” och han ger också intryck av att vara positivt in-

[774] Hjerner, Främmande valutalag, s. 192 f och 533
[775] Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 146 och 151.
[776] Wengler, ZvglRWiss 1941, s 168–212; Zweigert, RabelsZ 1942, s 283–307.
[777] Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 122 f.
[778] A.a., s. 148 f. Mycket oförstående Gihl, Studier, s. 371.

ställd till idén att tillämpningen av utländsk offentlig rätt bestäms oberoende av lex causae.[779]

Som framgått under kap. 8.2 fanns dock tanken på en från skuldstatutet skild behandling av utländsk (internationellt tvingande) offentlig rätt företrädd av framför allt BAGGE redan på 1930-talet.[780] Det är också den uppfattningen han företrädde i sina minoritetsvota i Guldklausul- och Salomonmålen (se ovan s. 226 och 228). Bagge synes ha hämtat sina idéer från Neumeyer, vars arbete ”Internationales Verwaltungsrecht” utkom 1936.[781] Neumeyer kan också ses som något av en föregångare till den senare utvecklingen av säranknytningsläran (se ovan kap. 2.4.2).

8.5 Särskilt om utländsk konkurrensrätt

Det finns inget fall i vilket svensk domstol tillämpat utländsk konkurrensrätt. Det går därför naturligtvis inte att med säkerhet uttala sig om hur en svensk domstol skulle förhålla sig till dylika regler om deras tillämpning aktualiserades i en process. Mot bakgrund av tidigare praxis och uttalanden i litteraturen tycker jag ändå att det går att dra vissa ganska säkra slutsatser.

I *NJA 1941 s. 350 (sjukgymnasten i Transvaal)* aktualiserades tillämpningen av sydafrikansk rätt på en konkurrensklausul. Enligt denna konkurrensklausul förband sig sjukgymnasten Thorvald Hammarin att vid vite av 1 000 pund sterling, att efter att anställningen som sjukgymnast hos Martin Hogstadius och Gottfrid Johansson upphört, bl.a. inte arbeta såsom massör eller sjukgymnast inom Transvaals gränser vare sig för egen räkning eller såsom assistent hos någon annan.

En sådan konkurrensklausul var enligt sydafrikansk rätt ogiltig medan den enligt svensk rätt inte sträckte sig längre än vad som kunde anses skäligt enligt 38 § avtalslagen.[782] På fallet kom svensk rätt att tillämpas men några principiella invändningar mot tillämpningen av den

[779] Bogdan, Expropriation, s. 29 ff. Se också dens. Svensk IP, s. 83.
[780] Bagge, TfR 1937, s. 158–210.
[781] Se litteraturförteckningen.
[782] Se för de konkurrensrättsliga aspekterna av fallet Adlercreutz/Flodgren, Konkurrensklausuler, s. 71 f.

sydafrikanska rätten restes aldrig. Om sydafrikansk rätt hade befunnits tillämplig får antas att konkurrensklausulen hade ogiltigförklarats av svensk domstol. Den sydafrikanska rätten byggde i detta avseende på den anglosaxiska rättstraditionen och dess lära om avtal ”in restraint of trade”.[783] I denna hade en lära om dylika hinder mot näringsutövning utvecklats i common law långt innan någon form av konkurrensvårdande myndighet var påtänkt.[784]

Denna form av regler (såsom även 38 § avtalslagen) mot konkurrensbegränsningar kan sägas anlägga ett mikroperspektiv och domstolarna gör vid deras tillämpning i första hand en intresseavvägning mellan parterna.[785] Det samhällsekonomiska perspektivet saknas i stor utsträckning. Dessa regler kan därför ses som civilrättsliga. När 34 § konkurrenslagen tillämpas på dylika konkurrensklausuler, prövas för det första endast vissa större företagsförvärv (37 §) och för ingripande krävs att förvärvet väsentligen hämmar konkurrensen på den svenska marknaden eller en påtaglig del av denna samt att det sker på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt.[786] Dessa regler anlägger såväl ett makroperspektiv, i det att de syftar till att stärka konkurrensen på den svenska marknaden, som ett mikroperspektiv i det att de också har som syfte att skydda enskilda näringsidkare mot förbjudna konkurrensbegränsande åtgärder.[787]

Jag skulle sålunda vilja hävda att en svensk domstol mot bakgrund av framför allt Guldklausulmålet (NJA 1937 s. 1) och även Salomonmålet (NJA 1942 s. 389) skulle vara beredd att tillämpa utländsk konkurrensrätt av det mer offentligrättsligt präglade slaget (dvs. sådan konkurrensrätt vars efterlevnad garanteras av en konkurrensvårdande myndighet) åtminstone om den tillhör avtalsstatutet. Sedan Romkonventionen trätt i kraft krävs nu inte längre någon kongruens med avtalsstatutet. Som ovan sagts (s. 229) tycker jag att det går att dra den slutsatsen att svenska domstolar är beredda att tillämpa utländsk offentlig rätt som också syftar till att tjäna enskildas intressen. Till den

[783] A.a., s. 72.
[784] Se *Mitchell v. Reynolds*, All England Law Reports Reprint 1158–1774 (1711), s. 26.
[785] Adlercreutz/Flodgren, Konkurrensklausuler, s. 20.
[786] Se prop. 1992/93: 56, s. 41 ff.
[787] Se Bernitz, MS Almén, s. 64.

kategorin får konkurrensrätten (om den överhuvudtaget är offentligrättslig) räknas.

9 Sammanfattning och delanalys

9.1 Inledning

Två tredjedelar av boken ligger nu bakom de läsare som följt med ända från början. En tredjedel har ägnats åt att studera tre utländska rättsordningar och svensk rätt. För att det skall vara någon mening med denna jämförelse bör den också följas av några slutsater beträffande lösningarna. Är de likartade eller skiljer de sig åt? Om det finns skillnader, föreligger de enbart vid den systematiska behandlingen av rättsfrågorna eller också beträffande rättsföljderna? Kan några viktiga lärdomar dras från någon rättsordning? Slutligen har, för det säkerligen övervägande flertal läsare som tar del av rättsvetenskap under stark tidspress, naturligtvis sammanfattningar ett värde i sig.

Framställningen är i detta kapitel huvudsakligen deskriptiv. De försök till analys jag gör avser likheter och skillnader mellan de olika rättsordningarna. En utvärdering av de olika metodernas praktiska och teoretiska lämplighet följer i stället företrädesvis i kapitel 10.

9.2 Utländsk offentlig rätt i skuldstatutet

I alla de undersökta rättsordningarna, med undantag för modern schweizisk rätt, gäller något slags maxim om att utländsk offentlig rätt

inte tillämpas. Definitionen av vad som är offentlig rätt är säkerligen inte helt enhetlig och i amerikansk internationell privaträtt används heller inte uttrycket ”public law” utan istället utesluts utländska ”penal and revenue laws” från tillämpning. Dessa är förvisso offentligrättsliga men utgör endast en begränsad del av den offentliga rätten.

I tysk rätt är principen om icke-tillämpning av utländsk offentlig rätt inte helt undantagsfri. I praxis har slagits fast att utländsk offentlig rätt som uteslutande eller övervägande tjänar den enskildes intressen eller syftar till att åstadkomma en rättvis utjämning mellan enskilda kan tillerkännas verkan.[788] Någon vidare praxis om vilken slags offentlig rätt som anses tjäna enskildas intressen har jag inte funnit.

I äldre schweizisk rätt, som i detta avseende möjligen influerat den tyska rätten, görs också en skillnad mellan å ena sidan offentligrättsliga regler som övervägande eller uteslutande tjänar privata intressen och å andra sidan sådana som syftar till att tillvarata statliga behov. Regler som tillhör den första kategorin kan enligt schweiziska Bundesgericht beaktas.[789]

I modern schweizisk rätt, efter ikraftträdandet av den moderna lagen om den internationella privaträtten, IPRG, stadgas istället i artikel 13 IPRG att en regels offentligrättsliga karaktär i sig inte utgör hinder för dess tillämpning. Det innebär inte att all främmande offentlig rätt kan tillämpas utan i litteraturen görs undantag för ”staats- und wirtschaftspolitische Eingriffsnormen im engeren Sinn”.

Inställningen i svensk rätt till utländsk offentlig rätt överensstämmer i stort med den i tysk och äldre schweizisk rätt. Huvudregeln förefaller vara att utländsk offentlig rätt som tjänar offentliga intressen inte kan tillämpas.[790] Omvänt tyder praxis på att utländsk offentlig rätt som tjänar enskildas intressen kan tillämpas eller beaktas.[791]

Särskilt tysk, svensk och äldre schweizisk rätt uppvisar stor likhet. Huvudregeln är att utländsk offentlig rätt inte kan tillämpas men undantag kan göras för sådan offentlig rätt som tjänar enskildas intressen. Inställningen i nyare schweizisk och amerikansk rätt förefaller vara öppnare. Den schweiziska rätten har en i grunden bejakande inställning till den utländska offentliga rätten men gör undantag för vissa

[788] BGH 17.12.1959, BGHZ 31, 367.
[789] BGE 80 II 53.
[790] NJA 1961 s. 145.
[791] NJA 1937 s. 1 och NJA 1942 s. 389.

regler som tjänar snävt stats- och ekonomiskpolitiska intressen. Amerikansk rätt gör undantag för främmande straffrätt och fiskal rätt. Eftersom det lär finnas fler offentligrättsliga lagar som tjänar statens egna intressen än de som kan gå under beteckningen ”penal and revenue laws”, exempelvis en räcka förvaltningsrättsliga regler, får den schweiziska inställningen anses strängare.

9.3 Materiellrättsliga korrektur

9.3.1 Osedlighet

I alla de undersökta rättsordningarna finns antingen rättspraxis enligt vilken avtal i strid mot främmande lag som inte är lex causae ansetts strida mot de goda sederna, eller åtminstone litteraturuttalanden i den riktningen. Det rör sig i praktiken om fall där forumstatens rätt varit tillämplig på avtalet men det ansetts strida mot de goda sederna att bryta mot lagen i ett annat land – trots att denna främmande lag inte är lex causae. Den utan jämförelse mest rikliga praxis finns i den tyska rätten. Där har § 138 BGB ”Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig” kommit att spela en icke oväsentlig roll även inom den internationella privaträtten.

Först Reichsgericht och senare Bundesgericht har kommit att utveckla en praxis enligt vilken numera gäller att ett avtal i strid mot främmande lag, vilken antingen överensstämmer med tyska intressen eller ett intresse som delas av världens folk är ogiltigt enligt § 138 BGB.[792] Utifrån denna måttstock har vissa smuggelavtal och avtal i strid mot främmande mutlagstiftning ansetts ogiltiga. Exempelvis har avtal om utsmuggling av kulturgods från Nigeria ansetts strida mot ett intresse som delas av världens folk[793] och export av strategiska produkter till öst i strid mot amerikanskt handelsembargo har ansetts strida mot ”hela det fria västerlandets och därmed också Förbundsrepubliken Tysklands” intressen.[794] Däremot har av begripliga skäl avtal

[792] BGH 29.9.1977, BGHZ 69, 295, JW 1978, s. 61.
[793] BGH 22.6.1972, BGHZ 59, 82.
[794] BGH 21.12.1960, BGHZ 34, 169.

om utsmuggling av flyktingar från det forna DDR[795] och avtal i strid mot utländsk valutalagstiftning inte ansetts osedliga.[796]

Även i schweizisk rättspraxis har slagits fast att avtal i strid mot främmande lag kan anses vara osedliga enligt artikel 20 OR ”Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.” I det ledande rättsfallet på området slår Bundesgericht fast att ett avtal i strid mot utländsk lag *kan* strida mot de goda sederna.[797] Bundesgericht slår fast att det i det konkreta fallet inte var fråga om osedlighet men utvecklar sedan utförligt principerna för när så skulle kunna vara fallet. Därvid uttalades att främmande valutalag och handelspolitiska lagar i allmänhet inte uppfyller de krav som ställs för att de goda sederna skall anses vara kränkta samt att brott mot narkotikalagstiftning och förbud mot slaveri i regel får anses göra det.

Ribban har lagts högre än i tysk rätt då kringgåendet av utländsk rätt inte endast måste hota den inhemska moralen utan också måste hota den allmänna ordningen i forumstaten (Schweiz). Det senare torde innebära att avtalet måste ha någon form av närmare anknytning till forumstaten, exempelvis genom parts hemvist eller fullgörelseort för avtalet. Blotta den omständigheten att schweizisk rätt är tillämplig, exempelvis genom ett lagval, är inte tillräcklig.[798] I praxis från Bundesgericht har ännu inte i något fall ogiltighetssanktionen i art. 20 OR verkligen tillgripits mot ett avtal som strider mot utländsk rätt.[799]

Även i amerikansk rätt finns rättsfiguren osedliga avtal. I framför allt äldre doktrin görs gällande att avtal i strid mot främmande rätt kan strida mot amerikansk ”public policy”. Enligt First Restatement Contracts (1932) anges i § 592 att ”[a] bargain, the performance of which involves a violation of the law of a friendly nation, is illegal”. Någon motsvarighet återfinns inte i Second Restatement Contracts från 1981. I praxis har jag endast funnit ett rättsfall från Supreme Court som överhuvudtaget stöder påståendet i First Restatement Contracts.[800]

[795] BGH 29.9.1977, BGHZ 69, 295, JW 1978, s. 61.
[796] RG 3.10.1923, RGZ 108, 241.
[797] BGE 76 II 33.
[798] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 158.
[799] Nekande i BGE 76 II 33; BGE 80 II 45; BGE 81 II 227. Se dock underrättsfallen Handelsgericht Zürich 9.5.1968, SJZ 1968, s. 354 och Handelsgericht St. Gallen, SJZ 1958, s. 218.
[800] *Oscanyan v. Winchester Repeating Arms Co.*, 103 U.S. 261 (1880).

Från underrättspraxis finns ett enda rättsfall, som härrör från en federal domstol i Iowa.[801] Det är alldeles för lite för att det skall gå att dra några vidare slutsatser om innehållet i amerikansk rätt. Det enda som kan konstateras är att det är möjligt att ogiltigförklara ett avtal som strider mot utländsk rätt på den grunden att det skulle strida mot amerikansk ”public policy” att upprätthålla det.

I svensk rättspraxis finns inget avgörande från Högsta domstolen där avtal i strid mot utländsk rätt ansetts strida mot de goda sederna. I litteraturen har dock antagits att det principiellt vore möjligt att göra så.[802] Stor restriktivitet har, i likhet med inställningen i schweizisk rätt påkallats.[803]

Sammanfattningsvis kan konstateras att det torde vara möjligt att ogiltigförklara ett avtal i strid mot utländsk rätt på den grunden att det strider mot de goda sederna i alla de undersökta rättsordningarna. Praxis är, med undantag för tysk rätt, ytterst mager och det är därför svårt att precisera innehållet i gällande rätt. Åtminstone beträffande svensk och schweizisk rätt torde man kunna konstatera att det den vägen knappast går att ogiltigförklara ett avtal som strider mot främmande konkurrensrätt. Tysk rätt intar däremot en mer liberal inställning. Var den amerikanska rätten placerar sig går egentligen inte att närmare uttala sig om på grundval av det magra underlaget.

9.3.2 Prestationshinder

Frågan om utländsk rätt kan leda till befrielse från en i övrigt gällande förpliktelse att prestera är egentligen en civilrättslig fråga och inte en internationellt privaträttslig sådan. Den främmande rätten beaktas som faktum och inte som rätt. Ett hinder som främmande rätt lägger fast gör att avtalet kan bli omöjligt att fullgöra men inte olagligt sett ur forumstatens perspektiv. Olaglighet kan endast skapas av lex causae (eller lex fori om det är frågan om internationellt tvingande regler). I alla de undersökta rättsordningarna kan också främmande rätt som förbjuder en viss transaktion anses utgöra ett sådant faktum som gör prestation omöjlig eller orimlig att kräva

[801] *Sedco Int'l, S.A. v. Cory*, 522 F. Supp. 254 (S.D. Iowa 1981).
[802] Nial, Internationell förmögenhetsrätt, s. 124.
[803] Hjerner, Främmande valutalag, s. 613.

Generellt sett krävs att den främmande rätten utgör ett äkta hinder men i inget land ställs några större krav på att part ska behöva ta till några mer omfattande ansträngningar att kringgå lagen. Det som är av intresse i eventuella tvister är istället frågan om hindret är ursprungligt eller efterföljande, dvs. om någon av parterna hade kännedom eller borde ha haft kännedom om hindret när avtalet ingicks. I sådana fall kan denna kännedom leda till skyldighet att utge skadestånd eller substitut.

9.4 Säranknytning

Om de undersökta rättsordningarna hittills har kunnat sägas uppvisa stora liheter, tar skillnaderna vid beträffande inställningen till säranknytning av tredje länders internationellt tvingande regler (se ovan kap. 2.4.2). Mest motsägelsefull får inställningen i tysk rätt anses vara. Å ena sidan förefaller härskande mening bland tyska akademiker vara den s.k. säranknytningsläran, å andra sidan har Tyskland reserverat sig mot artikel 7.1 i Romkonventionen, som ger uttryck för just säranknytningsläran. Rättsläget får i väntan på ett domstolsavgörande karaktäriseras som mycket osäkert.

Det är betydligt lättare att uttala sig om schweizisk rätt. I artikel 19 IPRG finns en kodifiering av säranknytningsläran. Bestämmelsen uppvisar stora likheter med artikel 7.1 Romkonventionen och har också inspirerats av denna. Precis som fallet var med artikel 7.1 i Tyskland var artikel 19 IPRG kontroversiell och också ifrågasatt vid parlamentsbehandlingen av förslaget. Artikel 19 ger, precis som artikel 7.1 Romkonventionen, uttryck för säranknytningsläran och använder sig sålunda också av en unilateralistisk metod.

I Sverige finns ingen tidigare praxis, som kan sägas vara uttryck för ett bejakande av säranknytningsläran. Eftersom Romkonventionen numera är gällande rätt i Sverige och ingen reservation mot artikel 7.1 gjorts, ingår denna lära numera i den svenska internationella avtalsrätten.

Det är egentligen fel att tala om säranknytning när man beskriver amerikansk rätt. Mycket få amerikanska jurister, knappt ens de som är experter på internationell privaträtt, skulle förstå vad det är fråga om.

Den relevanta lagvalsmetoden är istället ”governmental interest analysis”, en lagvalsteori som utvecklades av Brainerd Currie.

Governmental interest analysis uppvisar stora likheter med säranknytningsläran men förefaller ha uppstått oberoende av och parallellt med denna och är inte riktigt samma sak. Den praktiska skillnaden mellan ”governmental interest analysis” och säranknytningsläran består främst i att Curries metod syftar till att lösa alla internationellt privaträttsliga problem över hela det rättsliga fältet. Säranknytningsläran däremot omfattar endast de internationellt tvingande regler som inte omfattats av den tidigare metoden.

9.5 Särskilt om främmande konkurrensrätt

I inget av de undersökta länderna finns några riktigt bra fall där en domstol tillämpat främmande konkurrensrätt. I Tyskland finns endast ett underrättsavgörande där obiter dicta uttalats att utländsk konkurrensrätt i och för sig kan vara tillämplig på en viss fråga. Därtill kommer ett annat underrättsfall som går i rakt motsatt riktning.[804] Den härskande meningen inom rättsvetenskapen förefaller vara att avgränsningsregeln i den egna konkurrensrätten, § 98 st. 2 GWB, bör utvecklas till en bilateral lagvalsregel. Mot denna uppfattning står å ena sidan mer traditionella anhängare till den s.k. skuldstatutteorin (enhetsanknytning) och å andra sidan förespråkare av en unilateral säranknytning.

Regler i främmande konkurrensrätt om avtals ogiltighet och skadestånd torde i vart fall, om de inte är att kvalificera som just civilrättsliga, kunna anses vara sådan offentlig rätt som övervägande tjänar den enskildes intressen eller syftar till att åstadkomma en rättvis utjämning mellan enskilda och därför kunna tillerkännas verkan om de ingår i lex causae.

I Schweiz som enda land finns en uttrycklig lagregel om tillämpning av utländsk konkurrensrätt. I artikel 137 IPRG regleras frågan om lagval för skadeståndsanspråk på grund av konkurrensbegräns-

[804] LG Freiburg 6.12.1966, IPRspr. 1966–67, Nr. 34a; LG Hamburg 29.9.1971, AWD 1972, s. 132.

ningar. Regeln är för ny för att någon praxis skall ha utbildats. Regeln tar sin utgångspunkt i bilateral metod, dvs. det är frågan om dépeçage (se nedan kap. 10.6). Det mesta tyder dock på att det är ett fall av bilateral metod. De avtalsrättsliga spörsmålen får istället besvaras genom säranknytning enligt artikel 19 IPRG. Att främmande konkurrensrätt kan tillämpas står klart.

I USA finns heller inga rättsfall där utländsk konkurrensrätt tillämpats. Konkurrensrättsliga regler anses emellertid i doktrinen inte utgöra sådana ”foreign penal and revenue laws” som på grund av sin natur inte kan tillämpas. I Second Restatement ges också ett uttryckligt exempel på tillämpning av utländsk konkurrensrätt som illustration till avtals ogiltighet på grund lagstridighet.[805] Exakt vilken lagvalsregel eller metod som skulle användas vid tillämpning av utländsk konkurrensrätt är svårt att uttala sig generellt om dels eftersom den internationella privaträtten i USA är delstatsrätt, dels eftersom metodsplittringen, för att inte säga metodförvirringen, är total.

Om man skall försöka sig på något slags slutsats, landar en sådan i att det i de delstater som tillämpar ”governmental interest analysis” eller Second restatements regler (dvs. drygt hälften), torde vara möjligt att tillämpa främmande konkurrensrätt. Båda metoderna tar hänsyn till främmande rätts kompetensvilja och i Second restatement ges ett uttryckligt exempel på tillämpning av främmande konkurrensrätt. Läget är måhända annorlunda i de stater som fortfarande tillämpar First restatement (ca en fjärdedel). Den definition av ”foreign penal and revenue laws” som ges i First restatment är vidare än den som ges i Second restatement och synes utesluta tillämpning av främmande konkurrensrättsliga regler.

I Sverige har frågan om tillämpning av utländsk konkurrensrätt inte uppmärksammats i någon större utsträckning. Det finns heller inget rättsfall där frågan om och enligt vilken lagvalsregel så skulle ske besvarats. Om de relevanta konkurrenrättsliga reglerna är att betrakta som offentlig rätt torde det, utifrån den svenska rättens inställning att utländsk offentlig rätt som också tjänar enskildas intressen kan tillämpas, vara möjligt att tillämpa utländska dylika. Tidigare torde konkgruens med skuldstatutet ha erfordrats, men efter Romkonventionens införlivande med svensk rätt kan främmande konkurrensrätt också säranknytas.

[805] Second Restatement § 202 comment c.

Sammanfattningsvis kan sägas att det förefaller gå att tillämpa främmande konkurrensrättsliga regler om avtals ogiltighet och skadestånd i alla de undersökta rättsordningarna. I den tyska konkurrensrätten torde dock krävas att de konkurrensrättsliga reglerna härstammar från lex causae. I schweizisk, svensk och amerikansk rätt är säranknytning möjlig.

IV

Frågan om tillämplig lag

10 Avtalsrättsligt lagval

10.1 Inledning

10.1.1 Bakgrunden

I många länders konkurrensrätt är rättsföljden av att ett avtal strider mot de konkurrensrättsliga reglerna att avtalet i dess helhet eller till viss del drabbas av ogiltighet.[806] Vidare finns också i många rättssystem konkurrensrättsliga regler som gör det möjligt att väcka talan om kontraktuellt skadestånd mot motparten till ett avtal.[807] Exempelvis anses i svensk konkurrensrätt återförsäljare som gått med på ett bruttoprisavtal ha rätt till ersättning för utebliven vinst på grund av minskad omsättning.[808]

[806] Se t.ex. 7 § konkurrenslagen eller § 1 GWB. I amerikansk rätt anses ogiltigheten utgöra en allmän rättsgrundsats, se *Ring v. Spina* 148 F.2d 647 (2d Cir. 1945). I dansk rätt anses skadeståndsskyldigheten framgå ”dansk rets almindelige regler”. Se Koktvedgaard, Lærebog i konkurrenceret, s. 165 ff.; Fejø, Konkurrenceloven af 1997, s. 96 och 152. Ogiltigheten kan naturligtivis variera i styrka från rättsordning till rättsordning. Se Åhman, Behörighet, s. 236 ff. för en översikt av olika grader av ogiltighet.

[807] Se t.ex. 33 § konkurrenslagen som möjliggör såväl inom- som utomobligatoriskt skadestånd. Det utomobligatoriska skadeståndet behandlas nedan i kapitel 11.

[808] Prop. 1992/93:56, s. 97.

I internationella avtalstvister kan i flera fall tillämpning av utländska konkurrensrättsliga regler aktualiseras. Exempelvis:

1. A väcker talan om kontraktsbrott mot B, som till sitt försvar invänder att avtalet är ogiltigt enligt konkurrensrätten i landet X.
2. B väcker negativ fastställelsetalan och yrkar därvid på tillämpning av konkurrensreglerna i landet X, vilka ogiltigförklarar avtalet.
3. B väcker talan om kontraktuellt skadestånd mot sin avtalsmotpart och yrkar på tillämpning av konkurrensreglerna i landet X, vilka ger sådan rätt till skadestånd.

10.1.2 De internationellt avtalsrättsliga problemen

I samband med avtalstvister där tillämpning av utländsk konkurrensrätt aktualiseras uppkommer huvudsakligen tre internationellt privaträttsliga problem. För det *första* kan det hävdas att de utländska konkurrensrättsliga reglerna på grund av sin påstått offentligrättsliga natur överhuvudtaget inte kan tillämpas vid inhemsk domstol. Detta påstående bestrider jag i kapitel 3 och även den komparativa studien i kapitlen 5–8 (sammanfattning i kap. 9) ger vid handen att utländska konkurrensrättsliga regler borde kunna tillämpas i internationella tvister i såväl Sverige som andra länder.

För det *andra* är det ytterst osäkert om de utländska konkurrensrättsreglerna skall hämtas just från den lag som är tillämplig på avtalet, det s.k. avtalsstatutet. Vi vet sedan tidigare att avtalstatutet avgör sådana frågor som om avtal överhuvudtaget kommit till stånd, om det är ogiltigt på grund av tvång eller svek, skadeståndsskyldighet på grund av kontraktsbrott, preskription av rättigheter m.m. Sådana frågor som parternas rättskapacitet och rättshandlingsförmåga avgörs däremot inte av avtalsstatutet.[809] För dessa frågor får ett självständigt lagval göras. Bör frågorna om konkurrensrättslig ogiltighet och kontraktuellt skadestånd avgöras av avtalsstatutet eller bör svar sökas i ett särskilt konkurrensstatut?

Undersökningen kommer att visa att det nog i och för sig är så att de konkurrensrättsliga reglerna ingår i avtalsstatutet men att det inte är

[809] Art. 1.2 a) Romkonventionen.

någon bra lösning, vilket är vårt *tredje* problem. Vi drar oss till minnes att de konkurrensrättsliga reglerna i de flesta länder är internationellt tvingande regler, dvs. regler som i den stat som utfärdat dem kommer att tillämpas oavsett vilket lands lag som är avtalsstatut (se ovan kap. 1.1.2). I det land som utfärdat vissa konkurrensrättsliga regler kommer dessa alltså, om de har s.k. tillämpningsavsikt, att tillämpas även om ett annat lands lag är avtalsstatut.

> Med *tillämpningsanspråk* eller *tillämpningsavsikt* (orden används synonumt) avser jag de konkurrensrättsliga reglernas territoriella tillämplighet. Exempelvis brukar sägas om svensk konkurrensrätt att dess territoriella tillämplighet följer den s.k. effektprincipen.[810] Det innebär att om en konkurrensbegränsning får en märkbar effekt på den svenska marknaden gör de svenska konkurrensreglerna tillämpningspråk[811]

Om istället talan väcks i ett annat land än det som utfärdat de konkurrensrättsliga reglerna med tillämpningsanspråk kan ett problem uppstå om det inte är samma lands lag som är avtalsstatut som det vars konkurrensrättsliga regler har tillämpningsavsikt. Denna situation kallar jag en inkongruent situation.[812]

Om sådana inkongruenssituationer ofta uppstår och forumstaten i en sådan situation inte är beredd att på samma sätt som den utfärdande staten ge de konkurrensrättsliga reglerna företräde framför avtalsstatutets regler står vi inför en olycklig situation. I så fall kommer nämligen saken att bedömas olika beroende på i vilket land talan väcks och ett av den internationella privaträttens viktigaste syften, strävan efter internationell beslutsharmoni, har förfelats. Det finns risk för s.k. forum shopping, dvs. att käranden väljer domstolsland i syfte att erhålla en så förmånlig utgång av tvisten som möjligt. Olika utgång i olika domstolar kan också framkalla en föga samhällsekonomiskt lönsam jakt till domstolarna eftersom parterna i förekommande syfte pressas att väcka talan där det är förmånligast.

[810] Se prop. 1997/98:130, s. 26.

[811] En annan term som används av Pålsson, Romkonventionen, s. 114 är ”kompetensvilja”. Pålsson har möjligen influerats av tysk doktrin som regelmässigt begagnar sig av uttrycket ”Anwendungswillen”. Det är ett målande uttryck som är betydligt lättare att använda än ”territoriell tillämplighet” men mig synes ”tillämpningsanspråk” och ”tillämpningsavsikt” mer träffande. Lagstiftaren har för *avsikt* eller gör *anspråk* på att en viss regel skall *tillämpas* i en viss given situation snarare än att den *vill* att samma regel skall få *kompetens*.

[812] Hjerner, Främmande valutalag, passim talar istället om inkonnexitet.

Undersökningen kommer att visa att inkongruens mellan avtalsstatut och konkurrensrättsliga regler med tillämpningsavsikt ofta uppstår. Vi har alltså ett problem. Det är min bestämda uppfattning att detta problem bör lösas genom att även andra stater än den som utfärdat de konkurrensrättsliga reglerna förklarar sig beredda att tillämpa utländsk konkurrensrätt även i dessa fall av inkongruens; dvs. tillämpning av ett tredje lands internationellt tvingande regler.

I litteraturen har länge en strid stått mellan dem som förespråkar att avtalsstatutet bör besvara även frågor som de konkurrensrättsliga och dem som istället förordat ett särskilt konkurrensstatut. Jag ställer mig avvisande till att avtalsstatutet skall besvara även konkurrensrättsliga spörsmål och förespråkar istället ett särskilt lagval för dessa. Vårt *fjärde* problem blir således hur det lämpligast skall gå till. Vilken internationellt privaträttsliga metod är bäst skickad att utpeka konkurrensstatutet? I denna fråga står rättsvetenskapen delad. Vissa förespråkar en bilateral metod med en ”klassisk” allsidig lagvalsregel och andra förespråkar en unilateral metod, som utgår ifrån den utländska konkurrensrättens tillämpningsavsikt.

> Kortfattat kan här sägas att en *bilateral* metod bygger på s.k. allsidiga lagvalsregler som är utformade så att de kan leda till tillämpning av såväl forumstatens lag som utländsk rätt. Exempelvis hänvisar 4 § 1 st. IKL till lagen i det land där säljaren har sitt hemvist. Detta land kan vara Sverige eller vilket annat land som helst. En *unilateral* metod utgår istället från den utländska regelns tillämpningsanspråk. Något förenklat kan sägas att om det finns en främmande regel som har tillämpningsavsikt beträffande en viss situation skall den tillämpas men också endast då (se ovan kap. 2.2och 2.3 för en utförligare redogörelse för bilateral och unilateral metod).

10.1.3 Kapitlets disposition

Kapitlet följer i stort den probleminventering som gjordes ovan i kapitel 10.1.2. Det innebär således att kapitel 10.2 kommer att ägnas åt en analys av frågan om de konkurrensrättsliga frågorna om avtals ogiltighet och kontraktuellt skadestånd omfattas av avtalsstatutet. Frågan kompliceras något av att det beroende på avtalstyp finns två olika regelverk som kan vara tillämpliga – för köp av lösa saker gäller lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL) och för avtal i övrigt gäller lag (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen). Först måste sålunda deras

förhållande till varandra utredas och därefter deras inställning till frågan om de konkurrensrättsliga frågorna ingår i avtalsstatutet.

Därefter ägnas kapitel 10.3 åt att belysa hur ofta en inkongruenssituation uppstår, dvs. när avtalsstatut och konkurrensregler med tillämpningsanspråk inte står att finna i samma lands lag. Särskilt belyses parters möjlighet att genom att avtala om tillämplig lag på konstgjord väg skapa en inkongruent situation.

Kapitel 10.4 innehåller en utvärdering av de materiellrättsliga möjligheter som finns att korrigera följderna av att främmande konkurrensrätt i en inkongruenssituation inte tillämpas. En närmare beskrivning hur tyska, schweiziska, amerikanska och svenska civilrättsregler kan eller inte kan användas till detta syfte har redan gjorts ovan i kapitlen 5.3, 6.3, 7.3 och 8.3. Där diskuteras närmare om ett avtal i strid mot främmande konkurrensrätt kan anses strida mot de goda sederna och om ett främmande konkurrensrättsligt förbud kan utgöra ett sådant hinder för fullgörelse som befriar part från skyldigheten att fullgöra sina avtalsförpliktelser. I detta kapitel görs därför endast en analys av metodens lämplighet.

I kapitel 10.5 analyseras den s.k. nya enhetsläran. Tillämpliga konkurrensregler skall enligt denna lära ingå i och också endast hämtas från avtalsstatutet, därav namnet enhetslära. Den på ett visst rättsförhållande tillämpliga lagen splittras inte i flera olika statut såsom avtalsstatut och konkurrensstatut utan behåller sin enhet – alla (nästan) regler hämtas från ett och samma lands lag. Det nya med den nya enhetsläran är att den genom en reform av de hittillsvarande lagvalsreglerna bland annat syftar till att undvika inkongruenta situationer.

Kapitel 10.6 diskuterar för- och nackdelar med att ha en särskilt lagval för konkurrensrättsliga frågor, dvs. ett konkurrensstatut. Därefter görs en kort beskrivning och utvärdering av den ena av två föreslagna metoder att finna ett särskilt konkurrensstatut – den bilaterala. Vidare berör jag också vissa gränsdragningsfrågor mellan avtalsstatut och konkurrensstatut. Om två olika lagar skall vara tillämpliga på ett och samma rättsförhållande aktualiseras ofrånkomligen frågan vilken av de två som skall avgöra en viss specifik rättsfråga.

Kapitel 10.7 behandlar den andra föreslagna metoden att välja konkurrensstatut – den unilaterala. Eftersom det finns exempel på unilateral metod i gällande svensk rätt, nämligen i artikel 7.1 Romkonventionen, görs en analys av denna bestämmelse. Några metodologiska betraktelser följer därpå.

Slutligen följer, som sig bör, i kapitel 10.8 en sammanfattning och presentation av mina slutsatser.

10.2 Ingår konkurrensrättsliga frågor i avtalsstatutet?

10.2.1 Inledning

I den ledande svenska läroboken i internationell privaträtt framhålls vikten av att ”avgränsa de spörsmål som skall prövas enligt avtalsstatutet från de specialfrågor vilka, trots att de är kontraktsrelaterade, avgörs enligt något annat rättssystem”.[813] Frågan om avtalsstatutets räckvidd (eller tillämpningsområde som det sägs i läroboken) hör till de svårare inom den internationella privaträtten och en mycket vidlyftig rättsvetenskaplig debatt har förts därom.[814] Åsikterna om en viss särskild rättsfråga omfattas av avtalsstatutet eller inte går ofta isär.[815]

Det är naturligtvis en uppgift som ligger utanför ramen för detta arbete att försöka att heltäckande analysera avtalsstatutets räckvidd och det är heller inte nödvändigt för avhandlingens syfte. Den fråga som är intressant här är om konkurrensrättsliga regler om avtals ogiltighet och skadestånd bör prövas enligt avtalsstatutet eller enligt något annat lands lag – ett s.k. bistatut. Den lämpliga beteckningen för ett bistatut som tillämpas på konkurrensrättsliga spörsmål är rimligen *konkurrensstatut*.

På denna fråga kan man tänka sig tre olika lösningar:

1. Konkurrensrättsliga regler ingår i avtalsstatutet och hämtas endast därifrån – en s.k. *enhetsanknytning*.
2. Konkurrensrättsliga regler hämtas från ett särskilt konkurrensstatut – ett s.k. *bistatut*.

[813] Bogdan, Svensk IP, s. 234.
[814] Se särskilt Lando, Kontraktstatuttet, s. 348–401.
[815] Se Bogdan, Svensk IP, s. 250 ff. m.v.h för en översikt och hänvisningar till nordisk doktrin.

3. Konkurrensrättsliga regler ingår i avtalsstatutet men kan också hämtas från konkurrensstatutet. – en s.k. *kumulationslösning*.[816]

Det finns ingen särskilt omfattande doktrin eller för den delen någon praxis som behandlar konkurrensrättens ställning i förhållande till avtalsstatutet. De allmänna frågorna om internationellt tvingande, särskilt offentligrättsliga, regler bör anses ingå i avtalsstatutet och om tillämpliga sådana endast skall hämtas därifrån är däremot flitigt omskriven i främst tyskspråkig litteratur. Eftersom de konkurrensrättsliga reglerna tillhör de internationellt tvingande torde den diskussion som förts i doktrinen vara relevant även för konkurrensrättens del.

Den första lösningen – att internationellt tvingande regler, och därmed också konkurrensrättsliga regler, ingår i avtalsstatutet går under namnet *skuldstatutteorin*.[817] Enligt denna teori hämtas samtliga på ett avtal tillämpliga regler, även de internationellt tvingande, från en och samma rättsordning.[818] Skuldstatutteorin, som i tyskspråkig doktrin också går under namnen ”Einheitsanknüpfung”[819] eller ”Einheitslehre” var förhärskande i doktrinen fram till 1950-talet,[820] men har idag i stor utsträckning förlorat anhängare till förmån för säranknyt-

[816] I tysk doktrin ”Kumulationslösung”. Se Münchener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 40 (s. 1834); Radtke, ZvglRWississ 1985, s. 350 f. Istället för ”Kumulationslösung” används även ”Kombinationslösung”, se Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 69.

[817] Mig veterligen har termen aldrig använts på svenska tidigare utan jag har direktöversatt tyskans ”Schuldstatuttheorie”. Skuldstatut är en vidare beteckning som omfattar även andra förmögenhetsrättsliga lagval än avtalsrättsliga. Exempelvis talas i utomobligatoriska skadeståndsförhållanden om ett deliktstatut, som också är ett skuldstatut.

[818] Se bl.a. Becker, Theorie und Praxis der Sonderanknüpfung, s. 90; Ehlers-Munz, Die Beachtung ausländischen Devisenrechts, s. 149; Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 19, 35; Kösters, Die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen, s. 11; Lehman, Zwingendes Recht dritter Staaten, s. 26 f.; Münchener Kommentar-Martiny, Nach Art. 34 Anh. II, Rdnr. 2 (s. 1889).

[819] Se Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 58 och passim.

[820] Se ovan kap. 5.2.1 för tysk praxis fram till 1959. I svensk doktrin hävdade 1956 Hjerner, Främmande valutalag, s. 222 att ”främmande valutalagstiftning, som är inkonnex [inkongruent] med avtalsstatutet, icke äger tillämplighet” vilket ”besparar domstolar och parter ett vanskligt ställningstagande till svårbemästrade specialregler”. Jfr. dock Bagges dissens i NJA 1937 s. 1.

ning av internationellt tvingande regler (se nedan kap. 10.7).[821] Uttrycket *enhetsanknytning* syftar till att klargöra att dépeçage eller säranknytning av internationellt tvingande regler i ett eller flera bistatut inte kan komma i fråga.[822] I tysk doktrin är skuldstatutteorin på tillbakagång och företräds i den inflytelserika kommentarlitteraturen endast av HELDRICH.[823]

För konkurrensrättens del skulle skuldstatutteorin sålunda innebära att utländsk konkurrensrätt endast tillämpas för det fall den ingår i avtalsstatutet och att all tillämpning av något annat lands konkurrensrätt vore utesluten.[824] Om på avtalet tillämplig lag och konkurrensrätt med tillämpningsavsikt inte överensstämmer, dvs. en inkongruent situation, kan denna på sin höjd beaktas genom materiellrättsliga korrektur i avtalsstatutet – genom civilrättsliga regler om avtal i strid mot goda seder eller omöjlighet att prestera (se nedan kap. 10.4).[825]

Detta kapitel 10.2 syftar således till att utreda om konkurrenrättsliga regler överhuvudtaget omfattas av avtalsstatutet. Om så är fallet kan alltså av de ovan skisserade tre lösningsmodellerna såväl en enhetsanknytning som en kumulationslösning tänkas. Om så inte är fallet kan endast lösningsförslag två, dvs. en säranknytning komma i fråga. Innan jag kan utreda den frågan måste ett preliminärt spörsmål först utredas. Det finns flera olika regelverk som kan avgöra lagvalet i internationella avtalsförhållanden. Eftersom det är möjligt att de har olika inställning till frågan om konkurrensrättsliga regler ingår i avtalsstatutet blir det nödvändigt att först göra klart när vilket regelverk är tillämpligt.

[821] Se bl.a. Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 58 vars bedömning av vad som är förhärskande möjligen kan vara influerad av att han själv är en varm förespråkare av säranknytning.
[822] Se Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 55 f.; Martinek, Das internationale Kartellprivatrecht, s. 38; Reithmann/Martiny-Reithmann, Rdnr. 453 (s. 422) – samtliga m.v.h.
[823] Palandt-Heldrich, Art. 34 EGBGB, Rdnr. 6 (s. 2414 f.). För anhängare till skuldstatutteorin se också Mann, Conflict of Laws and Public Law, s. 157 ff.
[824] Allmänt se Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 57; Mann, FS Wahl, s. 160; Radtke, ZvglRWiss 1985, s. 343; Schubert, RIW 1987, s. 732.
[825] Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 57.

10.2.2 Vilket regelverk avgör frågan?

10.2.2.1 Inledning

Frågan om tillämplig lag för internationella avtal regleras i svensk internationell privaträtt av lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL) och lag (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Den förstnämnda är en transformering av 1955 års Haagkonvention om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker[826] och genom den sistnämnda inkorporeras 1980 års konvention mellan EU:s medlemsstater om tillämplig lag för avtalsförpliktelser – Romkonventionen.[827] Eftersom såväl avtal om internationella köp av lösa saker som andra avtal kan innehålla konkurrensbegränsande avtalsbestämmelser blir det relevant att undersöka både IKL och Romkonventionen.

Av artikel 21 Romkonventionen följer att den är subsidiär till andra konventioner som medlemsstaterna har tillträtt, varför svenska domstolar har att tillämpa IKL framför Romkonventionen i de fall IKL är tillämplig.[828] IKL är enligt sin 1 § endast tillämplig beträffande internationella köp av lösa saker,[829] varför andra avtal faller under Romkonventionen.[830]

10.2.2.2 Parallell tillämpning av IKL och Romkonventionen?

Romkonventionen innehåller ingen bestämmelse som utesluter att den tillämpas parallellt med en annan konvention på ett och samma rättsförhållande. I Giuliano/Lagarde-rapporten förutses också subsidiari-

[826] Vid sjunde Haagkonferensen för internationell privaträtt den 9–31 oktober 1951 enades delegaterna om ett förslag till konvention. Förslaget antogs den 15 juni 1955 under namnet ”Convention sur la loi applicable aux vente à caractère international d’objets mobiliers corporels”. Se 510 UNTS 147; SÖ 1964:12. Parter till konventionen är idag endast Danmark, Finland, Frankrike, Italien, Norge, Niger, Sverige och Schweiz. Belgien har lämnat konventionen.
[827] OJ 1980, nr. L 266, s. 1.
[828] Det hade varit bättre att utnyttja den möjlighet som finns att säga upp IKL. Den parallella tillämpningen av båda konventionerna leder, som vi kommer att bli varse, till en del problem.
[829] Vissa undantag för bl.a. konsumentköp görs i 1 §.
[830] Förutsatt att den är tillämplig. I konventionens art. 1.2 görs undantag för vissa frågor och avtalstyper.

tetsbestämmelsen i artikel 21 Romkonventionen kunna leda till kombinerad tillämpning av Romkonventionen och andra konventioner med delvis samma tillämpningsområde.[831]

> Giuliano/Lagarde-rapporten (så kallad efter rapportörernas namn) är en officiell kommentar som grundar sig på arbetet i den expertgrupp som utarbetade Romkonventionen. Rapporten är ingen rättskälla i ordets egentliga betydelse men har fått stort genomslag i doktrinen. Det har redan skrivits många kommentarer till Romkonventionen, men dessa vänder sig huvudsakligen till en nationell publik. Genom sin publicering i EGT finns den översatt till alla officiella EU-språk och är därmed på ett helt annat sätt tillgänglig för alla tänkbara tillämpare av Romkonventionen.

Om det är så att avtalsstatutet enligt IKL är väldigt begränsat och lämnar frågan om tillämplig lag för många rättsfrågor obesvarad, exempelvis beträffande konkurrensrättsliga spörsmål, skulle det sålunda vara fullt möjligt att låta Romkonventionen besvara dessa frågor. Det är möjligt att Romkonventionen besvarar fler lagvalsfrågor än IKL och det vore då rimligt att söka svar på dem i den förra. Romkonventionen är ju, eftersom den har ett vidare materiellt tillämpningsområde, alltid tillämplig i de fall IKL är det. För att uttrycka det på ett annat sätt: Romkonventionen har ett bredare tillämpningsområde än IKL – den omfattar ett större antal rättsförhållanden än de rena lösöreskköpen. Frågan är om Romkonventionen också går djupare, dvs. om den besvarar lagvalsfrågan beträffande flera rättsfrågor än IKL.

> Det ovanstående kan exemplifieras. Vi ponerar att i en internationell tvist om ett köp av lösa saker säljarens lag anses tillämplig på köpet. I säljarens lag är preskriptionstiden kortare än i köparens och det är avgörande för tvistens utgång. Köparen, som också är kärande, hävdar att preskription är en sådan fråga som enligt IKL inte omfattas av avtalsstatutet.[832] Han yrkar i den frågan istället på tillämpning av sitt eget lands lag. Han påstår därvid att Romkonventionen är tillämplig på frågor som inte regleras av IKL, att enligt Romkonventionen i detta fall köparens lag är tillämplig och att enligt Romkonventionen frågan om preskription omfattas av avtalsstatutet.

[831] Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 39. Rapporten är en officiell kommentar till Romkonventionen som publicerats i OJ 1980, nr. C 282, s. 1–50. Efter författarnas namn brukar den kallas Guiliano/Lagarde-rapporten.
[832] Stöd för den uppfattningen kan han finna i prop. 1964:149 s. 17 f.

Bortsett ifrån att det kan diskuteras om nog inte just preskriptionsfrågan faktiskt omfattas av avtalsstatutet enligt IKL är ett förfarande som skisserats ovan teoretiskt möjligt. Romkonventionen öppnar för parallell tillämpning och det kan inte vara fråga om ett brott mot den Haagkonvention som ligger bakom IKL att tillämpa andra konventioner eller lagar på frågor som faller utanför dess tillämpningsområde.

10.2.3 IKL

Den svenska inställningen beträffande tillämpningsområdet för den Haagkonvention från 1955 som ligger bakom IKL förefaller ha varit att detta skall tolkas mycket snävt. I förhandlingarna intog Sverige, tillsammans med övriga skandinaviska länder, exempelvis ståndpunkten att frågor om avtalets materiella giltighet och giltighet till formen inte skulle omfattas av avtalsstatutet.[833] Den restriktiva inställningen återspeglas bl.a. i de svenska lagmotiven, enligt vilka lagen endast är tillämplig på privaträttsliga regler som avser just köp, dvs. bestämmelser som för svensk del är intagna i köplagen. Frågan huruvida allmänna civilrättsliga regler i den lag som pekats ut som tillämplig på köpet också är tillämpliga, exempelvis regler om preskription, ansågs inte reglerat i konventionen utan lämnades till rättstillämpningen.[834]

Den svenska inställningen kan kritiseras men dess riktighet behöver inte i detalj utredas. Visst stöd för åsikten att inte alla civilrättsliga regler omfattas ges nederländsk praxis där det betecknas som analog tillämpning när den av Haagkonventionen utpekade lagen fått besvara frågan om vid vilken ort en viss förpliktelse skulle fullgöras.[835]

Vad beträffar regler av offentligrättslig karaktär uttalade departementschefen att svensk domstol oberoende av konventionens regler hade att avgöra om ett köp som faller under konventionen skulle vara underkastat svenska eller utländska regler av dylikt slag.[836]

[833] Actes et documents de la septième session, s. 15. Jfr kritiken mot den skandinaviska inställningen i Pelichet-rapporten, s. 41.
[834] Prop. 1964:149, s. 17 f. Departementschefens uttalande om preskription blir tämligen ointressant eftersom HD redan i NJA 1930 s. 692 uttalat att preskriptionsfrågan bör prövas enligt samma rättsordning som övriga civilrättsliga frågor. Inställningen bekräftades i NJA 1984 s. 25 som gällde preskription av underhållsskyldighet till barn.
[835] Se Sumampouw, Les nouvelles conventions de la Haye, T. 3, s. 19.
[836] Prop. 1964:149, s. 18.

Konventioner är dock levande instrument som kan utvecklas och det bör inte fästas överdrivet stor vikt vid den inställning som konventionens ”fäder” hade 1955 och naturligtvis inte heller vid över trettio år gamla svenska förarbetsuttalanden till en lag som syftar till att införliva konventionen med svensk rätt. Exempelvis är konventionen från tiden före lärorna om *lois d'application immédiate* och säranknytning fått någon spridning.[837] En tolkning bör, så länge det inte strider mot ordalydelsen i 1955 års konvention, ta sin utgångspunkt i den moderna inställningen.

Min slutsats är att vi vid ett lagval enligt IKL bör tillämpa de konkurrensrättsliga reglerna om avtals ogiltighet och skadestånd om de härstammar från avtalsstatutet och har tillämpningsavsikt. Oavsett om privaträttsliga[838] regler av detta slag vid en strikt tolkning av Haagkonventionen anses ingå i avtalsstatutet eller inte eller om det skall anses vara fråga om analog tillämpning, kan det inte anses strida mot konventionen att göra så.[839] Det skulle, vilket jag kommer att utveckla i avsnittet nedan, leda till önskvärd samstämmighet i synen mellan IKL och Romkonventionen.

Det är mer tveksamt om det också är möjligt att säranknyta konkurrensrättsliga regler. Säranknytningsläran är omtvistad och i 1986 års Haagkonvention om tillämplig lag på internationella köp[840] finns medvetet ingen motsvarighet till Romkonventionens artikel 7. Starka lämplighetsskäl talar dock för att artikel 7.1 tillämpas även när det konkurrenshindrande avtalet avser köp av lösa saker. Det är inte rimligt att avtalets konkurrensrättsliga giltighet och rätten till skadestånd är avhängig av om avtalet avser köp av lösa saker eller något annat. Skulle ett sådant förfarande anses konventionsstridigt, uppkommer därigenom ytterligare ett argument till varför Sverige i likhet med Belgien bör säga upp 1955 års Haagkonvention.

[837] Ifråga om lois d'application immédiate också äldre än Francescakis' teorier, vilka han först presenterade 1958.
[838] Ovan i kap. 3.4.2 utvecklar jag närmare varför de relevanta konkurrensrättsliga reglerna skall ses som privaträttsliga.
[839] I Pelichet-rapporten till 1986 års Haagkonvention företräds den ståndpunkten att privaträttsliga internationellt tvingande regler ingår i avtalsstatutet. Se Pelichet-rapporten, s. 87.
[840] Som Sverige dock aldrig tillträtt.

10.2.4 Romkonventionen

Romkonventionen är enligt artikeln 1.1 tillämplig på ”avtalsförpliktelser i de fall då ett val skall göras mellan lagarna i olika länder”. Konventionen innehåller två avgränsningsbestämmelser. I artikel 1.2 avgränsas konventionens tillämpningsområde ”på bredden” gentemot rättsområden som ligger nära avtal och vissa typer avtalsförpliktelser utesluts. I bestämmelsen klargörs att Romkonventionen inte omfattar bl.a. frågor om fysiska personers rättsliga status, successionsrätt, familjerätt, växel, skuldebrev och check o.s.v.

I artikel 10 behandlas vissa frågor om avtalsstatutets räckvidd, om man så vill avtalsstatutets tillämpningsområde ”på djupet”, dvs. vilka avtalsrättsliga frågor som regleras av den på avtalet tillämpliga lagen. I artikeln, som inte är uttömmande, slås fast att avtalsstatutet omfattar bland annat frågorna om avtalets tolkning, dess fullgörelse, följderna vid avtalsbrott, preskription samt följderna av avtalets ogiltighet.

Dessa två stadganden om Romkonventionens tillämpningsområde ger inget svar på frågan om konkurrensrättsliga regler omfattas av avtalsstatutet. Just den specifika frågan är inte heller i någon större omfattning diskuterad i litteraturen. Den rätta vägen att gå för att finna en lösning beträffande konkurrensrätten får, liksom tidigare i den komparativa undersökningen, bli att se hur offentligrättsliga och internationellt tvingande regler behandlas med avseende på frågan om avtalsstatutets räckvidd.

Romkonventionen innehåller en artikel 7, som reglerar tillämpningen av internationellt tvingande relger. Artikel 7.1 möjliggör en säranknytning av internationellt tvingande regler från ett tredje land[841] och i artikel 7.2 tillämpningen av dylika som utfärdats av forumstaten. Artikeln saknar ett ”stycke 3” om sådana internationellt tvingande regler som ingår i avtalsstatutet, vilket kan vålla visst huvudbry.

> Med regler från *tredje land* avses regler från ett annat land än de länder vars rätt utgör lex fori och lex contractus (avtalsstatut). Om exempelvis en avtalstvist slits vid svensk domstol och dansk rätt är tillämplig på avtalet är svensk rätt lex fori, dansk rätt lex contractus och alla andra länders rätt betraktas som tredje lands lag.

[841] Mer om artikel 7.1 följer i avsnitt 10.7.3.

I artikel 7.1 stadgas att ”när lagen i ett visst land [avtalsstatutet] tillämpas enligt denna konvention kan [internationellt] tvingande bestämmelser i ett *annat* [min kurs.] land till vilket situationen har nära anknytning tillerkännas verkan”. Stadgandet kan vid en rent språklig tolkning ge stöd för uppfattningen att internationellt tvingande regler i avtalsstatutet aldrig kan tillämpas utan endast sådana från ett annat land, dvs. tredje land. Regler från forumstatens lag regleras i artikel 7.2.

Det skulle emellertid leda till mycket märkliga resultat om internationellt tvingande regler från avtalsstatutet helt uteslöts från tillämpning endast därför att de härstammar just därifrån.[842] Även om kritik kan framföras med den innebörden att avtalsstatutet ofta inte sammanfaller med de internationellt tvingande reglernas tillämpningsanspråk (se nedan kap 10.3.2.2) är så ändå ofta fallet. Någon rimlig anledning till varför de aldrig skulle kunna tillämpas står inte att finna.[843] Det måste vara fråga om en lapsus.[844] Härskande mening är sålunda att internationellt tvingande regler kan ingå i avtalsstatutet – frågan är vilka internationellt tvingande regler.

En skiljelinje förefaller här gå mellan offentligrättsliga och privaträttsliga internationellt tvingande regler. Doktrinen är nämligen tämligen enig om att privaträttsliga dylika ingår i avtalsstatutet medan den intar betydligt större tveksamhet till de offentligrättsliga reglerna. Ett tolkningsförslag som ges av PHILIP, vilket flitigt citerats i doktrinen, har innebörden att privaträttsliga internationellt tvingande regler i lex causae skall tillämpas. Det framgår av konventionens tillblivelsehistoria att artikel 7 är tänkt att leda till tillämpnng av offentligrättsliga regler. Frågan om dessas tillämpning faller däremot utanför avtalsstatutet. Offentligrättsliga internationellt tvingande regler, oavsett om de härsammar från samma lands lag som avtalsstatutet eller inte, kan enbart tillämpas enligt artikel 7.1.[845]

LANDO anser istället att offentligrättsliga regler som påverkar avtalets giltighet skall anses ingå i avtalsstatutet. Det följer, hävdar han, av Romkonventionens artikel 8, enligt vilken avtals giltighet skall be-

[842] Radtke, ZvglRWiss 1985, s. 350.
[843] Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 73.
[844] Se Philip, Mandatory Rules, s. 106 samt dens., EU-IP, s. 183.
[845] Philip, Mandatory Rules, s. 87 samt dens., EU-IP, s. 183 f. Instämmer i resonemanget gör Nielsen, International privat- og procesret, s. 540.

dömas enligt avtalsstatutet. Dessa regler som påverkar avtals giltighet måste därför ingå.[846]

BASEDOW kommer beträffande ”mandatory rules of economic law”, vilka huvudsakligen är offentligrättsliga, till slutsatsen att dessa inte ingår i avtalsstatutet. Eftersom artikel 10, som reglerar frågan om avtalsstatutets räckvidd, inte nämner internationellt tvingande regler har konventionen avstått från att reglera under vilka förutsättningar internationellt tvingande offentligrättsliga regler i avtalsstatutet kan tillämpas. Denna lucka i lagen får slutas genom en analog tillämpning av artikel 7.1 även på de regler som härstammar från lex causae.[847]

Till samma slutsats som Lando men med annan motivering kommer PÅLSSON. Enligt honom är det ”självklart att avtalsstatutets regler skall tillämpas, oavsett om dessa är dispositiva, internt tvingande eller internationellt tvingande”.[848] Författaren formulerar dock viss tveksamhet beträffande de offentligrättsliga reglerna. Han kommer till slutsatsen att de offentligrättsliga internationellt tvingande reglerna i avtalsstatutet måste kunna tillämpas eftersom det vore orimligt att offentligrättsliga regler i ett tredje lands lag skulle kunna beaktas enligt artikel 7.1 men inte sådana i avtalsstatutet.[849]

PHILIPS och BASEDOWS lösning förefaller mig lämpligast eftersom de privaträttsliga internationellt tvingande reglerna lämpar sig att anknytas genom de lagvalsregler som utpekar avtalsstatut. Dessa lagvalsregler är utformade för att i huvudsak ta hänsyn till de enskilda parternas intressen i en internationell tvist.[850] Privaträttsliga internationellt tvingande regler har också till syfte att reglera enskildas intressen. För de offentligrättsliga internationellt tvingande reglerna däremot, står den utfärdande statens intressen i förgrunden. Endast artikel 7 är utformad för att hantera regler av den karaktären och därför bör de enbart kunna finna tillämpning om de krav som regeln uppfyller är tillfredställda.

Sammanfattningsvis gäller sålunda för konkurrensrättsliga regler om avtals ogiltighet och skadestånd följande:

[846] Lando, CMLRev. 1987, s. 213.
[847] Basedow, Am. J. Int. L., Vol. 42, 1994, s. 442.
[848] Pålsson, Romkonventionen, s. 125. Se även Bogdan, Svensk IP, s. 249.
[849] Pålsson, Romkonventionen, s. 125 f.
[850] Lagarde, RCDIP 1991, s. 308.

1. Om de skall ses som *privaträttsliga* ingår de i avtalsstatutet men kan också säranknytas enligt artikel 7 – en kumulationslösning.[851]
2. Om de skall ses som *offentligrättsliga* omfattas de inte av avtalsstatutet men kan säranknytas enligt artikel 7.

10.3 Inkongruens mellan avtalsstatutet och konkurrensrätt med tillämpningsavsikt

10.3.1 Inledning

När nu konstaterats att konkurrensrättsliga regler, åtminstone om de är privaträttsliga, ingår i avtalsstatutet blir det av största intresse att undersöka om det därvid är relevant om de har tillämpningsavsikt eller inte. Man kan fråga sig om en hänvisning till exempelvis någon amerikansk delstats rätt också innebär att de amerikanska konkurrensreglerna (de federala och delstatens) automatiskt blir tillämpliga oavsett om avtalet har konkurrensbegränsande effekt på den amerikanska marknaden eller inte. Det kan synas absurt att överhuvudtaget ställa sig frågan men en tänkbar tolkning av den internationella privaträttens förbud mot *renvoi* skulle leda till ett sådant resultat. Det är därför viktigt att inte endast utifrån lämplighetsöverväganden utan även teoretiskt förklara varför så inte kan vara fallet. Det görs i kapitel 10.3.2.1.

Jag har redan ovan klargjort att konkurrensrättsliga regler kan säranknytas via Romkonventionens artikel 7 (se ovan kap. 10.2.4). Det kan därför synas som något av att slå in öppna dörrar när jag nedan gör en analys som utmynnar i att avtalsstatut och konkurrensregler med tillämpningsavsikt ofta inte sammanfaller, dvs. inkongruens är ofta för handen. Flera stater har dock reserverat sig mot artikel 7.1 och för dem är kritiken i högsta grad relevant. Avhandlingen har, som inledningsvis framhölls (se ovan kap. 1.2.1) dock inte bara till syfte att ”lösa problemet” utan har också till syfte att analysera och värdera olika internationellt privaträttsliga metoder. Det finns därför ett egenvär-

[851] Ovan i kap. 3.4.2 framgår att jag anser dem vara privaträttsliga.

de i att se hur ofta säranknytning faktiskt kommer att aktualiseras i internationella konkurrenstvister.

Till de traditionella lagvalsreglernas oförmåga att hantera internationellt tvingande regler som de konkurrensrättsliga kommer också den möjlighet som partsautonomin skapar att undkomma konkurrensregler med tillämpningsavsikt. I vilken utsträckning så är fallet analyseras nedan i kapitel 10.3.3.

10.3.2 Objektivt lagval

10.3.2.1 Tas hänsyn till om de konkurrensrättsliga reglerna i avtalsstatutet gör anspråk på tillämpning?

Då det förefaller som om internationellt tvingande regler i avtalsstatutet skall tillämpas måste också klargöras om de alltid tillämpas när den lag de tillhör är tillämplig eller om hänsyn tas till deras tillämpningsanspråk.[852] Om hänsyn tas till om den utländska konkurrensrätten verkligen gör anspråk på tillämpning eller inte kan det ses som ett fall av renvoi, vilket egentligen utesluts enligt artikel 15 Romkonventionen (och även enligt svensk autonom internationell privaträtt).[853]

> Med *renvoi* avses här att lagvalsregeln hänvisar till den främmande rätten inlusive dess internationellt privaträttsliga regler. I litteraturen ges som exempel på renvoi ett fall där svensk internationell privaträtt i 1:1 IÄL utpekar medborgarskapslandets lag som tillämplig på rätten att ingå äktenskap. Om detta lands internationella privaträtt istället använder sig av hemvistet som anknytningsmoment och personen i fråga har hemvist i Sverige, skall om renvoi accepteras i detta fall svensk rätt tillämpas. Denna form av renvoi kallas återförvisning. Om personen i fråga hade haft sitt hemvist i ett tredje land hade det istället varit fråga om s.k. vidareförvisning.[854]

Eftersom en stats regler om den egna konkurrensrättens tillämpningsanspråk kan ses som ensidiga lagvalsregler,[855] skulle renvoi-förbudet i artikel 15 med en dogmatisk tillämpning kunna leda till att det inte

[852] Jakande beträffande amerikansk guldklausullagstiftning i äldre svensk doktrin Bagge, TfR 1937, s. 190.
[853] Se NJA 1930 s. 692.
[854] Se Bogdan, Svensk IP, s. 53.
[855] Se t.ex. Münchener Kommentar-Immenga, Nach Art. 37, Rdnr. 17 (s 1974).

gick att ta hänsyn till detta tillämpningsanspråk. Ur praktisk synvinkel skulle det få mycket olyckliga följder.

Här kan det vara på sin plats att dra sig till minnes diskussionen ovan i kapitel 2.4.1 om ”spatially conditioned internal rules”.[856] NUSSBAUM var kanske den som först gjorde distinktionen mellan materiella regler med ett bestämt territoriellt tillämpningsområde och internationellt privaträttsliga regler. Om Nussbaums distinktion görs innebär det att hänsyn kan tas till tillämpningsanspråk hos regler i lex causae utan att det för den skull innebär en tillämpning av de internationellt privaträttsliga reglerna i denna lag – renvoiförbudet reser sålunda inga hinder.

Problemet har senare uppmärksammats av flera andra författare, varav flera sett sig manade att mynta egna begrepp såsom ”particular choice of law rules”,[857] ”functionally restricting rules”[858] och ”localizing rules”.[859] För enkelhetens skull har jag kallat dessa regler ”avgränsningsregler”.[860] ”Regler om reglers territoriella tillämplighet” är måhända mer korrekt men på grund av sin längd ett ohanterligt uttryck. Begreppet ”avgränsningsregler” syftar till att illustrera att det är fråga om regler som avgränsar den territoriella tillämpningen av andra regler.

Avgränsningsregler är inte lätta att sortera in i antingen det materiellrättsliga eller det internationellt privaträttsliga facket.[861] Den härskande meningen förefaller dock, oavsett om distinktionen uppmärksammas, ändå vara att regler i lex causae endast skall tillämpas om de gör tillämpningsanspråk.[862]

[856] Se Nussbaum, Principles of PIL, s. 71.
[857] Morris, LQR, Vol. 62, 1946, s. 176.
[858] de Nova, Cal. L. Rev., Vol. 54, 1966, s. 1569.
[859] Cavers, The Choice of Law Process, s. 225 f.
[860] Bagge, TfR 1937, s. 158–210 passim använder sig i anslutning till Neumayer, Internationales Verwaltungsrecht av uttrycket ”gränsnorm” inom den internationella förvaltningsrätten.
[861] Nussbaum, Principles of PIL, s. 72 konstaterade att de ”[t]he realm of ‘spatially conditioned’ internal rules is wide and unexplored [… and to] be sure, it is separate from the traditional divisions of Private International Law, viz., choice-of-law and jurisdiction, but, nevertheless, it is indissolubly intertwined with them”.
[862] Se t.ex. Radtke, ZvglRWiss 1985, s. 343; Münchener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 40 (s. 1834); Kaye, New Private International Law, s. 343 f.

Det är svårt att på teoretiska grunder dra en skiljelinje mellan å ena sidan avgränsningsregler och å andra sidan lagvalsregler. Båda har till syfte att besvara frågan om vilken lag som är tillämplig i en situation med internationell anknytning. De förra är alltid ensidiga medan de senare plägar vara allsidiga. Ensidiga lagvalsregler är emellertid ingenting nytt inom den internationella privaträtten och betraktas traditionellt som en del av denna.[863] Så bestod exempelvis den tyska internationella privaträtten fram till dess reformering 1986 till mycket stor del av ensidiga lagvalsregler.[864] Även i fransk internationell privaträtt har domstolarna bidragit till en bilateralisering av artikel 3 st. 3 Code Civil.[865]

Finns då någon skillnad? De som hävdar att en sådan skillnad finns har inte alltid lyckats dra någon klar skiljelinje. I DICEY AND MORRIS hävdas förvisso att ”[s]uch ‘self-limiting provisions’ as they have been called are clearly not rules of the conflict of laws whether multilateral or unilateral”. I anslutning till påståendet erkänns dock att ”[a]lthough the distinction between them is plain enough in principle, it is not always easy to distinguish between unilateral conflict rules and self-limiting provisions; nor has any writer succeeded in formulating a satisfactory test for distinguishing between them”.[866]

> Här kan det vara på sin plats med ett exempel för att visa att detta problem har kommit att spela en praktisk roll och inte enbart varit föremål för akademisk debatt. I *Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance and General Mutual Life Assurance Society Ltd.* hade ett nyzeeländskt ”borough council” lånat pengar av ett livförsäkringsbolag med säte i den australiensiska delstaten Victoria.[867] Livförsäkringsbolaget bedrev också verksamhet i Nya Zeeland. Som säkerhet för lånet utgav borough council obligationer, som var räntebärande och skulle betalas i Victoria. Efter att obligationerna givits ut utfärdade parlamentet i Victoria 1931 *Financial Emergency Act*, enligt vilken alla räntor på lån skrevs ned till en

(som anför just ett konkurrensrättsligt exempel); Philip, EU-IP, s. 186; Pålsson, Romkonventionen, s. 127 f.

[863] Se för senare svensk doktrin Bogdan, Svensk IP, s. 37 f. och Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 56 f.

[864] Se om de ensidiga lagvalsreglerna i äldre EGBGB och deras bilateralisering i praxis: Behn, Entstehungsgeschichte, s. 195–293.

[865] Se Gothot, RCDIP 1971, s. 1 ff.

[866] Dicey and Morris, s. 20.

[867] *Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance and General Mutual Life Assurance Society Ltd.* [1938] A.C. 224 (P.C.).

lägre räntesats än den avtalade. Lagen omfattade också obligationer som utgivits av kommunala myndigheter. Det nyzeeländska borough council betalade efter lagens ikraftträdande ett lägre räntebelopp än det avtalade.

Livförsäkringsbolaget väckte vid nyzeeländsk domstol talan om utfående av mellanskillnaden mellan den erlagda räntan och den till vilken obligationerna utgivits. Efter överklagande från New Zealand Court of Appeal kom målet att avgöras av Privy Council. Lagen i delstaten Victoria ansågs tillämplig såsom lex loci solutionis. Käranden vann målet på den grunden att *Financial Emergency Act* inte ansågs tillämplig: ”a careful consideration of the terms of the sections […] shows that, though the general definition of mortgage […] is wide enough to cover any mortgage of any land anywhere in the world, the intention of the Act is to limit it to Victorian mortgages”.[868] Enligt den internationella privaträtten i den anglosaxiska världen var renvoi utesluten i internationellt kontrakträttsliga mål, varför avgörandet kan tas till intäkt för att den (oskrivna) regel som sade att *Financial Emergency Act* inte var tillämplig på detta fall skulle ses som en materiell rättsregel snarare än en internationellt privaträttslig. Från detta rättsfall kan dock naturligtvis inte dras några slutsatser om hur Romkonventionen skall tolkas, varför en självständig och utförligare undersökning av principfrågan blir nödvändig.

Doktrinen är rikhaltig men trots det kan de författare som försökt dra en skiljelinje knappast sägas ha kommit till några riktigt klara slutsatser. Vidare kompliceras en analys av att den anglosaxiska doktrinen huvudsakligen diskuterar ”spatially localized laws” under något av de många namn som dessa kommit att gå under. Den kontinentala, huvudsakligen franska, doktrinen syftar istället till att fastslå vilka regler som är ”lois d’application immédiate” (se ovan kap. 2.4.1) och vilka som är internationellt privaträttsliga regler. Båda diskuterar, trots skillnaden i terminologi, skillnaden mellan internationellt tvingande reglers avgränsningsregler och ensidiga lagvalsregler. Det förefaller nämligen som om den härskande meningen även inom den anglosaxiska doktrinen är att ”spatially localizing rules” i lex fori har företräde framför en lagvalsregel som pekar ut ett annat lands lag som tillämplig, varför dessa sålunda är samma sak som ”lois d’application immédiate”, vilka i sin tur är samma sak som internationellt tvingande regler.[869]

[868] [1938] A.C. 224 (s. 243).

[869] ”The spatially conditioned internal rule as far as it goes overrides a Conflict rule to the contrary”, Nussbaum, Principles of PIL, s. 72; ”the substantive provisions which they qualify are applicable prior to any choice of law inquiry, and render otiose the application of general choice of law rules”, Kelly,

DE NOVA är kanske den som ägnat frågan om vad han (bl.a.) kallar ”norme autolimitate”[870] mest energi.[871] Eftersom italiensk rätt (de Nova stammar från Italien) tar avstånd från renvoi,[872] blir problematiken av särskild vikt i italienska domstolar. Enligt de Nova går det att skilja på å ena sidan internationellt privaträttsliga regler och å den andra avgränsningsregler.[873] Skillnaden ligger enligt honom i att de internationellt privaträttsliga reglerna har till syfte att reglera frågan om vilket lands rätt som är tillämplig medan avgränsningsreglerna syftar till att avgöra vilken materiell regel inom ett och samma rättssystem som är tillämplig.[874] Man kan tala om flera olika slags avgränsningsregler och de regler de Nova avser blir, för att knyta an till senare svensk terminologi, ”civilrättsliga avgränsningsregler”.[875] Själv skulle jag, om en sådan distinktion är nödvändig, vilja tala om *materiella och territoriella avgränsningsregler*. de Novas definition avser de förstnämnda. Därför hjälper tyvärr inte de Novas resonemang oss att besvara vår fråga. Vi vill veta skillnaden mellan ensidiga lagvalsregler territoriella avgränsningsregler.

GRAULICH vill dra skiljelinjen mellan ”lois d’application immédiate” (sådana regler är i princip samma sak som internationellt tvingande regler)[876] och (ensidiga) lagvalsregler. Huruvida en regel är en ensidig

ICLQ, Vol. 18, 1969, s. 253; ”In fact, such a rule [a spatially conditioned rule] is one which is of immediate application, to use the term coined by Francescakis”, Lipstein, ICLQ, Vol. 26, 1977, s. 894. Litteraturen är dock inte helt enig. Blotta det faktum att en regel innehåller en territoriell avgränsning behöver inte betyda att den också är internationellt tvingande. Se Mann, ICLQ, Vol. 27, 1978, s. 661–664; Guedj, Am. J. Comp. L., Vol. 39, 1991, s. 667 ff.; Bonomi, Yb. PIL, Vol. 1, 1999, s. 231.

870 de Nova var inte konsekvent utan använde många olika termer för samma sak. Se Lipstein, ICLQ, Vol. 26, 1977, s. 894 m.v.h. för några exempel.

871 Se Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 39 not 138 för vidare hänvisningar till de Novas stora produktion i ämnet.

872 Art. 30 Disposizioni preliminari del codice civile.

873 Se bl.a. de Nova, Mélanges Maury, s. 395.

874 A.a., s. 396.

875 Bogdan, SvJT 1995, s. 6; Jänterä-Jareborg, SvJT 1995, s. 381.

876 En metodologisk skillnad, som till sin praktiska betydelse måhända närmar sig den som tillmäts frågan om påvens skägg, mellan ”lois d’application immédiate” och internationellt tvingande regler är att de förstnämnda tillämpas utan föregående lagval medan de senare tillämpas efter att ett lagval gjorts, oavsett vilket lands lag som detta lagval utsett som tillämplig. Det är naturlig-

lagvalsregel eller en internationellt tvingande regel avgörs utifrån dess syfte. Ensidiga lagvalsregler har till syfte att åstadkomma en tillfredställande lösning för internationella förhållanden mellan enskilda medan internationellt tvingande regler motiveras av behovet av ett sammanhållet och effektivt system i forumstatens rätt.[877] Det går möjligen att identifiera regler som har till syfte att reglera förhållanden mellan enskilda men hur ser en regel ut som motiveras av behovet av ett sammanhållet och effektivt rättssystem? Borde inte det också vara ett mål även för de regler som syftar till att reglera enskildas förhållanden?

UNGER har istället, något i förbigående,[878] föreslagit en distinktion enligt vilken endast regler som lokaliseras genom något av den internationella privaträttens erkända anknytningsmoment hör till de ensidiga lagvalsreglerna.[879] DICEY AND MORRIS tolkar honom som att om anknytningsmomentet är hemvist eller platsen för äktenskapets ingående är det fråga om en ensidig lagvalsregel men om anknytningsmomentet istället är platsen där arbetet utförs är det fråga om en ”self-limiting provision” – en avgränsningsregel.[880] Valet av exempel förbryllar en svensk läsare något eftersom det även i det senare fallet måste anses vara fråga om ett erkänt anknytningsmoment.[881] Vad är ett ”erkänt anknytningsmoment”?

TOUBIANA väljer att istället dra en metodologisk skiljelinje. Skillnaden mellan en internationellt tvingande regel (med avgränsningsre-

tivs frågan om samma regler, det är bara en fråga om något olika sätt att se på dem.

877 Graulich, Mélanges Dabin, s. 635.

878 Föremålet för analys var egentligen bl.a. om art. 17 av Age of Marriage Act 1929, vilken löd ”A marriage between persons either of whom is under the age of sixteen years shall be void” skulle tolkas som om den innebar att ”A marriage *celebrated in the United Kingdom* between persons either of whom is under the age of sixteen years shall be void”. Se *Pugh v. Pugh* [1951] P. 482 i vilket en man med hemvist i England gifte sig i Österrike med en 15 år gammal flicka med ungerskt hemvist.

879 Unger, LQR, Vol. 83, 1967, s. 429 not 6.

880 Dicey and Morris, s. 20.

881 Så kanske emellertid inte för en engelsk läsare eftersom anställningsavtal före Romkonventionens ikraftträdande var underställda ”the proper law of the contract” som utgjordes av lagen i det land till vilket rättsförhållandet hade ”closest and most real connection”. Se Dicey and Morris, s. 1189 f. och 1303. Se för ”closest and most real connection” *Bonython v. Commonwealth of Australia* [1951] A.C. 201 (P.C.).

gel) och en ensidig lagvalsregel ligger däri att den förstnämnda, om den härstammar från forumstaten, gör sig gällande utan ett mellankommande lagval.[882] Lagvalsregeln däremot kännetecknas av att det alltid finns en möjlighet att göra ett val. Detta val kan sedan förvisso på grund av en ensidig lagvalsregel också resultera i tillämpningen av det egna landets lag men skillnaden ligger på ett annat plan. Lagvalsregeln tar sak- eller rättsförhållandet till utgångspunkt och är därför abstrakt till sin natur medan avgränsningsregeln är konkret.[883] Toubiana för något av ett cirkelresonemang. För att kunna konstatera att en regel gör sig gällande utan mellankommande lagval krävs ju att vi redan vet att den är en avgränsningsregel och inte en lagvalsregel.

KAHN-FREUND ser istället som den stora skillnaden att avgränsningsreglerna förutsätter att det egna landets lag är tillämplig. Först sedan detta konstaterats följer den rent materiellrättsliga frågan om regeln är territoriellt avgränsad. En lagvalsregel däremot, utgår inte från att ett visst lands lag är tillämplig utan talar om att när en viss geografisk anknytning är förhanden är ett visst lands lag tillämplig (vad beträffar ensidiga lagvalsregler den egna lagen).[884] Kahn-Freunds definition passar väl in vad beträffar den negativa funktionen hos avgränsningsregler, dvs. att tala om när de inte är tillämpliga. Men om likhetstecken skall sättas mellan avgränsningsregler och internationellt tvingande regler (eller snarare att varje internationellt tvingande regel, och också enbart sådana, också innehåller en ”avgränsningsdel”) stämmer det inte. Internationellt tvingande regler förutsätter nämligen inte för sin tillämpning att laglandets rätt enligt den internationella privaträttens lagvalsregler är tillämplig. Tvärtom. Det är därför de kallas internationellt tvingande.

JÄNTERÄ-JAREBORG gör också gällande att det finns en klar skillnad. Den ensidiga lagvalsregeln hänvisar i sitt normled (se ovan kap. 3.4.1 för terminologin) vanligtvis till den utfärdande statens lag. Hänvisningen avser denna lag i dess helhet. Avgränsningsregeln kännetecknas däremot av att den klargör när vissa bestämmelser i en viss särskild lag är tillämpliga.[885]

[882] Den är med andra ord en lois d’application immédiate – se ovan kap. 2.4.1 Det är också lois d’application immédiate som Toubiana försöker identifiera.
[883] Toubiana, Domaine de la loi, s. 228.
[884] Kahn-Freund, General Problems of PIL, s. 240 f.
[885] Jänterä-Jareborg, SvJT 1995, s. 380 ff.

Som exempel på skillnaden kan den numera upphävda 3 § fastighetsmäklarlagen och 2 § 1 st. lagen (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption (LIA) tjäna. Den förstnämnda föreskrev att ”[b]estämmelserna i denna lag tillämpas oavsett var fastigheten är belägen, om en väsentlig del av mäklarens uppdrag utförs i Sverige” medan den andra stadgar att ”[a]nsökan om adoption prövas enligt svensk lag”. I det första fallet sker sålunda hänvisningen till en viss svensk lag medan hänvisningen i det andra fallet är till alla i svensk rätt på rättsförhållandet tillämpliga bestämmelser.

Slutligen gör CORDERO MOSS en skillnad mellan (ensidiga) lagvalsregler och internationellt tvingande regler som bygger på att den internationellt tvingande regelns tillämpning i det enskilda fallet inte är beroende av en mekanisk tillämpning av någon lagvalsregel som är okänslig för de materiella reglernas innehåll. Den internationellt tvingande regelns avgränsningsdel tar hänsyn till de intressen som är inblandade i det konkreta fallet, väger dessa mot varandra, och avgör därefter om den materiella regeln i fråga skall tillämpas.[886]

Hennes distinktion tar sikte på en aspekt beträffande internationellt tvingande regler. Nämligen den att vid tillämpningen av en avgränsningsregel kan hänsyn tas till tillämpningsanspråken hos internationellt tvingande regler från andra stater, s.k. ”balancing of interests”.[887] En ensidig lagvalsregel däremot lämnar normalt sett inget utrymme att ta hänsyn till andra staters intressen. Skillnaden är viktig men hjälper oss kanske inte i första hand att avgöra vad som är vad.

JÄNTERÄ-JAREBORGS distinktion förefaller vara den mest användbara. Möjligtvis kan man invända att skillnaden ibland blir enbart semantisk eftersom den allmänna hänvisningen till svensk lag i realiteten avser just en enda lag. Bestämmelser som reglerar ett visst rättsförhållande finns samlade i denna och frågan faller inte under några andra lagars sakliga tillämpningsområde. Situationen torde inte vara helt ovanlig. Vidare bör det inte ha betydelse om bestämmelser finns samlade i en enda lag eller finns utspridda över flera lagar eller inte ens är

[886] Cordero Moss, International Commercial Arbitration, s. 104 f.

[887] Se om detta bl.a. Deville, Die Konkretisierung des Abwägungsgebotes im internationalen Kartellrecht; Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, s. 622 ff.; Nerep, Extraterritorial Control of Competition under International Law, s. 556 ff.; Schnyder, Wirtschaftskollissionsrecht, s. 133 ff.; Veelken, Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht.

kodifierade. Snarare bör tas sikte på att avgränsningsregeln syftar till att ange tillämpligheten av en klart definierad regelmassa.[888]

Till vilken kategori skall då de konkurrensrättsliga bestämmelserna räknas? Artikel 98 st. 2 GWB kan få tjäna som lämpligt undersökningsobjekt – bl.a. därför att den är kodifierad.[889] Den tyska lagen stadgar att ”[d]ieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes [av art. 107 följer att lagens tillämpningsområde är Förbundsrepubliken Tyskland] auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlaßt werden”[890] Hänvisningen sker uttryckligen till en viss lag och inte till hela den tyska rätten, varför det med den definition som givits ovan blir en avgränsningsregel och inte en ensidig lagvalsregel.[891]

Detsamma får anses gälla även för de rättsordningar som har oskrivna avgränsningsregler. Det är frågan om konkurrensrättens territoriella tillämplighet som regleras genom effektprincipen, implementeringsprincipen eller vilken princip som nu är aktuell – inte frågan om hela rättsordningars tillämplighet. Om ett avtal ingånget i

[888] Se dock Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 118 f. som hävdar att ”[t]he distinction between conflicts rules and rules determining geographic scope is extremely oversubtle”.

[889] I den svenska konkurrenslagen fanns tidigare i 6 och 19 §§ en begränsning till konkurrensbegränsningar som snedvred konkurrensen på ”den svenska marknaden”. Genom lag 1998:648 om ändring i konkurrenslagen ändrades ”den svenska marknaden” till ”marknaden”. Genom ändringen syftar uttrycket marknad istället på den s.k. relevanta marknaden inom konkurrensrätten och anses inte längre ge uttryck för en allmän avgränsning av konkurrenslagens territoriella tillämplighet. Avgränsningen får i stället anses följa ”av folkrättsliga regler och den s.k. effektprincipens tillämpning i svensk konkurrensrätt”. Se prop. 1997/98:130, s. 26.

[890] Min översättning: ”denna lag är tillämplig på alla konkurrensbegränsningar som har verkan inom denna lags giltighetsområde, även när de förorsakas utanför denna lags giltighetsområde”.

[891] I doktrinen refereras dock regelmässigt till § 98 st. 2 som ”einseitige Kollissionsnorm”. De författare som gör det förefaller dock överhuvudtaget inte ha observerat diskussionen om skillnaden mellan ensidiga lagvalsregler och avgränsningsregler. Basedow, Am. J. Int. L., Vol. 42, 1994, s. 441, som förvisso anser att skillnaden mellan ensidiga lagvalsregler och avgränsningsregler är en gimmick, hävdar att det, för det fall man gör en sådan skillnad, är ”improper to characterize sect. 98(2) of the law against restraints of competition as a conflict of laws rule” – dvs. den är en avgränsningsregel.

Murmansk har konkurrensbegränsande effekt på den svenska marknaden innebär det att den svenska rättsordningen gör anspråk på att svensk konkurrensrätt skall tillämpas på avtalet men inte alls att också svensk avtalsrätt skall reglera följderna av avtalets ogiltighet. Det senare hade varit fallet om det hade varit fråga om en ensidig lagvalsregel som hänvisat till svensk rätt i allmänhet.

Sammanfattningsvis kan sålunda den i avsnittet inledningsvis ställda frågan besvaras jakande. Konkurrensrättsliga regler i avtalsstatutet skall enbart tillämpas endast då de gör tillämpningsanspråk. Förbudet mot renvoi i artikel 15 Romkonventionen reser inga hinder mot beaktande av de konkurrensrättsliga reglernas tillämpningsanspråk eftersom avgränsningsnormerna, dvs. regler om deras territoriella tillämplighet inte är att betrakta som internationellt privaträttsliga lagvalsregler.

Det finns naturligtvis en anledning till att jag ägnat så stort utrymme till att utreda en förhållandevis teknisk detalj så utförligt. Om jag inte hade kommit till resultatet att de konkurrensrättsliga avgränsningsreglerna var materiellrättsliga hade jag tvingats hitta en annan grund att bortse från renvoiförbudet i artikel 15. Det vore nämligen i allra högsta grad olämpligt att tillämpa en konkurrenslag utan tillämpningsavsikt. Det ligger vare sig i den utfärdande statens eller parternas intresse att ett visst avtal som inte skadar konkurrensen inom den utfärdande staten drabbas av ogiltighet eller att ena parten åläggs skadeståndsskyldighet.

10.3.2.2 Innehåller avtalsstatutet som regel också konkurrensrättsliga bestämmelser med tillämpningsanspråk?

Av särskilt intresse för de stater som reserverat sig mot artikel 7.1 om s.k. säranknytning av tredje länders internationellt tvingande regler blir frågan om de konkurrensrättsliga regler som gör anspråk på tillämpning också regelmässigt kommer att återfinnas i avtalsstatutet. I dessa länders domstolar är den vägen nämligen den enda som kan tänkas leda till konkurrensrätt med tillämpningsanspråk. Även för den majoritet av till Romkonventionen anslutna stater som inte reserverat sig mot bestämmelsen är det av betydelse eftersom artikel 7.1 är så restriktiv i sin utformning (se närmare nedan kap 10.7.3 om artikeln). Den konkurrensrättsliga ogiltighets- eller (inomobligatoriska) skadeståndsbestämmelse som återfinns inom avtalsstatutet är inte alls fö-

remål för alla de restriktioner som drabbar de länders konkurrensregler som av någon anledning inte återfinns i lex causae – de har ett försteg till tillämpning.

Det finns ingen möjlighet att här uttömmande beskriva alla tänkbara avtalstyper som kan innehålla konkurrensbegränsande klausuler. Därtill är de en alldeles för heterogen skara. En kort analys som inskränker sig till några av de avtalstyper som oftast omnämns i den konkurrensrättsliga litteraturen får tjäna till att bevisa den tes jag här uppställer: *Avtalsstatut och konkurrenslag med tillämpningsanspråk sammanfaller ofta inte.*

Jag har också tillåtit mig att i viss utsträckning förenkla verkligheten vad gäller de konkurrensrättsliga avgränsningsreglerna. Det har förutsatts att effektprincipen eller implementeringsdoktrinen gäller.[892]

> Enligt den s.k. *effektprincipen* har konkurrensrätten tillämpningsanspråk när en konkurrensbegränsning får en märkbar konkurrensbegränsande effekt på laglandets marknad. Enligt *implementeringsdoktrinen* gäller att konkurrensrätten har tillämpningsanspråk när ett avtal skall implementeras, dvs. fullgöras, i laglandet och negativt påverkar konkurrensen där. De båda avgränsningsreglerna är snarlika men i vissa lägen kan det spela en roll vilken som gäller (se nedan kap. 11.1.2).

Dessa principers tillämpning i det enskilda fallet kan ibland naturligtvis vara förknippad med vissa svårigheter. Det är inte alltid alldeles enkelt att avgöra på vilket lands marknad ett visst konkurrensbegränsande avtal har effekt eller var det skall implementeras. Jag håller mig dock hela tiden inom ramen för det tänkbara och, skulle jag vilja hävda, typiska. Eftersom avtalen i verkligheten är tämligen heterogena går det dock inte att slå fast några benhårda regler. Frågan om tillämplig konkurrenslag får alltid avgöras från fall till fall. Det är med dem som med alla andra avtal. Och precis som i frågan om tillämplig avtalslag går det, trots heterogeniteten, att göra vissa generella uttalanden.

Kartellavtal

Kartellavtalen räknas till de s.k. horisontella avtalen – dvs. avtal mellan aktörer i samma led i produktens vandring till konsumenten.[893] Sådana

[892] Se Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 10–91 för en jämförande genomgång.
[893] Med produkt avses här såväl vara som tjänst.

avtal är till sin natur konkurrensbegränsande eftersom de syftar till att dela upp marknader eller samordna prissättningen på en viss produkt.[894]

Frågan om tillämplig lag på ett kartellavtal är problematisk eftersom båda (eller alla om det är fler än två) parterna till avtalet skall prestera något annat än pengar Därmed sätts presumtionen i artikel 4.2 om tillämpning av den lag där den part som skall utföra den karaktäristiska prestationen har sitt hemvist ur spel. Den karaktäristiska prestationen anses annars utföras av realgäldenären och inte den part som har att erlägga betalning i pengar. Här är det fråga om ett slags bytesavtal, där båda parter är realgäldenärer.[895] Någon presumtion kan därför inte uppställas och man får därför enligt artikel 4.5 falla tillbaka på generalklausulen i artikel 4.1. Enligt denna skall avtalet underkastats lagen i det land till vilket det har ”närmast anknytning”.

Frågan om till vilket land ett kartellavtal har närmast anknytning kan inte besvaras generellt. Domstolen får istället på grundval av en helhetsbedömning från fall till fall avgöra till vilket land avtalet har närmast anknytning. Till ledning för sitt beslut har domstolen att beakta i princip alla avtalets anknytningar till olika länder, såsom parternas nationalitet och hemvist, platsen för avtalets ingående, uppfyllelseort, avtalad valuta, språk osv. Metoden brukar ofta i skandinavisk doktrin betecknas den individualiserade metoden.[896]

En vägning av dessa traditionella anknytningsmoment *kan* naturligtvis leda till tillämpningen av en lag som också innehåller konkurrensrättsliga bestämmelser med tillämpningsanspråk men det sker i så fall närmast av en slump. En möjlighet är naturligtvis att avtalet anses ha närmast anknytning till det land på vars marknad konkurrensbegränsingen har effekt. Ett problem med det synsättet är dock att kartellavtalet kan ha effekt på flera marknader medan i normalfallet (om ej dépeçage är möjligt) endast ett lands lag bör reglera parternas inbördes rättigheter och skyldigheter.

[894] Westin, Introduktion till EG:s konkurrensregler, s. 51.
[895] Pålsson, Romkonventionen, s. 65 f.
[896] Se dock Göransons kritiska uppgörelse med metoden i Essays Pålsson, s. 47–78.

Joint venture-avtal

Ett slags avtal som kan vara konkurrensbegränsande är när två eller flera företag gemensamt sätter upp ett s.k. samriskföretag (joint venture). Om samriskföretaget har till uppgift att tillhandahålla moderbolagen med varor eller tjänster, och sålunda inte självständigt uppträder på marknaden är det en form av horisontellt samarbete som kan anses vara konkurrensbegränsande. Det är ett s.k. kooperativt joint venture.[897] Samriskföretaget kan försvåra marknadstillträdet för andra företag, även om moderbolagen inte är konkurrenter. Samarbetet får då konkurrensbegränsande effekt.[898]

Joint venture-avtal är liksom kartellavtalen exempel på avtal där det inte uppstår någon presumtion enligt artikel 4.2. I den mån det inte kan anses att olika presumtioner skall tillämpas för olika beståndsdelar av avtalet (dépeçage),[899] skulle man möjligtvis kunna tänka sig att avtalet har närmast anknytning till det land varifrån samriskföretaget huvudsakligen skall bedriva sin verksamhet eller det gemensamma bolaget registrerats. Så borde vara fallet vad beträffar tillämplig lag för samriskföretagets interna angelägenheter (särskilt i fall av koncentrativa joint ventures), men det vi här söker är den lag som är tillämplig på själva joint venture-avtalet mellan moderbolagen.

Om samriskföretagets verksamhets- eller registreringsort utgör det avgörande anknytningsmomentet beträffande tillämplig lag på joint venture-avtalet torde i många fall konkurrensrätten i det landets lag också göra tillämpningsanspråk. Det är dock inte nödvändigtvis så att ett samriskföretag endast eller ens huvudsakligen begränsar konkurrensen på det lands marknad där det har sin huvudsakliga verksamhet eller är registrerat.

Specialiseringsavtal samt forsknings- och utvecklingsavtal

Ett avtal mellan två eller flera företag, i vilket parterna överenskommer att enbart ena parten skall tillverka en viss vara eller där de kom-

[897] Om joint venture-företaget istället uppträder självständigt på marknaden i förhållande till moderbolagen är det ett s.k. koncentrativt joint venture och skall inom EG-rätten bedömas enligt koncentrationsförordningen, rfo 4064/89.
[898] Westin, Introduktion till EG:s konkurrensregler, s. 54 f.
[899] Pålsson, Romkonventionen, s. 66.

mer överens om att endast gemensamt tillverka vissa varor, kan ibland innebära att forskning och produktutveckling påskyndas till nytta för konsumenten. Om någon sådan nytta inte kan konstateras är det emellertid oftast fråga om ett konkurrensbegränsande avtal.[900]

I de fall där den ena parten betalar den andra pengar för att upphöra med viss produktion eller som ett tillskott till forskningsresurserna kan man möjligen tala om ett slags uppdragsavtal, där uppdragstagaren är den som utför den karaktäristiska prestationen. Presumtionen är därvid att avtalet har närmast anknytning till det land där ”uppdragstagaren” har sitt hemvist eller säte.[901] Om den produkt avtalet avser säljs på flera marknader eller huvudsakligen på export sammanfaller konkurrensrätt med tillämpningsanspråk inte med tillämpligt avtalsstatut. Om produkten istället huvudsakligen säljs vid ”uppdragstagarens” hemvist, torde det enligt såväl effektprincipen som implementeringsdoktrinen falla inom den konkurrensrättens tillämpningsanspråk.

Om istället alla inblandade parter är realgäldenärer har vi återigen ett slags bytesavtal och ingen presumtion kan uppställas. Om avtalet avser att enbart en part skall tillverka en viss vara eller gemensam forskning skall bedrivas i endast ett land kan sägas att avtalet har närmast anknytning till det landet. Precis som ovan gäller då att om produkten säljs eller skall säljas på flera marknader eller huvudsak i något annat land än där tillverkningen/forskningen bedrivs, sammanfaller avtalsstatutet inte med konkurrensrätt med tillämpningsanspråk.

Ensamåterförsäljaravtal

En av de vanligaste avtalstyperna som kan vara konkurrensbegränsande är de s.k. ensamåterförsäljaravtalen. Dessa avtal syftar till att ge en återförsäljare ensamrätt för en viss produkt eller vissa produkter inom ett visst geografiskt område. Ensamåterförsäljaravtalen är inte konkurrensbegränsande i sig utan kan i vissa fall vara till nytta för konsumenten. Genom att återförsäljaren ges ensamrätt ges han också ett incitament att göra investeringar som kommer konsumenten till nytta och som är en förutsättning för försäljning av produkten. Ett praktiskt exempel på detta är bilförsäljare, som oftast har ensamrätt på försälj-

[900] Westin, Introduktion till EG:s konkurrensrätt, s. 53 f.
[901] Pålsson, Romkonventionen, s. 59.

ning inom sitt område. Hade de inte det skulle de investeringar i försäljningshall och verkstad som är nödvändiga för verksamheten kanske inte vara ekonomiskt hållbara.

Vissa åtaganden anses dock vara konkurrensbegränsande utan att de tillför konsumenten någonting och är därför förbjudna. Ett exempel på detta hämtat från EG-rätten är förbud mot ”passiv” försäljning, dvs. förbud mot försäljning till en konsument som söker upp en återförsäljare inom ett annat område.[902] Rättsläget kan givetvis variera från konkurrensrättsordning till konkurrensrättsordning; vad som är förbjudet på ett ställe kan vara tillåtet på ett annat – det är ju bl.a. därför val av konkurrenslag blir viktigt.[903]

Ett konkurrensbegränsande ensamåterförsäljaravtal skall implementeras och har också sin huvudsakliga effekt inom det område där återförsäljaren har ensamrätt. Om detta område utgörs av ett land eller del av ett land är det det landets konkurrensrätt som gör anspråk på tillämplighet.Om försäljningsområdet utgörs av flera länder kommer alla dessa länders konkurrensrätt ha tillämpningsavsikt.

Om ensamåterförsäljaravtalet ingår som en del av ett avtal om försäljning av vissa varor torde säljarens lag enligt 4 § IKL vara tillämplig – så även enligt presumtionsregeln i art. 4.2 Romkonventionen. Avtalsstatut och konkurrenslag med tillämpningsanspråk sammanfaller då inte om inte leverantören har säte i något av de länder där återförsäljaren har ensamrätt. Om istället ensamåterförsäljaravtalet, vilket torde vara vanligare, är ett separat avtal (möjligtvis kan också via dépeçage ensamåterförsäljarklausulerna brytas ur ett större avtal) förefaller det mest troligt att leverantören anses utföra den karaktäristiska prestationen. Så är åtminstone fallet när det är fråga om ett licensavtal eller franchiseavtal.[904] Även för dessa fall sammanfaller avtalsstatut och konkurrenslag med tillämpningsanspråk inte om inte leverantören har sitt säte inom det område där återförsäljaren har ensamrätt.

[902] Art. 3.8 b). och 6.1 p. 7 i kfo 1475/95 om försäljnings- och serviceavtal för motorfordon, EGT 1995, nr. L 145, s. 25. Kommissionen bötfällde den 28 januari 1998 Volkswagen med 102 miljoner ECU för just ett sådant förbud. Se kbesl 98/273/EG *VW*, EGT 1998, nr. L 124, s. 60.

[903] Den amerikanska konkurrensrätten förefaller vad beträffar just denna fråga vara mer tillåtande. Se Sullivan/Harrison, Understanding Antitrust, s. 174 f.

[904] Med vissa reservationer för licensgivarens lag Pålsson, Romkonventionen, s. 61 f. För franchisegivarens lag Vischer, Liber amicorum Droz, s. 513.

I ett exklusivt inköpsavtal är återförsäljarparten förpliktad att köpa samtliga varor av en viss eller vissa kategorier uteslutande från en och samma leverantör. Till skillnad från ensamåterförsäljaravtalet innebär det exklusiva inköpsavtalet inte nödvändigtvis att återförsäljaren får exklusiv rätt att sälja varan inom det aktuella området. Exklusiva inköpsavtal kan fungera konkurrensbegränsande eftersom återförsäljaren frånsäger sig rätten att köpa varan på annan ort och samtidigt utestängs andra leverantörer från möjligheten att sälja till en kund.[905]

Huvudsakligen måste konkurrensrätt med tillämpningsanspråk stå att söka i återförsäljarens hemvistland. Det är där avtalet har sin direkta konkurrensbegränsande effekt och också skall implementeras. Tillämplig lag på avtalet lär däremot, om avtalet ses som ett vanligt avtal om köp av varor, vara lagen i leverantörens land. Här har vi således återigen inte kongruens mellan avtalsstatut och konkurrensrätt med tillämpningsanspråk.

Den här sortens avtal (och inte heller de andra slagen av avtal jag beskriver) följer dock sällan de enkla skolboksmallarna utan är oftast mer sammansatta. Hur svårt fastställandet av avtalsstatut kan vara för dessa komplexa avtal kan nedanstående exempel få visa.

> Såväl PLENDER[906] som KAYE[907] refererar ett rättsfall från LG Dortmund[908] beträffande ett avtal mellan en tysk tillverkare av stålull och en nederländsk tillverkare av skursvampar. Avtalet var ett exklusivt inköpsavtal såtillvida att den tyska stålullstillverkaren förband sig att enbart köpa in skursvampar från den nederländska tillverkaren men var också ett ensamåterförsäljaravtal såtillvida att den nederländska firman fick ensamrätt på stålull i Nederländerna och Belgien. Den tyska tillverkaren stämde den nederländska för avtalsbrott. Såväl Plender som Kaye hävdar att Landesgericht inte ansåg sig kunna fastställa karaktäristisk prestation för avtalet och att domstolen därefter på grundval av att avtalet ingåtts i Tyskland och att avtalsspråk var tyska ansåg att avtalet hade närmast anknytning till Tyskland, varför tysk rätt var tillämplig på avtalet. Det är kanske ingen dum idé att göra på det viset men det är inte vad domstolen gjorde. Det är vad tidskriften IPRax' referent Erik Jayme ansåg hade varit en lämplig lösning i lagvalsfrågan.

[905] Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, s. 451.
[906] Plender, European Contracts Convention, s. 112.
[907] Kaye, New Private International Law, s. 182.
[908] LG Dortmund 8.4.1988, IPRax 1989, s. 51.

Vad Landesgericht Dortmund i själva verket gjorde var att avvisa målet. Vid bestämmande av behörigheten enligt artikel 5.1 Brysselkonventionen hade den att på grundval av den lag som forumstatens internationella privaträtt ansåg tillämplig på förpliktelsen fastställa uppfyllelseort.[909] Därför aktualiserades också lagvalsfrågan. I denna uttalade LG att någon närmaste anknytning för avtalet, jml. art. 28 EGBGB (art. 4 RK) inte kunde fastställas. Därefter missförstod domstolen art. 32.2 EGBGB (art. 10 RK) kapitalt och verkar ha uppfattat den som något slags in dubio-regel enligt vilken lagen på den ort där förpliktelsen rent konkret skall uppfyllas är tillämplig om någon närmaste anknytning inte i övrigt kan fastställas. I själva verket reglerar bestämmelsen frågan om den tillämpliga lagens räckvidd och förutsätter att denna lag redan är känd.

Domstolen delade därefter upp avtalet i två delar (dépeçage). Den första delen, som avsåg det exklusiva återförsäljaravtalet, ansåg LG rent konkret skulle fullgöras i Tyskland, varför tysk rätt var tillämplig på frågan om uppfyllelseort. Enligt § 269 BGB skall skulder om inget annat avtalats uppfyllas vid gäldenärens hemvist (Holschuld). Behörig domstol fanns därför i Nederländerna varför målet i den delen skulle avvisas. Vad beträffar den andra delen, som avsåg det exklusiva inköpsavtalet, ansåg LG att det inte fanns någon uppfyllelseort eftersom den nederländska firman hade att underlåta försäljning av skursvampar till andra köpare än käranden i hela Tyskland.

Bruttoprissättning

Ett bruttoprisavtal har till syfte att hindra återförsäljaren att sälja en vara under ett visst minimipris. På så vis begränsas konkurrensen mellan olika återförsäljare av varan i fråga. Konkurrensrätt med tillämpningsanspråk torde stå att söka hos återförsäljaren eller snarare de marknader på vilka avtalet förbjuder återförsäljaren att sälja under ett visst pris.

Tillämplig lag på avtalet torde, om det är att betrakta som ett avtal om köp av varor, vara lagen i leverantörens hemvistland, dvs. inte densamma som den konkurrensrätt som gör anspråk på tillämping (förutsatt att avtalet inte avser även leverantörens hemmamarknad). Man kan naturligtvis också dela upp avtalet i en del som består i leverantörens förpliktelse att leverera varor och en annan del som består i återförsäljarens förpliktelse att sälja varan till ett visst minimipris. An-

[909] Se Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna, s. 80–83 för en redogörelse för fastställande av uppfyllelseort enligt artikel 5.1 Brysselkonventionen.

tingen gör parterna det själva eller domstolen genom dépeçage. I så fall blir, vad beträffar den senare delen, troligtvis återförsäljaren att betrakta som den avtalspart som skall fullgöra den för avtalet karaktäristiska prestationen – dvs. sälja till ett visst pris. Återförsäljarens lag blir avtalsstatut och på så vis får vi kongruens mellan avtalsstatut och tillämplig konkurrenslag – åtminstone för de fall där bruttoprisavtalet avser återförsäljarens hemmamarknad.

Franchiseavtal

Ett franchiseavtal är ett avtal genom vilket ett företag, franchisegivaren, mot ersättning upplåter en rätt att använda ett varumärke, ett affärskoncept eller liknande till ett annat företag, franchisetagaren. Franchisetagaren förbinder sig att betala en viss ersättning för rätten och ofta också bl.a. att köpa in sitt lager från de leverantörer som franchisegivaren bestämmer. Därigenom kan avtalet sägas ha en konkurrensbegränsande effekt.[910]

I doktrinen har hävdats att i ett franchiseavtal, franchisegivaren utför den karaktäristiska prestationen.[911] I de flesta fall lämnar denna kontinuerligt såväl know-how som kommmersiellt och tekniskt bistånd till franchisetagaren. Denna prestation kan därför anses vara mer karaktäristisk än franchisetagarens, som förutom ekonomiskt vederlag består i att följa givna instruktioner.

Om presumtionen ovan är korrekt, leder den regelmässigt till bristande kongruens mellan avtalsstatut och tillämplig konkurrenslag. Avtalsstatut lär enligt presumtionen i artikel 4.2 bli franchisegivarens lag medan ett franchiseavtal, om överhuvudtaget, begränsar konkurrensen i det land där franchisetagaren bedriver sin verksamhet.

Licensavtal

Avtal i vilket ett företag till ett annat upplåter rätten att använda ett patent, know how eller någon annan immaterialrätt är mycket vanliga och kan emellanåt också fungera konkurrensbegränsande. I litteraturen har uttalats att på dessa avtal enligt presumtionsregeln i artikel 4.2

[910] De behandlas dock relativt välvilligt inom EG:s konkurrensrätt. Se mål 161/84 *Pronuptia de Paris v. Schillgalis* [1986] ECR 353.
[911] Vischer, Liber amicorum Droz, s. 513.

licensgivarens lag normalt skall tillämpas.[912] Den ståndpunkten stämmer också väl överens med inställningen att det är realgäldenären som utför den karaktäristiska prestationen. Även om ett licensavtal oftast är mer komplicerat än så, är de huvudsakliga prestationerna att licensgivaren överför immaterialrätten medan licenstagaren överför royalties. I fråga om licensavtal bör dock framhävas att presumtionen för licensgivarens lag kan brytas om det visar sig att avtalet ålägger licenstagaren mer vittgående förpliktelser än de som licensgivaren har att fullgöra.[913]

Konkurrensrättsligt torde den eventuella konkurrensbegränsningen ha sin effekt på den marknad där licenstagaren har fått rätt att utnyttja licensen. Det från EG-rätten kända *Windsurfing*-målet[914] kan få tjäna som illustration. Det amerikanska företaget Windsurfing hade vissa patent på vindsurfingbrädor och hade licentierat dessa till några tyska företag. Endast själva riggen omfattades av patentet men oaktat det krävde Windsurfing av licenstagarna bl.a. att de också använde endast av Windsurfing godkända brädor och att tillverkning endast skedde på vissa särskilt angivna platser i Tyskland. Dessa förbehåll från licensgivarens sida ansågs gå utöver vad som kunde accepteras från konkurrensrättslig synpunkt. I målet ansågs, utan att det överhuvudtaget diskuterades, EG:s konkurrensrätt tillämplig. Licensavtalen har mig veterligen aldrig blivit föremål för amerikanska konkurrensmyndigheters granskning. Det är naturligtvis på den marknad där licensen skall utövas som eventuella konkurrensbegränsningar har effekt, alternativt det konkurrensbegränsande avtalet skall implementeras.

Om i detta fall presumtionen för att licensgivarens lag är tillämplig på avtalet upprätthålls, hade det lett till tillämpning av lagen i Kalifornien, Windsurfings säte. Tillämplig konkurrensrätt stod i stället att finna i EG-rätten samt eventuellt också i tysk konkurrensrätt.[915] Vi har alltså återigen ett fall av inkongruens mellan avtalsstatut och konkurrensrätt med tillämpningsanspråk.

[912] von Hoffmann, Assessment, s. 227; Reithmann/Martiny-Hiestand, Rdnr. 1276 (s. 1039); Pålsson, Romkonventionen, s. 61.
[913] Pålsson, Romkonventionen, s. 61 f.
[914] Mål 193/83 *Windsurfing International Inc. v. Commission* [1986] ECR 611.
[915] Angående parallell tillämpning av EG:s och nationell konkurrensrätt se ovan kap. 4.3).

De åtta avtalstyper jag gått igenom låter sig delas in i två kategorier. Den första kategorin utgörs av de så kallade horisontella avtalen, dvs. avtal mellan aktörer i samma led. Dit hör kartellavtalen, joint venture-avtalen samt specialiserings-, forsknings- och utvecklingsavtalen. De har alla det gemensamt att det inte uppstår någon presumtion enligt artikel 4.2 eftersom båda parterna i normalfallet är så kallade realgäldenärer, dvs. båda parternas prestation består i något annat än pengar.

Den tillämpliga lagen får därför fastställas genom att man från fall till fall får försöka hitta det land till vilket avtalet in casu har närmast anknytning. Lagen i det landet kan naturligtvis visa sig innehålla konkurrensrättsliga regler med tillämpningsanspråk men lika ofta kan de tillämpliga konkurrensrättsliga reglerna istället härröra från ett eller flera tredje länder.

Den andra kategorin utgörs av de så kallade vertikala avtalen, dvs. avtal mellan aktörer i olika led. Dit räknas ensamåterförsäljaravtalen, de exklusiva inköpsavtalen, bruttoprissättningsavtalen, franchiseavtalen och licensavtalen. Även dessa avtal får naturligtvis bedömas vart och ett för sig men den tolkning som i litteraturen gjorts av presumtionsregeln i artikel 4.2 leder i normalfallet till kedjans första länk. Det blir med andra ord leverantörens, franchise- eller licensgivarens lag som skall tillämpas på avtalet. I de flesta fall torde tillämplig konkurrenslag däremot stå att finna i andra änden av kedjan, dvs. hos återförsäljaren, franchise- eller licenstagaren.

Sammanfattningsvis kan sägas att överensstämmelsen mellan avtalsstatut och konkurrensrätt med komptensvilja är mycket låg och där den föreligger närmast framstår som slumpartad.[916] Beträffande de vertikala avtalen leder lagvalsreglerna i såväl Romkonventionen som IKL snarast bort från tillämplig konkurrenslag.

[916] Till samma resultat kommer Bär, Kartellrecht und IPR, s. 23 f.; Martinek, Das internationale Kartellprivatrecht, s. 39.

10.3.3 Subjektivt lagval

10.3.3.1 Lagvalsavtalet

Romkonventionens artikel 3 tillåter lagvalsavtal, av vilka krävs att de är uttryckliga eller ”med rimlig säkerhet framgår av avtalsvillkoren eller övriga omständigheter”. Det är den påstått valda lagen som avgör om ett giltigt lagvalsavtal föreligger (art. 8.1).[917] Något krav på nära anknytning till den valda lagen finns inte, valet kan avse en lag utan någon som helst anknytning till avtalet.[918]

10.3.3.2 Dépeçage

Parterna kan också låta olika lagar vara tillämpliga på olika delar av avtalet – dépeçage.[919] Antingen begränsar de lagvalsklausulen till att endast omfatta en del av avtalet eller så väljer de olika lagar för olika delar. Termen dépeçage har inom den internationella privaträtten två betydelser. Enligt den ena betydelsen innebär dépeçage att den lag som är bäst lämpad tillämpas på en specifik rättsfråga. Denna form av dépeçage kan leda till att olika lagar är tillämpliga på olika rättsfrågor i ett och samma fall och är vanligt förekommande i amerikansk internationell privaträtt.[920] Sålunda kan olika frågor i samma fall komma att bedömas enligt olika lagar. Enligt den andra betydelsen har dépeçage en mer begränsad funktion. Parterna till ett avtal kan genom sitt lagval

[917] Enligt art. 8.2 gäller dock att ”part kan […] åberopa lagen i det land där han har sin vanliga vistelseort för att få fastställt att han inte har samtyckt till avtalet eller avtalsbestämmelsen, om det framgår av omständigheterna att det inte skulle vara rimligt att avgöra verkan av hans uppträdande enligt den lag som anges i föregående punkt”. Punkten inkluderades bl.a. för att lösa problem som kan uppstå i anledning av parts underlåtenhet vid avtals ingående, se Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 28.

[918] Kaye, New Private International Law, s. 148.

[919] I ursprungsförslaget från 1972, som även omfattade frågan om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser, var dock inställningen till dépeçage negativ. Se Gaudemet-Tallon, RTDE 1981, s. 244. Förslaget från 1972 finns upptryckt i bl.a. NTIR 1972, s. 220 ff.; RabelsZ 1974, s. 211 ff.; RCDIP 1973, s. 209 ff.; Am.J.Comp.L., Vol. 21, 1973, s. 583 ff.

[920] Se t.ex. Reese, Columbia L. Rev., Vol. 73, 1973, s. 58: ”Dépeçage can be defined broadly to cover all situations where the rules of different states are applied to govern different issues in the same case”.

ange tillämplig lag för hela avtalet eller endast en del av det.[921] Detsamma kan också bli resultatet av ett objektivt lagval.

Poängen med dépeçage i dessa fall av subjektivt lagval får väl huvudsakligen anses ligga i att det gör det möjligt för parterna att dela upp komplexa avtal som i själva verket är sammansatta av två eller flera avtal. Ett för sammanhanget relevant exempel vore ett avtal om ensamrätt för A att sälja B:s produkter i ett visst land. Avtalet innehåller också bestämmelser om konkreta leveranser av produkten från B till A – ett köpeavtal. Ett sådant avtal skulle mycket väl kunna delas upp så att lagvalsklausulen endast avser ensamåterförsäljardelen eller den köprättsliga delen, medan lagvalet i den övriga delen lämnas oreglerat eller bestäms på annat sätt.[922] Lämpligtvis försöker den förutseende affärsjuristen beträffande ensamåterförsäljaravtalet, som är den del av avtalet som kan tänkas bli konkurrensrättsligt "het", välja ett lands lag vars konkurrensrätt inte kommer att göra anspråk på tillämpning eller materiellt tillåter avtalet.

Möjligheten till dépeçage inskränker sig emellertid inte enbart till att välja tillämplig lag för en viss del av avtalet i betydelsen vissa klausuler. Det finns också en möjlighet att underkasta en viss eller vissa rättsfrågor en särskild lag. Exempelvis kan frågor om avtals ingående, giltighet och tolkning skiljas ut från de om avtalets fullgörelse och upphörande och göras till föremål för ett särskilt lagval.[923]

En intressant fråga är om det vore möjligt för parterna att underkasta frågan om konkurrensrättslig ogiltighet ett särskilt lagval. Av relevans för det konkurrensrättsliga lagvalet är också att det i exempelvis tysk doktrin och praxis anses möjligt att avtala om en särskild lag som tillämplig på frågan om kontraktuellt skadestånd.[924] Kan parterna avtala bort den skadeståndsskyldighet som konkurrensrättsliga regler med tillämpningsavsikt annars ger?

Om så är fallet skulle det lämna exceptionellt stora möjligheter att kringgå restriktiv konkurrensrätt. Under konventionens utarbetande

[921] Enligt Plender, European Contracts Convention, s. 96 är det den begränsade betydelsen som avses i Romkonventionen. Han motsägs dock av bl.a. Pålsson, Romkonventionen, s. 45. Guiliano/Lagarde-rapporten, s. 17 uttalar ingen bestämd åsikt i den specifika frågan.
[922] Exemplet nästan ordagrannt från Pålsson, Romkonventionen, s. 45.
[923] Pålsson, Romkonventionen, s. 45
[924] OLG Frankfurt 13.2.1992, IPRax 1992, s. 314. Se Reithmann/Martiny-Martiny, Rdnr. 53 (s. 65).

uttrycktes farhågor om att möjligheten till dépeçage skulle användas till att undkomma internationellt tvingande regler. I Guiliano/Lagarde-rapporten hänvisas beträffande sådana fall till möjligheten att säranknyta dessa regler via artikel 7.[925] Motsatsvis skulle alltså lagvalet kunna ”släppas fritt”. En viss restriktivitet med att godkänna sådana uppenbart ”fraudulösa” lagvalsavtal finner jag dock vara påkallad – åtminstone i de fall där forumstaten reserverat sig mot tillämpningen av artikel 7.1.[926]

10.3.3.3 Begränsningar i partsautonomin

Artikel 3.3 utgör en viktig begränsning i parternas möjlighet att undkomma oönskade konkurrensrättsliga bestämmelser. Artikeln föreskriver att parternas lagval ”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[r] tillämpningen av sådana regler i det landet som inte kan avtalas bort”. Bestämmelsens syfte är att hindra parter från att i en rent intern situation genom ett lagvalsavtal kringgå tvingande bestämmelser i den lag som annars skulle ha varit tillämplig.[927]

Vad beträffar innebörden av kravet på rättsförhållandets anknytning till ett enda land, har det sin bakgrund i vissa länders motvilja mot att överhuvudtaget tillåta lagvalsavtal i helt interna situationer. Andra länder, särskilt Storbritannien, hade däremot inga invändningar mot att låta parterna välja tillämplig lag i sådana situationer.[928]

För att ett rättsförhållande skall anses ha anknytning till ett enda land måste det vara fråga om en så intern situation att ett lagval inte hade aktualiserats om inte parterna tagit in en lagvalsklausul i sitt avtal.[929] En sådan intern situation utesluter naturligtvis inte vissa internationella anknytningar.

> En annan fråga uppstår i samband med uttrycket ”tvingande regler”. Skiljer sig innebörden av detta uttryck från ”internationellt tvingande

[925] Guiliano/Lagarde-rapporten, s. 17.
[926] Pålsson, Romkonventionen, s. 53 anser dock inte att konventionen ger stöd för någon lära om *fraude à la loi*.
[927] Plender, European Contracts Convention, s. 100.
[928] Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 18. Se Pålsson, Romkonventionen, s. 52 för ett gott sådant exempel.
[929] Philip, Mandatory Rules, s. 94 f.

regler" i konventionens artikel 7? Såväl den svenska som den franska – "dispositions impératifs" i artikel 3.3 och "lois de police" i artikel 7 – versionen ger stöd för den uppfattningen. I den engelska versionen används däremot uttrycket "mandatory rules" i såväl artikel 3.3 som artikel 7 och i den tyska talas om "zwingende Bestimmungen" och "zwingende Vorschriften/Bestimmungen" (olika i rubrik och text).

Artikel 3.3 synes avse *internt tvingande regler*, dvs. indispositiva rättsregler som inte kan frångås genom avtal.[930] Den sortens regler kan emellertid avtalas bort genom att parterna väljer en annan lag som tillämplig på avtalet. I gengäld blir de tvingande reglerna i den valda lagen tillämpliga. Artikel 7 avser däremot *internationellt tvingande regler*, som, om rättsförhållandet faller inom deras tillämpningsområde, inte kan avtalas bort ens genom ett lagval – dvs. en snävare krets regler än de blott internt tvingande reglerna.[931]

Om i artikel 3.3 avses internt tvingande regler innebär det att konventionen berövar parterna möjligheten att genom ett lagval avtala bort regler som annars får avtalas bort genom ett lagval.[932] Konventionen har i ett slag förvandlat internt tvingande regler till internationellt tvingande, må vara för den enda situationen där alla omständigheter har anknytning till ett enda land.

Av artikel 3.3 följer, i de fall den är tillämplig, förpliktar svensk domstol att tillämpa utländska konkurrensrättsliga regler om dessa har tillämningsavsikt. Med andra ord fråntar artikel 3.3 parterna möjligheten att i en rent intern situation, dvs. när "alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för [lag]valet har anknytning till ett enda land", genom ett lagvalsavtal kringå konkurrensrättsliga regler som leder till det konkurrenshindrande avtalets ogiltighet eller kan ge upphov till kontraktuell skadeståndsskyldighet. I alla andra fall är ett undgående tämligen enkelt.

[930] Se om dessa Malmberg, Anställningsavtalet, s. 82–116 (särskilt s. 87–95).
[931] Kaye, New Private International Law, s. 160 f. och passim gör en indelning av de tvingande reglerna i fyra kategorier: "contracts-mandatory", "half-conflicts mandatory", "full-conflicts-mandatory" och "full-conflicts-mandatory-plus". Den första kategorin omfattar internt tvingande regler och de tre senare kategorierna är ett försök till indelning av internationellt tvingande regler.
[932] Kritisk: Kaye, New Private International Law, s. 164.

10.3.4 Utvärdering och metodologiska invändningar

Eftersom varje land tillämpar sina egna konkurrensregler om de gör anspråk på tillämpning, (se Romkonventioens artikel 7.2) får vi sålunda en situation som leder till olika resultat beroende på i vilket land talan väcks. Ett av de mål vartill den internationella privaträtten siktar uppnås inte. Tvärtom, en situation som uppmuntrar till forumshopping föreligger.

Man kan vidare på metodologiska grunder kritisera metoden att ta avtalsstatutet till utgångspunkt för konkurrensrättsliga ogiltighetsreglers tillämpning.[933] Tillvägagångssättet för fastställande av avtalsstatut är i mångt och mycket detsamma som det SAVIGNY presenterade 1849. Trots många viktiga förändringar inom den internationella privaträtten ligger ”den savignyska metoden” fortfarande till grund för de centrala delarna av dagens internationella privaträtt. Savigny själv tänkte sig aldrig att hans internationellt privaträttsliga metod skulle användas för att avgöra tillämpningen av vad vi idag kallar internationellt tvingande regler. Han talade om ”Gesetze von streng positiver, zwingender Natur, die eben wegen dieser Natur zu jener freien Behandlung, unabhängig von den Gränzen verschiedener Staaten, nicht geeignet sind”.[934]

Hela Savignys metod bygger på att de privaträttsliga reglerna är frikopplade från staten och därigenom utbytbara. Rättsreglerna härstammade enligt honom istället ifrån ”der Volksgeist”. Eftersom rätten med detta synsätt inte härleddes från suveränen utan ifrån ”folket” föll det sig vid utformningen av lagvalsreglerna naturligt att utgå från parterna till ett rättsförhållande. Med parterna som utgångspunkt kunde man finna ett rättsförhållandes ”säte”. Det kan naturligtvis ifrågasättas om privaträttsreglerna någonsin varit frikopplade från staten men genom ökad statlig reglering av privata rättsförhållanden torde det vara mindre sant idag än det må ha varit i mitten av 1800-talet.

De bilaterala lagvalsreglerna i den internationella privaträtten är inte lämpade för att avgöra användningen av utländska internationellt tvingande regler, till vilka de konkurrensrättsliga reglerna hör. Den internationella privaträtten är utformad för att hantera ”traditionella” civilrättsliga regler – sådana civilrättsliga regler som inte är internatio-

[933] Se Striekwerda, Semipubliekrecht, s. 135 ff. för träffande kritik.
[934] von Savigny, System VIII, s. 36.

nellt tvingande. Parterna kan också, enligt de flesta länders internationella privaträtt, själva välja vilken rättsordning som skall vara tillämplig på avtalet.[935] Internationellt tvingande regler däremot, kan inte frångås genom parternas lagvalsavtal.

Den växande skaran internationellt tvingande privaträttsregler (som också ofta befinner sig i gränslandet mellan privat- och offentlig rätt), visar att staten i högsta grad intresserar sig för enskildas rättsförhållanden (privaträtt) och också för de internationella rättsförhållandena. Konkurrensrätten utgör ett exempel på ett rättsområde där staten uppviasar ett starkt regleringsintresse. Konkurrensrättsreglerna kan förvisso också sägas tjäna enskildas, och bland dem även parternas intressen, men det statliga intresset väger tyngst.[936]

10.4 Materiellrättsliga korrektur

I den komparativa delen av avhandlingen har jag kunnat konstatera att det i alla de undersökta rättsordningarna finns en möjlighet att dels beakta innehållet i utländsk rätt genom den egna civilrättens regler om de goda sederna, dels beakta den utländska rättens faktiska verkningar såsom hinder för part att prestera. Eftersom frågan om materiellrättsliga korrektur behandlats tämligen utförligt ovan i kapitlen 5–9 får här huvudsakligen hänvisas till den framställningen. En sammanfattning återfinns också i kapitel 9.3.

Frågan om utländsk rätt som prestationshinder är och förblir en civilrättslig fråga. Oaktat om den främmande lagen på det ena eller andra sättet kan finna tillämpning genom internationellt privaträttsliga lagvalsregler måste civilrätten innehålla regler om hur den främmande rättens faktiska verkningar skall påverka parternas till ett avtal rättig-

[935] Se bl.a., Kronstein, Das Recht der internationalen Kartelle, s. 242 ff. om lättheten att kringgå konkurrensrättsliga regler genom ett lagval.
[936] Se för frågan om vilka intressen de internationellt tvingande reglerna tjänar Heini, ZSR 1981, s. 44; Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 81 ff; Radtke, ZvglRWiss 1985, s. 338 f; Schulte, Eingriffsnormen, s. 124; Schulze, Das öffentliche Recht im IPR, s. 36 ff.

heter och skyldigheter.[937] Om detta finns egentligen inte mycken anledning att orda i ett arbete om internationell privaträtt. Det är också typiskt sett andra omständigheter som är av intresse än vid ett lagval. I den civilrättsliga kontexten står frågor om parternas vetskap, varornas utbytbarhet och ekonomisk skada i förgrunden medan för den internationellt privaträttsliga bedömningen istället andra frågor träder i förgrunden.

Frågan om den utländska rättens eventuella osedlighet är däremot av största intresse i ett arbete som detta. Det kan här konstateras att det med osedligheten som rättsligt instrument i princip *går* att åstadkomma ungefär samma resultat som om den främmande rätten istället säranknutits eller via någon annan form av lagvalsregel tillämpats. Såsom praxis ser ut förefaller den dock vara något mer restriktiv än vad som torde vara fallet vid eventuell säranknytning. Allt som är möjligt är för den skull inte önskvärt. Att gå vägen via den civilrättsliga rättsfiguren *contra bonos mores* är ungefär som att försöka gräva fram en nyckel ur höger byxficka med vänster hand. Det går men det finns ju bättre sätt.

Det olämpliga ligger främst på det pedagogiska planet. Ingen utom några få experter på området förväntar sig att finna något som i realiteten är en lagvalsregel någonstans bland civilrättens skrivna eller oskrivna regler. ”Dolda” regler är inte lämpliga ur rättssäkerhetssynpunkt utan det är bättre att lagstiftaren och rättstillämpningen spelar med öppna kort.[938] Av den anledningen är säranknytning att föredra (se nedan kap. 10.7).

I själva verket låter oss den amerikanska termen ”public policy” ana att det är fråga om överväganden som ligger ligger ordre public nära. Om så är fallet är denna rättsfigur att föredra framför civilrättslig osedlighet. Här är dock ett gyllene tillfälle att med KAHN konstatera att varje gång rättstillämpningen tvingas ta till ordre public är det för att lagvalsreglerna brister.[939] Och åtminstone vad beträffar frågan om den främmande konkurrensrätten går det att hitta bättre lagvalsregler.

[937] Det är därför inte så lämpligt att som i Schweiz vägra ta hänsyn till främmande rätts faktiska verkningar om den skulle strida mot schweizisk ordre public.
[938] Se om ”dolda” lagvalsregler Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Band I, s. 95 samt Kropholler, Internationales Privatrecht, s. 92 f.
[939] Kahn, Jherings Jb. 1898, s. 108.

10.5 ”Den nya enhetsläran”

Skuldstatutteorin bygger, vad beträffar de internationellt tvingande reglerna, på ett utvidgande av Savignys system, som ju aldrig var tillämpligt på regler av ”streng positiver, zwingender Natur”.[940] Så har skett förr beträffande exempelvis den internationella skadeståndsrätten, där Savigny istället förutsåg att varje land skulle tillämpa lex fori,[941] och det har då gått bra. Tyvärr kan inte samma sak sägas om utsträckningen till de internationellt tvingande reglerna. Skuldstatutteorin har dock den fördelen att den är enkel att tillämpa och befriar rättstillämparen från uppsplittring av olika rättsfrågor på flera lagar. Vidare undviks därigenom den metodologiska dikotomi som säranknytningsläran (se nedan kap. 10.7) oundvikligen medför.

Som ovan (kap. 10.3.2.2) visats lider skuldstatutteorin av vissa allvarliga brister. Det uppstår ofta inkongruens mellan avtalsstatut och konkurrensrättsliga regler med tillämpningsavsikt (troligen är så fallet även beträffande andra slags internationellt tvingande regler). Dessa brister påstår sig HABERMEIER i en 1997 utkommen habilitationsskrift kunna avhjälpa med några enkla kirurgiska snitt. Han lanserar en ”ny enhetslära” som skall ta hänsyn till den fullt berättigade kritik som framförts mot den klassiska skuldstatutteorin. Den nya enhetsläran påstås kunna undvika alla de nackdelar som framför allt säranknytningsläran medför genom dess indelning av den internationella privaträtten i två olika metodologiska ”pelare” – en på bilateral och en på unilateral grund.[942]

Jag skall redan här erkänna att jag inte övertygats av Habermeiers idéer. De utgör emellertid det enda omfattande försöket att, med behållande av den bilaterala metoden och principen om rättsförhållandets enhet, tackla det problem de internationellt tvingande reglerna faktiskt utgör.[943] Därför är han också värd att jag ägnar någon tid på att såväl redogöra för hans idéer som kritisera dem.

[940] von Savigny, System VIII, s. 33 ff.
[941] A.a., s. 280.
[942] Habermeier, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, s. 163.
[943] Vissa av de idéer Habermeier ger uttryck för är dock inte unika. En av dem är att hänsyn borde tas till internationellt tvingande reglers tillämpningsanspråk vid fastställande av avtalets ”närmaste anknytning” enligt Romkonventionens art. 4.5. Se för denna tanke Jaffey, ICLQ 1984, s. 554 f.

Habermeiers enhetslära innebär som sagt metodologiskt egentligen inget nytt – det är frågan om ett system som består av ”traditionella” bilaterala lagvalsregler. Eftersom Habermeier bejakar tesen att utländska internationellt tvingande regler med tillämpningsanspråk inom vissa gränser bör tillämpas är det istället ett försök att genom val av nya anknytningsmoment låta det objektiva lagvalet leda till en kongruenssituation – avtalsstatut och internationellt tvingande regler med tillämpningsanspråk skall sammanfalla. Som exempel anger han att det vore fullt tänkbart att på ett vertikalt distributionsavtal (exempelvis ett franchiseavtal) tillämpa lagen i det land där avtalet får effekt på marknaden.[944]

Ett offer på den nya enhetslärans altare måste naturligtvis bli partsautonomin. Det är just parternas (eller den part som har starkast förhandlingsposition och därigenom kan diktera avtalets innehåll) möjlighet att genom lagval undgå internationellt tvingande regler som utgör den största risken för inkongruens. Just tvingande lagstiftning och möjligheten att genom lagval undgå denna, har också sedan långt tidigare varit ett starkt argument mot partsautonomi i vissa fall.[945]

Habermeier argumenterar för att avskaffandet av partsautonomin i realiteten inte blir en så stor förlust. Möjligheten för parterna att avtala bort dispositiva regler inom den tillämpliga lagen kvarstår ju.[946] Vidare kan det vara så att den nya enhetsläran, trots avskaffande av partsautonomin, faktiskt leder till större frihet för parterna. Den tilltagande mängden internationellt tvingande regler kan leda till att på ett och samma avtal regler från flera olika länder samtidigt anser sig tillämpliga – ett veritabelt ”regelstaplande”.[947] Eftersom säranknytningsläran tillåter ”staplande”, eller snarare kumulativ tillämpning, av internationellt tvingande regler från flera olika stater på ett och samma avtal, kan parternas avtalsfrihet i realiteten bli mindre.[948]

Habermeier utvecklar inte i detalj lagvalsregler för olika avtalstyper men gör gällande att en viktig framtida uppgift är att utveckla en ny

[944] Habermeier, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, s. 164.
[945] Se redan 1928 Bagge, Les Conflict des Lois, s. 167 om partsautonomi vid köp på börs och vissa lösa saker som kräver införing i register såsom flygplan och skepp.
[946] Habermeier, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, s. 169.
[947] I tyskan används begreppet ”Normenhäufung”.
[948] A.a., s. 213.

avtalstypologi. En sådan typlära skulle inte som hitintills existerande typologier utgå ifrån enskilda avtals strukturella karaktäristika utan istället baseras på en analys av avtalens nationalekonomiska funktion. Habermeiers habilitationsskrift utmärker sig inte i första hand för sin höga grad av konkretion men just för s.k ”Wirtschaftsrecht”, dit konkurrensrätten räknas, föreslår han effektprincipen som anknytningsmoment. För det fall en konkurrensbegränsning har effekt på flera marknader föreslår han tillämpning av lagen i det land på vars marknad konkurrensbegränsningen har sin tyngdpunkt.[949]

Habermeier gör ingen hemlighet av att han inte ser med blida ögon på olika staters önskan att reglera än det ena än det andra.[950] Han beskyller också säranknytningsläran för att den lämnar för stort utrymme för rättstillämpningens fria skön.[951] Värderingsfrågorna kan naturligtvis diskuteras och så även frågan om det överhuvudtaget är möjligt att åstadkomma regler som inte lämnar något utrymme för domare att påverkas av sina värderingar. Låt oss istället försöka göra en kritisk analys av ”den nya enhetsläran”.

Habermeier är mycket kritisk mot säranknytningsläran eftersom den utgår ifrån att fråga efter den främmande lagens tillämpningsavsikt. Det av honom föreslagna anknytningsmomentet utgår emellertid också därifrån. Om man väljer att exempelvis på ett franchiseavtal tillämpa (marknads)effektortens lag utgår man redan från början ifrån att franchiseavtalet kommer att störa konkurrensen – vilket inte alls nödvändigtvis är fallet. Nästa steg Habermeier tar är att se vilket tillämpningsområde konkurrenslagar i allmänhet har och kommer därvid fram till effekten på den egna marknaden.

Likadant resonerar han i ett exempel han ger beträffande tillämplig lag på ett avtal mellan en annonsör och ett TV-bolag om sändning av

[949] A.a., s. 279. Habermeier betonar (not 855) att dylika tyngdpunktsbedömningar inte innebär något nytt utan också görs t.ex. för att avgöra vilket medborgarskap som skall tillmätas vikt som anknytningsmoment i fall av dubbelt medborgarskap.

[950] A.a., s. 239: ”[Die Sonderanknüpfungslehre führt] im Ergebnis dazu, daß das bereits im nationalen Recht vorhandene Netz des ökonomischen Dirigismus im internationalen Bereich noch erheblich dichter gesponnen wird. Die Effekte dieser Vorgänge auf die Wirtschaftliche Entwicklung der betroffenen Gesellschaft könnten möglicherweise die ökonomischen Folgen der fehlenden Rechtsklarheit noch weit übertreffen.”

[951] A.a., s. 305 (Zusammenfassung).

TV-reklam. Habermeier frågar sig vilka stater som har regleringskompetens och kommer fram till att det är fråga om de stater inom vilka TV-sändningarna kan ses. Eftersom TV-sändningar ofta kan ses i flera länder, och ett syfte med enhetsläran är att endast hänvisa till ett lands lag som tillämplig, får frågas efter den stat inom vilken TV-sändningarna har huvudsaklig effekt.[952]

Så negativ till statlig dirigism han nu än må vara har han alltså gjort denna dirigistiska lagstiftnings tillämpningsanspråk till utgångspunkt för hela sin nya enhetslära! Något tillspetsat förefaller tillvägagångssättet vara att först fråga sig vilket lands lag som vill förbjuda eller reglera en viss typ av avtal och därefter låta detta lands lag vara tillämplig på alla frågor beträffande avtalet.

Bortsett från att Habermeier på sätt och vis metodologiskt biter sig själv i svansen, för hans ”nya enhetslära” med sig vissa andra problem. Han förefaller utgå ifrån att det är en viss typ av internationellt tvingande regler som normalt sett har tillämpningsavsikt. Beträffande franchiseavtal utgår han ifrån att det är fråga om konkurrensrättsliga regler. Utifrån konkurrensrättsliga reglers normala tillämpningsanspråk föreslår han sedan en lagvalsregel för franchiseavtal. Konkurrensrättsliga regler är nu emellertid inte det enda slags regler av internationellt tvingande karaktär som kan vara tillämpliga på ett franchiseavtal. Det är en form av avtal som också kan aktualisera tillämpning av exempelvis arbetsrättsliga och immaterialrättsliga regler – två slags regler som kan vara internationellt tvingande och inte nödvändigtvis har samma tillämpningsområde som de konkurrensrättsliga. Man får fråga sig vilken analys som ligger bakom ett sådant ställningstagande.

Slutligen måste dock erkännas att Habermeier på en punkt lyckas. Med ”den nya enhetsläran” undviks alla former av kumulativ tillämpning av internationellt tvingande regler. Ett avtal kan ju påverka konkurrensen på flera marknader. Det är fullt möjligt att tänka sig en situation där flera länders konkurrensrätt är territoriellt tillämpliga men enbart vissa är negativt inställda till ett visst avtal. Säranknytningslärans i grunden positiva inställning till internationellt tvingande regler med tillämpningsanspråk leder i en dylik situation till ett faktiskt företräde för den strängare rätten. Eftersom han i grunden är kritisk till

[952] A.a., s. 277. Vad gäller just TV-sändningar torde den frågan ofta besvaras av vilket språk som används (alternativt textas till).

statlig dirigism lyckas han på denna punkt faktiskt i viss utsträckning stämma i bäcken.

10.6 Dépeçage – särskild bilateral lagvalsregel för konkurrensrätt

10.6.1 För och nackdelar med ett bistatut

Som redan *Franz Kahn* observerade för ett sekel sedan: ”[a]llein in ein halbes Dutzend Sätze destillieren läßt sich das internationale Privatrecht ebensowenig wie das materielle”[953] Med den utgångspunkten kan det synas vara en god utveckling att den internationella privaträtten förfinas och begåvas med lagvalsregler som täcker motsvarande frågor inom den materiella rätten. Dépeçage blir svaret på den internationella privaträttens ”kantighet”. Så har också kommit att bli fallet inom exempelvis den amerikanska Second Restatement. Nackdelen med dépeçage är naturligtvis att enkelheten i systemet i viss utsträckning går förlorad. Vidare är reglerna inom *ett* rättssystem (förhoppningsvis) på ett förnuftigt sätt balanserade mot varandra och har tagit hänsyn till alla inblandades intressen.[954] Om istället lagar från olika länder tillämpas på ett och samma fall kan den ömtåliga balansen rubbas.

> Problemet uppstår även utan utökad användning av dépeçage. På processrättsliga frågor om exempelvis bevisning anses i svensk internationell privaträtt forumstatens lag skola tillämpas.[955] Därav följer att, exempelvis i en avtalsrättslig tvist, viktiga frågor om bevisbörda och bevisvärdering skall bedömas enligt svensk lag i svenska domstolar medan tillämplig avtalsrätt kan vara utländsk.[956]
>
> Vidare kan, om vi lämnar den internationella förmögenhetsrätten, exempelvis problem uppstå på grund av att olika lagvalsregler tillämpas

[953] Kahn, Jherings Jb. 1899, s. 48. Min översättning: ”till blott ett halvt dussin teser låter sig den internationella privaträtten, lika lite som den materiella, destilleras”.
[954] Denna uppfattning ifrågasätts bl.a. av Wilhelmson, Social civilrätt, s. 23 ff.
[955] Se Karlgren, Kortfattad lärobok i IP, s. 59; prop. 1984/85:124, s. 51.
[956] Se Bogdan, Svensk IP, s. 69. Jfr. dock artikel 14 Romkonventionen.

för successionsrättsliga frågor och för frågor om makars förmögenhetsförhållanden. Om maken i ett svenskt par som bosatt sig i England avlider och efterlämnar en hustru och särkullbarn, riskerar makan på grund av splittringen av tillämplig lag att hamna utanför såväl det arvsrättsliga som det äktenskapsrättsliga skyddet.

Gången i ett dylikt fall är den att först avgörs vilket lands lag som är tillämplig på frågan om makarnas förmögenhetsförhållanden och därefter vilket lands lag som är tillämplig på den arvsrättsliga frågan. På frågan om makarnas förmögenhetsförhållanden tillämpas (något förenklat) lagen i det land där makarna hade sitt gemensamma hemvist, 4 § LIMF, dvs. engelsk rätt. På arvsfrågan tillämpas lagen i det land där arvlåtaren var medborgare, 1 kap. 1 § IDL, dvs. svensk rätt. Något förenklat fungerar engelsk rätt så att den beträffande makarnas förmögenhetsförhållanden bygger på fullständig egendomsskillnad. Den efterlevande makan har istället en stark arvsrättslig ställning. Svensk rätt bygger istället på en långtgående förmögenhetsutjämning inom äktenskapet. Om det finns särkullbarn har makan enligt 3 kap. 1 § ärvdabalken inte rätt att få mer än fyra basbelopp.

Båda rättsordningarna har ett gott skydd för efterlevande make, men på olika håll. Inom den engelska rätten tillgodoses detta skyddsbehov inom successionsrätten och i den svenska rätten i reglerna om makars förmögenhetsförhållanden. När så rättsordningarna splittras upp och inte tillämpas i sin helhet, riskerar den efterlevande makan att bli utan ett skydd som egentligen tillgodoses i såväl engelsk som svensk rätt.[957]

Det är naturligtvis sådana hänsyn till rättsordningens enhet som har varit ett av de främsta argumenten för förespråkare av en enhetlig anknytning av tillämplig lag – den s.k. skuldstatutteorin (se ovan kap. 10.2.1).[958] Eftersom de lagvalsregler som är tillämpliga på avtal emellertid i så liten utsträckning är kongruenta med de internationellt tvingande reglernas tillämpningsanspråk har i litteraturen föreslagits att avtalsstatutet ”splittras” i så motto att dessa senare regler anknyts via en särskild lagvalsregel. Därför kan anföras huvudsakligen två argument. För det första medför en särskild anknytning av vissa internationellt tvingande regler större chans till enhetlig bedömning oavsett i vilket land talan väcks – ett argument som inte saknar värde ens med en s.k. autonomistisk syn på den internationella privaträtten.[959] För det

[957] Exemplet fritt efter Jänterä-Jareborg, Partsautonomi, s. 15 ff.

[958] Jfr. dock Hjerner, Främmande valutalag, s. 221 ff. som framförallt anför enkelheten som argument för en enhetlig anknytning.

[959] Høgtun, Partenes autonomi, s. 5 anser inte att frågan om den internationella privaträtten är nationell rätt eller internationell rätt bör sammanväxlas

andra kan en särskild anknytning av vissa internationellt tvingande regler, vilken de facto leder till en ökad tillämpning av dessa, anses tillgodose även de nationella rättviseargument, som brukar anföras som den främsta anledningen till att lagvalsregler inte ser likadana ut i hela världen.[960]

Den allra största delen av dem som förespråkar säranknytning för denna fråga är också anhängare av en unilateralistisk metod (se ovan kap. 2.3 och nedan kap. 10.7). Flera författare har dock föreslagit att för frågan om konkurrensrättslig ogiltighet en särskilt bilateral lagvalsregel utvecklas. Diskussionen har varit flitigast i tyskspråkig doktrin och har där närmast kommit att handla om huruvida avgränsningsregeln i § 98 st. 2 GWB bör bilateraliseras (se ovan kap. 5.5). Eftersom den diskussionen redan beskrivits ovan finns ingen anledning att här åter redogöra för den annat än att göra några principiella reflexioner.

10.6.2 Förslag i doktrinen

Som TOUBIANA redan 1972 observerade finns det i alla rättsordningar internationellt tvingande regler (T. använder termen ”lois de police”), vilka liknar varandra till innehållet.[961] Då de olika staternas internationellt tvingande regler liknar varandra är de också utbytbara och därför möjliga att anknyta med bilaterala lagvalsregler.[962] Sådana regler skulle kunna åstadkommas genom att avgränsningsreglerna för de egna internationellt tvingande reglerna bilateraliseras: ”Les critères de rattachement à la loi du for peuvent légitimement servir de critères de rattachement aux lois étrangères”.[963] Toubiana inser själv att hennes ansats blir problematisk för de fall där lex fori inte innehåller några motsvarande internationellt tvingande regler som den främmande rätten och någon bilateralisering därför inte är möjlig.[964] Det är en invändning som dock saknar bärighet beträffande konkurrensrättsliga regler, som numera återfinns i de flesta marknadsekonomiskt sinnade stater.

med ”motsetningen mellom universalismen og partikularismen”, dvs. motsättningen mellan å ena sidan intresset av internationellt enhetliga avgöranden och å andra sidan tillgodoseendet av nationella intressen.

[960] Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 57 f.

[961] Toubiana, Domaine de la loi, s. 149 ff. och 206 ff.

[962] A.a., s. 246 och 258.

[963] A.a., s. 259.

[964] A.a., s. 264.

Det anknytningsmoment som vanligtvis föreslås för en bilateral lagvalsregel avseende konkurrensrätt är vanligtvis baserat på effektprincipen. Ett särskilt framträdande problem med en bilateralisering av effektprincipen, vilket även erkänns av förespråkare av en sådan bilateralisering, är att en konkurrensbegränsning kan ha effekt på flera staters marknader. För en sådan situation har föreslagits ett slags dépeçage, som går ut på att olika konkurrenslagar tillämpas på olika delar av avtalet.[965] Vad som exakt menas med det är inte helt lätt att förstå. Möjligen kan författaren ha avsett att avtalet skulle drabbas av partiell ogiltighet beträffande den del av avtalet som drabbar ett visst lands marknad.

Ett annat problem med en bilateralisering av effektprincipen är att den är tämligen diffus. Till skillnad från traditionella lagvalsregler tar effektprincipen inte sikte på ett visst mänskligt handlande utan snarare på konsekvenserna av detta mänskliga handlande. Konsekvenserna är dessutom också beroende av ytterligare objektiva omständigheter såsom marknadens struktur, varför tillämpning av effektprincipen ofta är svår för företag att förutse.[966]

Schweizaren BÄR lade i en habilitationsavhandling 1965 fram det kanske mest ambitiösa förslaget till lagvalsregel för konkurrensrätt. Frågan om konkurrensrättslig ogiltighet skulle vara föremål för en särskild bilateral lagvalsregel, vars anknytningsmoment utgjordes av den konkurrensbegränsande handlingens effekt på marknaden:

> In Vereinbarungen, welche geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken, wird die darauf bezogene Widerrechtlichkeit je für den betreffenden Teil beurteilt nach den Rechten aller Staaten, auf deren Märkte sich die Vereinbarung auswirken kann.[967]

Därvid blir som regel den ort där den eller de personer som utgör marknaden[968] varaktigt återfinns avgörande. De orter där de konkur-

[965] Se t.ex. Castel, Extraterritorial Effects, s. 115.

[966] Basedow, RabelsZ 1988, s. 24. Detsamma gäller förvisso också lagvalsregeln för utomkontraktuellt skadestånd för det fall den skulle peka ut den ort där den skadegörande handlingen fått effekt.

[967] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 226. Min översättning: ”För avtal, som är ägnade att begränsa konkurrensen, bedöms den konkurrensrättsliga ogiltigheten enligt rätten i alla de stater på vilkas marknader avtalet kan ha effekt”.

[968] Bär använder sig av termen ”Marktgegenseite”, ordagrannt. ”marknadsmotpart”.

rensbegränsande handlingarna företagits, där de konkurrensbegränsande och de drabbade företagen har sina säten är således utan betydelse för fastställandet av tillämplig lag.[969] Den marknad som kan komma i fråga är vidare endast den omedelbart drabbade marknaden, inte alla andra marknader som enbart berörs sekundärt. Exempelvis måste bortses från kunderna till en återförsäljare och från underleverantörerna till en omedelbart berörd tillverkare.[970]

I ett försök till konkretion (som B. dock framhåller endast är ett försök), innebär hans förslag följande för vissa typiska konkurrensbegränsningar: För *försäljningskartellavtal* innebär det att tillämplig konkurrenslag är lagen där köparna av den kartellerade produkten varaktigt befinner sig.[971] Vid *diskriminering* tillämpas konkurrenslagen där de diskriminerade kunderna återfinns.[972] För *vertikala konkurrensbegränsningar* såsom bruttoprissättning, ensamåterförsäljaravtal, licensavtal osv. kompliceras frågan något. Å ena sidan återfinns avtal eller avtalsklausuler som tar sikte på den köpande eller licenstagande avtalsparten, såsom begränsningar i återförsäljningsrätten, bearbetnings- och användningsbegränsningar och särskilda exorbitanta förpliktelser för licenstagaren. För dessa avtal- eller avtalsklausuler skall konkurrenslagen där den som genom avtalet begränsas i sin handlingsfrihet, dvs. återförsäljaren eller licenstagaren, varaktigt befinner sig tillämpas. Å andra sidan finns avtal- och avtalsförpliktelser som så omedelbart berör vidareförsäljningen att konkurrenslagen i det land dit produkten skall vidareförsäljas bör tillämpas. Till denna kategori får bruttoprisförbuden räknas. Detsamma kan också sägas om ensamåterförsäljaravtalen, för vilka den omedelbart berörda marknaden återfinns inom det avtalade ensamåterförsäljarområdet.[973]

Bär observerar att ett och samma avtal kan innehålla såväl konkurrensbegränsningar som tar sikte på en part som sådana som begränsar vidareförsäljningen. För dessa fall aktualiseras en kumulativ anknytning till både den handlingsbegränsade parten och vidareförsäljnings-

[969] A.a., s. 366 ff. och 377.
[970] A.a., s. 377 f.
[971] A.a., s. 385 ff.
[972] A.a., s. 387.
[973] A.a., s. 390 ff. För dessa anser Bär också de orter dit ensamåterförsäljaren inte får leverera kunna komma ifråga. Det förefaller mig högst tveksamt, då det skulle kunna vara fråga om hela världen minus det avtalade försäljningsområdet.

marknaden. Han öppnar också för en enhetlig behandling och förespråkar för det fallet försäljningsmarknadens lag.[974]

I Bärs förslag omfattar ”konkurrensstatutet” enbart frågan om ett visst avtals- eller en viss avtalsklausuls ogiltighet. Om avtalet har effekt på flera länders marknader, skall dessa kumulativt tillämpas. Två former av partiell ogiltighet är därvid tänkbara. Den första varianten av partiell ogiltighet inträffar då ett avtal har effekt på flera marknader och det anses vara fråga om en otillåten konkurrensbegränsning enligt enbart någon eller några rättsordningar.[975] Den andra varianten aktualiseras då enbart vissa avtalsklausuler i ett avtal drabbas av ogiltigheten och det är tänkbart att avtalet kan leva vidare utan dessa klausuler. Vidare kan naturligtvis en kombination av de två situationerna vara för handen. Frågan om vad som blir konsekvenserna av denna partiella ogiltighet får besvaras av avtalsstatutet, som utpekas i vanlig ordning antingen av parterna själva eller genom ett objektivt lagval.[976] Parterna kan ju också ha reglerat frågan om följderna av konkurrensrättslig ogiltighet i själva avtalet, vilket torde respekteras åtminstone enligt svensk avtalsrätt.

Gränsdragningsproblem mellan avtalsstatut och konkurrensstatut kan naturligtvis uppstå. Från konkurrensstatutet vill Bär hämta svar på frågorna om huruvida konkurrensbegränsningen överhuvudtaget skall leda till ogiltighet och om avtal om genomförande av en förbjuden kartell skall omfattas av rättsstridigheten. Vidare bör konkurrensstatutet också svara på frågor om tidpunkten för ogiltighetens respektive giltighetens inträdande vid fall av konkurrensmyndighets medverkande (anmälningsplikt, beviljande av undantag och liknande) samt också den civilrättsliga betydelsen av formfel och försummelser vid eventuell anmälan till konkurrensvårdande myndighet.

10.6.3 Kritik

Försök att skapa lagvalsregler för konkurrensrättslig ogiltighet (inom-obligatoriskt skadestånd har inte omfattats av förslagen) genom att bilateralisera den egna konkurrensrättens avgränsningsregler har inte undgått kritik. Jämfört med en unilateral säranknytning av utländsk

[974] A.a., s. 392.
[975] A.a., s. 231 ff.
[976] A.a., s. 233.

konkurrensrätt (se nedan kap. 10.7) blir skillnaden måhända inte så stor i praktiken – invändningarna riktar sig huvudsakligen mot lämpligheten av metoden. En bilateral metod döljer den strukturella och kvalitativa skillnad som finns mellan forumstatens konkurrensrätt och en hänvisning till utländsk konkurrensrätt. När en domstol tillämpar inhemsk konkurrensrätt gör den det huvudsakligen i egenskap av ombud för staten och dess ekonomiska intressen. Även när den egna konkurrensrätten tillämpas i tvistemål gör sig statsintresset gällande. Man kan fråga sig hur forumstatens intressen av att reglera konkurrensen på den egna marknaden, som ligger till grunden för de egna avgränsningsreglerna, kan ha betydelse vid fastställandet av tillämpligheten av utländsk konkurrensrätt.[977]

När en domstol tillämpar utländsk konkurrensrätt i tvistemål sker det inte av hänsyn till den egna statens ekonomiska intressen och inte heller huvudsakligen av hänsyn till främmande staters intressen. Det intresse som här skyddas är istället huvudsakligen enskilda parters intresse av tillämpningen av en viss lag. Många konkurrensbegränsande avtal ingås under starka påtryckningar från den starkare parten, varvid den svagare parten ger efter men ofta hoppas och förväntar sig att internationellt tvingande regler skall skydda honom om nödvändigt.

Om domstolen infriar dessa förhoppningar genom att tillämpa dessa internationellt tvingande regler är det av skäl som ligger djupt rotade i privaträttsligt tänkande. Den omständigheten att domstolen därvid är behjälplig med verkställandet av en främmande stats konkurrenspolitik är av sekundär betydelse och inte huvudskälet till tillämpning av främmande konkurrensrätt. Den bilaterala lagvalsregel som föranleder domstolen att tillämpa främmande konkurrensrätt blir därför en del av den internationella *privat*rätten[978]. I kvalitativt hänseende blir därför en sådan lagvalsregel något annat än en avgränsningsregel för den egna konkurrensrätten. En bilateral lagvalsregel skulle på papperet ge intryck av att inhemsk och främmande konkurrensrätt hade lika stor vikt trots att den inhemska konkurrensrätten har företräde.[979]

[977] Basedow, Am. J. Comp. L., Vol. 42, 1994, s. 440; Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 118.
[978] Drobnig, FS Neumayer, s. 176. Det är ju bara de civilrättsliga följderna (ogiltighet) som ingår i ”konkurrensstatutet”.
[979] Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 118.

Förespråkarna av den bilaterala metoden förmår heller inte förklara varför den utländska konkurrensrätten enbart skall tillämpas om den har tillämpningsavsikt – enighet råder dock om att hänsyn skall tas till denna.[980] Det kan inte förklaras med hänvisning till renvoi-institutet, eftersom det inte hävdas att det är fråga om renvoi. De konkurrensrättsliga avgränsningsnormerna anses vara någonting annat än ensidiga lagvalsregler, varför renvoi inte aktualiseras (se ovan kap. 10.3.2.1). En bilateralisering av den internationella konkurrensrätten är ett försök att utsträcka den internationella privaträttens klassiska metod till områden där den inte hör hemma.[981]

Den historiska förklaringen till bilateraliseringsförsöken kan ligga i att de lades fram på 1950- och 1960-talen av främst tyska författare med rötter i en rättsordning med erfarenhet av bilateralisering av ensidiga lagvalsregler.[982] Vidare har den tyska konkurrenslagen i § 98 st. 2 GWB en uttrycklig avgränsningsregel som i mycket liknar en ensidig lagvalsregel. Dessa omständigheter torde ha föranlett dessa författare att utsträcka den bilaterala metoden till den internationella konkurrensrätten.[983] Deras huvudsakliga syfte var nog att överhuvudtaget få till stånd en tillämpning av utländsk konkurrensrätt. Bilateralisering, som var ett etablerat tillvägagångssätt, kan då ha synts vara en lämplig lösning.[984]

[980] Se bl.a. Bär, Kartellrecht und IPR, s. 382; Martinek, Das internationale Kartellprivatrecht, s. 92: ”Die Ausgestaltung des Auswirkungsprinzips zu einer allseitigen Kollisionsnorm des eigenen internationalen Kartellprivatrechts bedeutet sozusagen nur eine ’Anwendungsofferte’ an das ausländische Recht”.

[981] Basedow, Am. J. Comp. L., Vol. 42, 1994, s. 441.

[982] Toubiana är visserligen fransyska men även i fransk internationell privaträtt finns en erfarenhet av bilateralisering. Bär är tyskspråkig schweizare och lägger ner nästan lika stor möda på att analysera tysk rätt som schweizisk.

[983] Uttryckligen så Zweigert, IPR und öffentliches Recht, s. 133.

[984] Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 119.

10.7 Unilateral säranknytning

10.7.1 Inledning

Eftersom jag utförligen redogörde för den unilaterala säranknytningens historia och metod ovan i kapitel 2.4.2 nöjer jag mig med att hänvisa till den tidigare framställningen.

SCHWARTZ och BASEDOW, som ju som ovan framgått, är mycket kritiska till en bilateralisering av de konkurrensrättsliga avgränsningsreglerna föreslår istället att utländsk konkurrensrätt säranknyts medelst en unilateral lagvalsregel.[985] Eftersom en dylik återfinns i Romkonventionens artikel 7.1 föreslår författarna också att den bestämmelsen används för konkurresnrättsliga frågor.[986] I Guiliano/Lagarde-rapporten till Romkonventionen nämns också utryckligen att konkurrensrättsliga regler tillhör de internationellt tvingande regler som omfattas av artikel 7.1.[987] Eftersom artikel 7.1 Romkonventionen är gällande rätt i Sverige bör en analys av unilateral säranknytning av konkurrensrätt också ta sin utgångspunkt i den bestämmelsen snarare än i något av alla de förslag till regel för säranknytning som genom årtiondena lämnats i doktrinen (se ovan kap. 2.4.2).

10.7.2 Konkurrensstatutets omfattning

Det är enbart fråga om att säranknyta vissa bestämda internationellt tvingande regler i ett annat lands lag – inte om en tillämpning av alla regler i detta lands rätt. För konkurrensrättens del torde det innebära att i fråga om konkurrenshindrande avtal säranknyts själva lagstridigheten samt att denna lagstridighet kan leda till avtalets ogiltighet eller skapa en rätt till kontraktuellt skadestånd. De närmare konsekvenserna av avtalets ogiltighet respektive övriga förutsättningar för kontraktuellt skadestånd får avgöras av den på avtalet i övrigt tillämpliga lagen.[988]

[985] Se även Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 88–95.
[986] Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 120.
[987] Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 31.
[988] Allmänt om gränsdragningen mellan bistatut och avtalsstatutet Zweigert, RabelsZ 1942, s. 300; Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 95; Mün-

Svåra gränsdragningsproblem mellan avtalsstatut och konkurrensstatut kan naturligtvis uppstå. BÄR har föreslagit att frågor om tidpunkten för ogiltighetens respektive giltighetens inträdande vid fall av konkurrensmyndighets medverkande (anmälningsplikt, beviljande av undantag och liknande) samt också den civilrättsliga betydelsen av formfel och försummelser vid eventuell anmälan till konkurrensvårdande myndighet bör besvaras av konkurrensstatutet. Följderna av partiell ogiltighet får istället bedömas enligt avtalsstatutet.[989]

Alla gränsdragningsfrågor kan naturligtvis inte besvaras här. Det torde emellertid vara så att frågor som hänför sig till det statliga intresset av att fastställa att en konkurrensbegränsning föreligger och att denna upphör får besvaras av konkurrensstatutet. Frågor om hur enskildas förmögenhetsförhållanden närmare påverkas bör besvaras av avtalsstatutet.

En sådan gränsdragning efter vilka intressen reglerna syftar till att skydda går naturligtvis inte att göra knivskarp men är trots det användbar. Den kan motiveras utifrån anledningen till att den främmande konkurrensrätten överhuvudtaget särbehandlas från ”vanlig” privaträtt. Den främmande konkurrensrätten ser, till skillnad från ”vanliga” privaträttsliga regler, huvudsakligen till statliga intressen, varför de vanliga internationellt privaträttsliga reglerna inte passar. Grovt uttryckt kan man säga att regler som slår fast *att* ogiltighet är för handen eller skadeståndsskyldighet föreligger tillgodoser det statliga intesset av konkurrensvård. Regler som styr *hur* ogiltigheten eller skadeståndsskyldigheten skall drabba parterna syftar till att tillgodose enskildas intressen.

En intressegränsdragning torde hamna ganska nära Bärs förslag. Alla formkrav på anmälningar och andra regler om umgänget med konkurrensvårdande myndigheter finns där för att staten har ett intresse av det och inte för att åstadkomma en rättvis utjämning mellan enskilda. Frågan om tidpunkten för ogiltighetens inträdande bör också bedömas enligt konkurrensstatutet. Dylika temporala regler syftar till att fastslå *att* ogiltighet föreligger (från och med en viss punkt i tiden).

chener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 60 (s. 1842); Kropholler, Internationales Privatrecht, s. 450. f.

[989] Bär, Kartellrecht und IPR, s. 233.

Vidare bör, av samma anledning, särskilda preskriptionsregler för konkurrensrättsligt skadestånd omfattas av konkurrensstatutet.[990]

Regler om vad som händer med avtalet vid partiell ogiltighet och regler för beräkning av skadestånd syftar istället till att tillvarata de enskilda parternas intressen och hämtas därför lämpligen från avtalsstatutet.

10.7.3 Artikel 7.1 Romkonventionen

10.7.3.1 Inledning

Romkonventionens troligen mest uppmärksammade och kritiserade bestämmelse torde vara just den som möjliggör en unilateral säranknytning av internationellt tvingande regler i ett tredje lands lag. Denna Romkonventionens artikel 7.1 lyder i svensk version som följer:

> **Internationellt tvingande regler**
>
> 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.

För att de internationellt tvingande regler det är fråga om skall kunna beaktas, finns fyra rekvisit uppställda. Dessa kan sammanfattas såsom:

1) reglerna skall vara internationellt tvingande,
2) det skall finnas en nära anknytning mellan rättsförhållandet och den stat vars tvingande regler kan komma ifråga,
3) beaktandet av reglerna skall kunna rättfärdigas genom deras art och syfte och
4) följderna av användandet eller underlåtenheten att använda reglerna måste te sig rimliga.

Vidare är hela regeln fakultativ. Domstolen kan, trots att alla dessa rekvisit är uppfyllda, välja att inte tillämpa den.

[990] Enligt 33 § 2 st. konkurrenslagen är preskriptionstiden för konkurrensrättsligt skadestånd fem år istället för den allmänna preskriptionstiden om tio år enligt 2 § 1 st. preskriptionslagen.

10.7.3.2 Internationellt tvingande regler

Med en internationellt tvingande regel förstås, som vid ett flertal tillfällen tidigare sagts, en regel som är tillämplig oavsett vilket lands lag som i övrigt gäller för avtalsförhållandet. En domstol står i normala fall ofta inför en grannlaga uppgift när den skall avgöra om en utländsk regel är internationellt tvingande eller inte. Uppgiften underlättas dock beträffande de konkurrensrättsliga ogiltighetsreglerna av att det för konkurrensrätt i de flesta stater finns lagfästa eller praxisskapade avgränsningsregler.[991] Konkurrensrättsliga regler betraktas också regelmässigt som internationellt tvingande.

10.7.3.3 Kravet på nära anknytning

Den unilaterala metoden ställer i teorin domstolarna inför en mycket grannlaga uppgift. De har i princip att undersöka alla tänkbara rättsordningar i världen i syfte att finna internationellt tvingande regler med tillämpningsanspråk. Någon sådan undersökning lär väl aldrig aktualiseras i praktiken men det befarades vid konventionens utarbetande, att, om inte någon begränsning kom till stånd, bestämmelsen skulle kunna leda till förlängda handläggningstider vid domstolarna och uppmuntra parter att försöka förhala tvisten genom att påstå att ett eller annat lands internationellt tvingande regler var tillämpliga.[992] Artikel 7.1 begränsar därför mängden av internationellt tvingande regler som kan komma i fråga. Enbart sådana regler som härrör från stater med en ”nära anknytning” till ”situationen” kan komma att ges verkan.[993] Vad som menas med ”nära anknytning” specificeras dock vare sig i konventionen eller i Giuliano/Lagarde-rapporten.

Trots att lagtexten uttryckligen stadgar att det är ”situationen” som skall ha nära anknytning till den utfärdande staten är det enligt Giuliano/Lagarde-rapporten, *avtalet* som skall ha en nära anknytning. Den nära anknytningen skall avse hela avtalet och inte den tvistiga frå-

[991] Se Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 10–91.

[992] Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 27. Så torde särskilt vara fallet i de länder där domstolar ex officio har att utreda innehållet i utländsk rätt.

[993] Tanken att en regel måste ha nära anknytning för att säranknytas är inte ny. Se t.ex. redan Wengler, ZvglRWiss 1941, s. 185 ff och Zweigert, RabelsZ 1942, s. 288 f.

gan.[994] Som exempel på nära anknytning nämner rapporten att avtalet skall uppfyllas i landet i fråga, eller att en av parterna har sitt hemvist eller säte där. Det har också föreslagits att nära anknytning skall anses föreligga när det inom ramen för avtalets fullgörande skall äga rum handlingar på utfärdarstatens territorium.[995] Dessa kriterier kan måhända vara lämpliga när det är fråga om olika former av avtal i strid med in- och utförselförbud men lämpar sig sämre för moderna svårlokaliserade finanstransaktioner.[996]

Att försöka fastställa ett eller ett fåtal kriterier för vad som skall anses utgöra en nära anknytning är dock knappast lämpligt. Därtill är de internationellt tvingande reglerna en alltför heterogen skara. Istället får för varje fallgrupp särskilda kriterier utarbetas.[997] Det har hävdats att det skulle räcka att den utfärdande staten vid fastställande av lagens tillämpningsområde håller sig inom de gränser som folkrätten uppställer för att en nära anknytning skall anses föreligga.[998]

Eftersom det här är fråga om en lagvalsregel för att avgöra tillämplig lag, kan det dock finnas anledning att ställa strängare krav. Det är inte nödvändigtvis så att alla tillämpningsanspråk som visserligen är folkrättsligt tillåtna också ligger i forumstatens intresse att beakta.[999] Det kan dock antas att en tillräckligt nära anknytning föreligger om den utfärdande staten gör anspråk på samma eller ett snävare tillämpningsområde för sina internationellt tvingande regler som forumstaten uppställer för sina egna motsvarande regler.[1000]

Vidare har också hävdats att nära anknytning ”otvivelaktigt” föreligger för det fall utfärdarlandets lag skulle ha varit tillämplig lag enligt ett objektivt lagval.[1001] Den aspekten spelar kanske mindre roll här ef-

[994] Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 27. Kritisk Kaye, New Private International Law, s. 254 ff.
[995] Lehmann, Zwingendes Recht dritter Staaten, s. 223.
[996] Münchener-Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 102 (s. 1856 f.).
[997] A.st. Samma åsikt företräds i bl.a. Kolhammer Kommentar-von Hoffmann, Art. 34; Rdnr. 95 (s. 1738)och IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 19, N 13 (s. 212).
[998] Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht, s. 91 ff.
[999] Se Zweigert, RabelsZ 1942, s. 289; Münchener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 101 (s. 1856).
[1000] Kolhammer Kommentar-von Hoffman, Art. 34, Rdnr. 95 (s. 1738).
[1001] Pålsson, Romkonventionen, s. 121. En variant av säranknytning enligt vilken parternas lagval inte berövar de internationellt tvingande reglerna i den

tersom vi redan konstaterat att de konkurrensrättsliga reglerna om avtals ogiltighet och skadestånd omfattas av avtalsstatutet. De finner tillämpning redan den vägen varför en säranknytning blir praktiskt onödig. Generellt betraktat är jag annars skeptisk till om det faktum att de internationellt tvingande reglerna kommer från samma lands lag som de som utgör avtalsstatut vid ett objektivt lagval automatiskt bör anses utgöra en nära anknytning. Frågan om tillämplig lag på avtalet och nära anknytning avgörs utifrån olika syften och det är olika överväganden som ligger bakom. Jag är rädd för att jag nog emellertid är ganska ensam om min uppfattning i den här frågan.[1002]

För konkurrensrättens del har därför i tysk doktrin föreslagits att nära anknytning skall anses vara för handen när ett avtal har konkurrensbegränsande effekt på den utfärdande statens marknad (Auswirkung auf den Markt).[1003] Eftersom ett konkurrensbegränsande avtal, i den alltmer internationaliserade handeln, ofta kan ha åtminstone något slags effekt på i snart sagt varje lands marknad har i schweizisk doktrin hävdats att det måste vara frågan om effekt på en omedelbart berörd marknad.[1004]

Enligt min mening får ett konkurrensbegränsande avtal anses ha nära anknytning till en stat om detta avtal också har effekt på denna stats marknad. Om en annan stat, i likhet med Sverige, använder sig av effektprincipen eller på annat snävare sätt avgränsar tillämpingsområdet för den egna konkurrensrätten borde det vara tillfyllest för att anknytningen skall kunna anses vara ”nära”.[1005] Bakom tanken på en säranknytning av utländska internationellt tvingande regler ligger inte enbart omsorg om parterna och deras intressen utan också ett visst mått

lag som enligt ett objektivt lagval hade varit tillämplig deras verkan förespråkas i Pelichet-rapporten, s. 87.

[1002] Exempelvis Münchener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 118 (s. 1860) och Kropholler, Internationales Privatrecht, s. 449 uttalar att nära anknytning i regel skall anses föreligga när den internationellt tvingande regeln härstammar från avtalsstatutet.

[1003] Münchener Kommentar-Martiny, Art. 34, Rdnr. 113 (s. 1859).

[1004] IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 19, N 14 (s. 212). Jfr. Third Foreign Relations Restatement § 415 enligt vilken ett konkurrensbegränsande avtal ingånget utanför USA är föremål för tillämpning av amerikansk konkurrensrätt om avtalet antingen har till syfte att begränsa konkurrensen på den amerikanska marknaden eller har ”substantial” effekt på denna.

[1005] För effektprincipen i svensk rätt se prop. 1997/98:130, s. 26.

av *comitas*-tänkande.[1006] Av bl.a. den anledningen bör svenska domstolar vara beredda att tillerkänna utländsk konkurrensrätt samma extraterritoriella verkan som den svenska konkurrensrätten gör anspråk på.

Vidare får det idag sägas att effektprincipen vinner terräng och har gått från att ursprungligen ha blivit bemött med s.k. blocking-statutes från vissa stater till att numera vara den dominerande avgränsningsregeln inom den internationella konkurrensrätten.[1007] Det faller sig också av den anledningen naturligt att vid definitionen av begreppet ”nära anknytning” knyta an till denna internationellt vedertagna princip.

10.7.3.4 Beaktande av en regels syfte och natur

Som ytterligare begränsning av vilka internationellt tvingande regler som bör ges verkan, anger artikel 7.1 att hänsyn skall tas till reglernas ”art och syfte”. Vilket slags art och syfte en internationellt tvingande regel måste ha för att ges verkan förklaras aldrig närmare.

Av Giuliano/Lagarde-rapporten framkommer endast att den tvingande regeln *inte* behöver uppfylla vissa internationellt erkända kriterier, exempelvis motsvara andra liknande lagar i andra länder. En delegation hade nämligen under utarbetandet av konventionen föreslagit just detta som förtydligande av vad en internationellt tvingande regel egentligen skall uppfylla med sitt syfte och sin natur. Det påpekades emellertid, att några sådana internationellt erkända kriterier inte finns och förslaget antogs aldrig.[1008]

Klart är i vart fall att domstolen skall göra en bedömning av den internationellt tvingande regelns innehåll. Den måttstock som får användas vid denna bedömning måste utgå ifrån forumstatens egna värderingar. Beträffande utländska konkurrensrättsliga regler som förbjuder avtal torde de regelmässigt tillhöra den typ av regler, som klarar ett sådant innehållstest. Det kan inte heller anses nödvändigt att exempelvis svensk konkurrensrätt hade kommit fram till exakt samma resultat

[1006] Se bl.a. Wengler, ZvglRWiss 1941, s. 181 f.
[1007] I förarbetena till 1986 års schweiziska konkurrenslag uttrycktes det som att ”[d]ie Inlandauswirkung ist nicht nur im schweizerischen Kartellgesetz, sondern im Wettbewerbsrecht allgemein eine Voraussetzung der Anwendbarkeit, denn es entspricht dem Zweck solcher Gesetze, den Wettbewerb innerhalb der nationalen Wirtschaft funktionsfähig zu erhalten”. Se BBl. 1981 II, s. 1337.
[1008] Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 27.

om den hade varit tillämplig. Det får anses räcka att den utländska konkurrensrättsliga regeln har till syfte att bekämpa konkurrensbegränsningar – ett syfte som överensstämmer med svenska intressen såsom de kommit till uttryck i konkurrenslagen.

10.7.3.5 Konsekvenserna av tillämpning respektive icke-tillämpning

Den internationellt tvingande regeln måste passera ytterligare ett hinder innan den kan ges verkan. Domstolen skall beakta konsekvenserna av dess tillämpning respektive icke-tillämpning. I Giuliano/Lagarde-rapporten framhålls betydelsen av denna prövning i fall av kumulation, d.v.s. då avtalet faller under flera internationellt tvingande reglers tillämpningsområde.[1009] Särskilt beträffande konkurrensbegränsande avtal kan det, bland annat på grund av att de kan ha effekt på flera länders marknader, förekomma att flera länders konkurrensrätt gör anspråk på tillämpning.

Stadgandet anges i Giuliano/Lagarde-rapporten särskilt syfta på den situation där motsatta regler från olika länder gör anspråk på tillämpning och ett val nödvändigtvis måste göras mellan dem.[1010] Beträffande konkurrensrättsliga regler torde egentligen endast problem uppstå i fall av s.k. ”true conflicts”, dvs. när ett lands lag påbjuder ett visst agerande som är förbjudet enligt ett annat. Möjligen kan sådana intressekonflikter behöva beaktas redan här på det internationellt privaträttsliga stadiet och inte senare inom ramen för avtalsstatutet.

10.7.3.6 Regelns fakultativa karaktär

Slutligen ges domstolen en möjlighet att efter eget skön bedöma om den vill ge en internationellt tvingande regel verkan. Denna möjlighet till skönsmässig bedömning har starkt kritiserats för att ge upphov till stor rättsosäkerhet. Det var bl.a. rädsla för denna osäkerhet som vid utarbetandet av konventionen ledde till att några av delegationerna krävde en möjlighet att reservera sig mot art. 7.1.[1011] En sådan möjlighet tillkom i art. 22.1 och har som sagts utnyttjats av Irland, Storbritannien, Luxemburg och Tyskland.[1012] I svensk doktrin har BOGDAN

[1009] A.st.
[1010] A.st.
[1011] A.a., s. 28.
[1012] Se för kritik vid den parlamentariska behandlingen i Tyskland: Bundestags-Drucksachen 10/504, s. 100; Bundestags-Drucksachen 10/5632, s. 45.

uttryckt kritik mot regelns fakultativa karaktär.[1013] Sverige har dock inte reserverat sig mot bestämmelsen.

PÅLSSON har med LANDO uttalat att om den främmande staten har faktisk makt att genomdriva sin rättsliga ståndpunkt, finns det ingen anledning att forumstaten gör motstånd.[1014] Författarnas ståndpunkt överensstämmer med KEGELS s.k. maktteori, enligt vilken statliga ingrepp, bl.a. konkurrensrättsliga sådana, skall erkännas om den ingripande staten hållit sig inom gränserna för sin makt, dvs. inom sitt eget territorium. [1015]

Den praktiska betydelsen av valfriheten kan emellertid ifrågasättas. Den bedömning som redan skall göras med beaktande av regelns art och syfte, samt konsekvenserna av dess användning respektive icke-användning borde ge en domstol tillräcklig möjlighet att bortse från en regel som av en eller annan orsak inte bör ges verkan.

10.7.3.7 Innebörden av att en regel "ges verkan"

Rättsföljden av artikel 7.1 är att den främmande regeln "ges verkan" och inte som i exempelvis artikel 4 att avtalet är "underkastat" ett visst lands lag, med vilket får förstås att detta senare lands lag "tillämpas". Frågan är vilken som är skillnaden mellan att "ge verkan" åt en viss regel respektive att "tillämpa" ett visst lands lag.

I Giuliano/Lagarde-rapporten betonas att uttrycket syftar på domstolens mycket svåra uppgift att kombinera de internationellt tvingande reglerna med den lag som i övrigt är tillämplig på avtalet.[1016] Om man ser formuleringen i art. 7.1 i det sammanhanget, kan det ge en ledtråd till vad som avses.

Kritisk mot kritiken: MPI, RabelsZ 1983, s. 668 ff. Instämmer gör dock bl.a. Firsching, IPRax 1981, s. 40 som anser artikel 7 "unglücklich"

[1013] Bogdan, TfR 1982, s. 38; dens., Svensk IP, s. 248.

[1014] Lando, Kontraktstatuttet, 3. udg., s. 255 f.; Pålsson, Romkonventionen, s. 122.

[1015] Kegel, Internationales Privatrecht, s. 119. Kritiska mot Kegels sätt att förvandla makt till rätt har bl.a Mann, RabelsZ 1964, s. 759 varit: "Was den letzteren [Kegels] Gedanken angeht, so muß gefragt werden, ob nicht die Rechtsidee es von vornherein verbietet, Macht als ordnendes Prinzip anzuerkennen". Kritiken hänför sig till äldre utgåvor av Kegels lärobok som nu kommit ut i åtta upplagor. Kegel har dock i denna fråga inte ändrat ståndpunkt.

[1016] Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 27 f.

Mot ljuset av själva säranknytningens natur, dvs. här att vissa internationellt tvingande regler i ett visst lands lag tillerkänns verkan efter sin tillämpningsavsikt, framkommer att det finns en kvalitativ skillnad mellan vad som sker vid denna säranknytning respektive ett ”normalt” lagval. För den internationella konkurrensrättens omfattar säranknytningen enbart den omständigheten *att* en avtalsklausul är ogiltig respektive *att* förutsättningar för kontraktuellt skadestånd föreligger samt vissa dem näraliggande bestämmelser om relevant tidpunkt för ogiltighet, formkrav och preskription m.m. som omfattas av konkurrensstatutet. De civilrättsliga följderna av att en avtalsklausul är ogiltig eller att skadeståndsskyldighet föreligger får istället bedömas enligt den på avtalet tillämpliga lagen. Det är därför ett visst lands avtalslag ”tillämpas” medan vissa bestämmelser i utländsk konkurrensrätt ”tillerkänns verkan” inom ramen för denna tillämpning.

10.7.4 Metodologiska anmärkningar

Artikel 7.1 måste ses som en kodifiering av de idéer om ”Sonderanknüpfung” som såg dagens ljus i tysk doktrin mitt under brinnande världskrig. Vid en närmare jämförelse skiljer sig inte artikel 7.1 nämnvärt från de förslag till säranknytningsläror som under 1900-talet lagts fram av akademiker som WENGLER, ZWEIGERT, K.H. NEUMAYER m.fl. (se ovan kap. 2.4.2).

Flera författare har också pekat på likheterna mellan säranknytningslärorna och CURRIES ”governmental interest analysis”.[1017] Mycket riktigt uppvisar säranknytning och ”governmental interest analysis” likheter, särskilt i tillvägagångssättet. Båda metoderna tar sin utgångspunkt i den främmande lagens tillämpningsanspråk – hos Currie uttryckt som laglandets intresse av tillämpning. Vidare förutser såväl artikel 7 som Currie att forumstatens regler i händelse av en konflikt har företräde. Den stora skillnaden består i att säranknytningsläran endast omfattar ett begränsat antal regler (de internationellt tvingande) och är ett komplement till ett i grunden liggande bilateralt lagvalsstystem medan Curries system är tänkt att tillämpas på alla internationellt privaträttsliga frågeställningar.

[1017] Se t.ex. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 324; Habermeier, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, s. 192 och Horlacher, Cornell Int. L.J., Vol. 27, 1994, s. 188 f.

Den stora skönsmässiga frihet som domstolarna har vid tillämpningen av artikel 7.1, särskilt vid beaktande av en regels ”art och syfte”, gör att man också kan tala om inslag av ett slags ”better law approach”.[1018] Det kan måhända vara fallet i mycket snäv bemärkelse men säranknytningsläran uppvisar i övrigt inte särskilt stora likheter med LEFLARS teori om ”choice-influencing considerations”, som efter den sista av dessa fem ”choice-influencing considerations” något missvisande kommit att kallas ”better law approach”.

10.7.5 Kritik

Artikel 7.1 är kanske Romkonventionens mest omdebatterade och kritiserade bestämmelse. De angrepp som riktats mot den utgår i huvudsak på tre fronter. För det första har har regelns metod kritiserats, för det andra har den ansetts utgöra ett otilbörligt gynnande av statlig ”dirigism”[1019] som skulle kunna leda till en urholkning av avtalsfriheten och för det tredje har regelns vaga nästan ”sibyllinska”[1020] utformning fått utstå spott.

10.7.5.1 Kritik mot regelns metod

Den metodologiska kritik som framförts mot artikeln följer i huvudsak samma linjer som den kritik som riktats mot säranknytningsläran som sådan. Särskilt har kritik uttalats mot att arbeta med två parallella metoder – en bilateralistisk och en unilateralistisk. Det har hävdats att säranknytning av internationellt tvingande regler skulle kunna utgöra en tidsinställd bomb under den klassiska internationella privaträtten.[1021] Artikel 7 skulle kunna utvecklas till huvudregel och eventuella små korrigeringar i marginalen skulle återstå för de traditionella lagvalsreglerna.[1022]

[1018] Se för liknande uppfattning om den något annorlunda formulerade artikel 19 IPRG, Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, s. 270.
[1019] Se Fletcher, Conflict of Laws and EC Law, s. 169 f.
[1020] Uttrycket från Pålsson, Romkonventionen, s. 123. Se även tidigare Pålsson, NTIR 1980, s. 164 f. för kritik mot regelns vaga utformning.
[1021] de Boer, WPNR 1976, s. 291.
[1022] Jessurun d’Oliveira, Medelingen van de NVIR, Vol. 71, 1975, s. 114. Orginalet har inte utan omotiverad ansträngning gått att uppbringa, varför hänvisningen förlitar sig på uppgift från de Boer, WPNR 1976, s. 291.

SCHURIG har starkt ifrågasatt behovet och önskvärdheten av en dylik metodpluralism. Samma resultat som kan erhållas genom säranknytning skulle också kunna nås genom en vidareutveckling av den existerande bilaterala metoden.[1023] För den internationella konkurrensrättens del skulle det innebära en särskild bilateral lagvalsregel enligt vad som ovan (kap. 10.6) sagts. En svaghet med metodpluralism är att det inte är lätt att veta var den ena metoden slutar och den andra tar vid. Vilka regler i den materiella rätten skall komma till användning medelst unilateral säranknytning och vilka skall vara underkastade bilaterala lagvalsregler – och varför?[1024] Till Schurigs kritik kan också läggas erfarenheterna från USA, där domstolar sägs tendera att välja den internationellt privaträttsliga metod som för ögonblicket passar bäst till att uppnå ett visst önskvärt resultat.[1025]

10.7.5.2 Påståenden om otillbörligt gynnande av statlig dirigism

I en tidig analys av artikel 7.1 har exempelvis BOGDAN uttalat att ”det finns ju normalt ingen anledning varför en svensk domstol skulle agera som en främmande stats förlängda arm för att genomdriva resp. skydda den främmande statens självska statsintressen vilka inte delas av Sverige”. Istället förespråkar han att staterna går konventionsvägen när de har gemensamma intressen de vill skydda.[1026] HABERMEIER gör å sin sida ingen hemlighet av att han inte ser med blida ögon på olika staters dirigistiska tendenser. Dessa bör inte onödigt uppmuntras.[1027] Varken Bogdan eller Habermeier är dock främmande för någon form av hänsynstagande till utländsk konkurrensrätt.[1028]

[1023] Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 330: ”die 'Sonderanknüpfung' sollte zugunsten der 'besonderen Anknüpfung' aufgegeben werden”.
[1024] Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, s. 327.
[1025] Se Reppy, Mercer Law Review Vol. 34, 1983, s. 645–708.
[1026] Bogdan, TfR 1982, s. 39.
[1027] Habermeier, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, s. 239.
[1028] För Bogdan se Svensk IP, s. 82 f. Beträffande Habermeier synes ju hela hans ”nya enhetslära” gå ut på att finna nya anknytningsmoment som bl.a. leder till tillämplig konkurrenslag (se ovan kap. 10.5).

10.7.5.3 Kritik mot regelns vaga karaktär

Det finns ingen möjlighet att här återge alla de stämmor i litteraturen som kritiserat artikel 7.1 på grund av dess oprecisa utformning.[1029] Till stor del överensstämmer kritikerna också med dem som är kritiska mot idén om säranknytning som sådan. FRISCH lyckas dock kanske bäst sammanfatta kritiken när han hävdar att artikel 7.1 skulle utgöra en generalklausul utan någon som helst kontur. Regeln leder inte till en lösning på problemet med utländska internationellt tvingande regler utan tjänar endast till att uppmärksamma rättstillämpningen på frågan.[1030]

Den vaga utformningen har kritiserats för att den leder till rättsosäkerhet och föga processekonomiskt merarbete för domstolarna.[1031] Vad först beträffar invändningen om rättsosäkerhet kan det möjligen vara ett bärande argument mot den konkreta utformningen av artikel 7.1 men knappast mot säranknytning av internationellt tvingande regler överhuvud. Tvärtom får sägas att artikel 7.1 innebär ett steg framåt jämfört med ett materiellrättsligt beaktande av samma regler. Särskilt regler om avtal i strid mot goda seder kan, om de leder till beaktande av innehållet i utländsk rätt, karaktäriseras som ”dolda lagvalsregler”.[1032] För att använda Frischs påstående (se ovan not 1030) i motsatt riktning måste man då till försvaret av artikel 7.1 säga att den, till skillnad från de ”dolda lagvalsreglerna” åtminstone uppmärksammar rättstillämpningen på problemet.

10.7.5.4 Skall utländsk konkurrensrätt tillämpas ex officio?

När det påstås att artikel 7.1 skulle leda till merarbete för domstolarna torde det i realiteten ändå knappast vara fallet. Det har visserligen hävdats att domstolen vid en säranknytning har att undersöka världens samtliga rättsordningar för att se om någon har tillämpliga rättsregler men något sådant kan naturligtvis inte komma på fråga. Här kan man tänka sig två olika lösningar beroende på om domstolen i forumstaten

[1029] Se dock exempelvis: Firsching, IPRax 1981, s. 40.
[1030] Frisch, Vergleich, s. 183.
[1031] Se bland många andra Firsching, IPRax 1981 s. 40.
[1032] Som ”dolda lagvalsregler” anses sådana regler vara som p.g.a. sin placering i en kodifikation förefaller vara materiella rättsregler, men som helt eller delvis reglerar internationellt privaträttsliga situationer. Se Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Band I, s. 95.

har att ex officio tillämpa främmande rätt eller om istället principen att utländsk rätt måste åberopas av part gäller.

Om den främmande rätten anses skola tillämpas ex officio kan domstolens undersökningsbörda underlättas avsevärt om den arbetar enligt en något annorlunda ordning än enligt regelns ordalydelse. Formellt sett förefaller det som om domstolen har att först undersöka vilka regler i hela vida världen som är internationellt tvingande och också gör anspråk på tillämpning i det konkreta fallet. Därefter skall domstolen avgöra om det kan anses finnas en nära anknytning mellan rättsförhållandet och laglandet och slutligen skall reglernas art och syfte samt konsekvenserna av deras tillämpning analyseras.

Om domstolen istället använder sin ”Vorverständnis” av vilket slags regler som kan komma ifråga för det aktuella fallet (exempelvis konkurrensrättsliga) kan den redan initialt ta ställning till till vilka länder avtalet skall anses ha en nära anknytning beträffande konkurrensrättsliga spörsmål – dvs. till de länder på vilkas marknad avtalet kan ha haft konkurrensbegränsande effekt. Först därefter undersöks om dessa länders konkurrensrätt också gör anspråk på tillämpning. Om domstolen på detta sätt skulle ”missa” någon regel med tilämpningsanspråk är det troligt att den ändå hade kommit fram till att avtalet inte hade tillräckligt nära anknytning till det landet och av den anledningen inte förtjänade att tillerkännas verkan.

I realiteten aktualiseras säkerligen alltid, åtminstone i konkurrensrättsliga fall, ett främmande lands internationellt tvingande regler av part. Om ingen av parterna uppmärksammar rätten på tillämpningen av utländska internationellt tvingande regler uppkommer dock frågan om domstolen ex officio har att uppmärksamma parterna på och beakta dessa regler. Inställningen i svensk internationell privaträtt är att, i avtalsrättsliga tvister, utländsk rätt endast tillämpas på initiativ från någon av parterna. I indispositiva mål däremot anses domstolen ex officio skola tillämpa utländsk rätt.[1033] Det har i doktrinen också hävdats att Romkonventionen lämnar fritt för varje konventionsstat att följa sina egna regler för den processuella behandlingen av utländsk rätt.[1034]

[1033] Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 124 och 131. Bogdan, SvJT 1997, s. 485 är tveksam till om HD verkligen intagit en så ”extrem ståndpunkt”.

[1034] Pålsson, Romkonventionen, s. 130 m.v.h. Se dock Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt, s. 194 ff. och Pålsson, Romkonventionen,

I svensk rätt anses tvistemål avseende 7 och 33 §§ konkurrenslagen (ogiltighet och skadestånd) i processuellt hänseende böra handläggas som dispositiva tvistemål.[1035] ANDERSSON har beträffande de EG-rättsliga konkurrensreglerna uttalat att reglerna om avtal skall ses som indispositiva element i processen medan de när de aktualiseras i tvister om utomobligatoriskt skadestånd i processuellt hänseende bör behandlas som dispositiva.[1036]

Det hör till sakens natur att de regler som är internationellt tvingande också är betrakta som indispositiva, dvs. internt tvingande. Därav följer enligt den ovan nämnda huvudregeln att domstolen vid tillämpning av artikel 7.1 ex officio bör tillerkänna de utländska reglerna verkan. Frågan är dock om denna huvudregel om parallellitet mellan indisposivitet och ex officio-behandling kan anses gälla även för tredje länders internationellt tvingande regler.

Det som talar för en sådan ex officio-behandling är att ett syfte med artikel 7.1 är internationell beslutsharmoni. Artikeln har tillkommit som en reaktion på det tilltagande antalet internationellt tvingande rättsregler och de negativa konsekvenser för den internationella beslutsharmonin som dessa för med sig när de vid tillämpning i laglandets egna domstolar ges företräde framför utländsk rätt. Det är emellertid ett argument som inte enbart gör sig gällande beträffande utländsk konkurrensrätt utan beträffande tillämpning av all utländsk rätt.

Mot ex officio-behandling talar att denna i normalfallet motiveras av en önskan att skydda svagare part. Denna skall i indispositiva mål där parterna i interna fall inte kan avtala bort svagpartsskyddet i en motsvarande internationell situation inte berövas det skydd som den utländska rätten tillhandahåller. I de internationellt konkurrensrättsliga fallen är situationen delvis en annan. De konkurrensrättsliga reglerna ses som indispositiva huvudsakligen därför att de har ett starkt statligt intresse att skydda. Bakom artikel 7.1 ligger förvisso ett stort mått av *comitas* stater emellan men det är tveksamt om denna internationella hövlighet också kräver att svenska domstolar ex officio tillämpar utländsk konkurrensrätt.

s. 132 med goda skäl för varför så kanske ändå inte är fallet beträffande Romkonventionen och andra på EG-rätten grundade lagvalsregler.

[1035] Carlsson m.fl., Konkurrenslagen, s. 211 och 515. Vacklande prop. 1998/99:35, s. 56 f.

[1036] Se Andersson, Dispositionsprincipen, s. 209 ff.

Slutligen torde det på grund av regelns fakultativa karaktär stå varje konventionsstat fritt att i denna fråga finna sin egen lösning.

10.8 Sammanfattning och slutsatser

Det brukar sägas att alla sätt är bra utom de dåliga. Så är det naturligtvis också med frågan om lagvalsregel för främmande konkurrensrätt. Det finns fyra olika sätt att komma fram till tillämpning eller beaktande av främmande konkurrensrätt – av dem är två om inte dåliga så mindre lyckade.

Det första sättet att finna tillämplig konkurrensrätt är att gå vägen över den på avtalet tillämpliga lagen – avtalsstatutet. Det tillvägagångssättet går också under namnet *skuldstatutteorin*. Att slå in på den vägen leder fel eftersom den inte leder fram till den konkurrensrätt som gör tillämpningsanspråk. Den gör det ibland men det förefaller då närmast vara av en lycklig slump. En enig doktrin anser också att det endast är sådana internationellt tvingande regler (dit räknas de konkurrensrättsliga reglerna) som har just tillämpningsanspråk, som bör tillämpas.

Till skillnad från vad som är fallet med de flesta ”vanliga” civilrättsregler är de internationellt tvingande reglerna utrustade med ett avgränsande element (avgränsningsregler) som avgör deras tillämplighet i rummet (tillämpningsanspråk). Att tillämpa regeln utan att också tillämpa dess avgränsningsmoment är inte att rekommendera. De internationellt tvingande reglerna skiljer sig från den vanliga civilrätten och lämpar sig inte för samma fria behandling som de senare. Savignys bilaterala metod är inte tänkt att användas på sådana regler som de konkurrensrättsliga.[1037]

Det andra sättet är om möjligt ännu sämre än det första och är egentligen också bara en variant av detta. Avtalsstatutet innehåller regler om avtals osedlighet och om prestationshinder. När lagvalsreglerna som utpekar på avtalet tillämplig lag inte lyckats med att också peka ut den konkurrenslag som har tillämpningsavsikt träder istället reglerna om avtals osedlighet in och ogiltigförklarar det som skall ogiltigförklaras enligt denna konkurrensrätt. Det som är förbjudet en-

[1037] Vilket Savigny själv också gjorde klart, även om han naturligtvis inte diskuterade konkurrensrättsliga regler. Se Savigny, System VIII, s. 33.

ligt konkurrensrätten blir osedligt enligt avtalsrätten. Bestämmelsen eller principen om avtals osedlighet är inte tänkt att fungera som lagvalsregel och fungerar därför inte heller särskilt bra som sådan.[1038]

Dylika s.k. *materiellrättsliga korrektur* är inte en bra lösning på internationellt privaträttsliga frågor av främst två skäl.[1039] För det första är det av pedagogiska grunder knappast lämpligt att gömma internationellt privaträttsliga regler mitt i civilrättens kärnbestämmelser. Där riskerar de att komma bort och inte finnas av de parter som behöver dem. Regler som kommer bort, eller ännu värre, plötsligt dyker upp, utgör också ett rättssäkerhetsproblem. De blir svåra att förutse för dem som verkar i det praktiska rättslivet. Därmed inte sagt att inte resultatet kan bli gott; det är bara vägen dit som är onödigt snårig och vindlande. Det finns bättre sätt.

Ytterligare ett försök att rädda skuldstatutets enhet har lanserats i form av den så kallade *nya enhetsläran*. För att komma tillrätta med de inkongruenssituationer mellan avtalsstatut och tillämpliga internationellt tvingande regler som uppstår bör de avtalsrättsliga lagvalsreglerna ses över så att de istället i större utsträckning leder till en situation med kongruens mellan avtalsstatut och tillämpliga internationellt tvingande regler. Problemet med ”den nya enhetsläran” är att den inte förmår ta hänsyn till att de internationellt tvingande reglerna är olika och att de också gör olika anspråk på tillämpning. De är en alldeles för heterogen skara för att man inom ramen för ett enda lands lag skall kunna hoppas på att finna alla internationellt tvingande regler med tillämpningsanspråk.

En variant är att ha en *särskild bilateral lagvalsregel* för frågorna om konkurrensrättslig ogiltighet och skadestånd. Avtalsrättsliga frågor skulle då avgöras enligt avtalsstatutet och konkurrensrättsliga frågor

[1038] För att citera Handelsgericht St. Gallen 20.6.1956, SJZ 1958, s. 218 (s. 219): ”Zwar darf ein gegen ausländisches Recht verstoßendes Geschäft nicht allgemein und ohne weiteres als sittenwidrig im sinne des schweizerischen Rechtes angesehen werden, weil dies auf eine Anwendung ausländischen Rechtes auf Rechtsverhältnisse hinauslaufen würde, die dem schweizerischen Recht unterstehen.”

[1039] Frågan om i vilken utsträckning innehållet i främmande rätt kan utgöra ett prestationshinder som också befriar part från hans avtalsförpliktelser betraktar jag som en rent civilrättslig fråga. Sådana regler måste också finnas även om den internationella privaträtten kommit fram till att den främmande lagen inte kan vinna tillämpning.

enligt konkurrensstatutet. Vissa gränsdragsningsproblem skulle naturligtvis kunna tänkas men går rimligen att lösa. Det vore emellertid att utsträcka Savignys bilaterala metod till ett område den egentligen inte är tänkt för. Det är i sig inget uppseendeväckande och har gjorts förut med den utomobligatoriska skadeståndsrätten.[1040] En nackdel med att använda den bilaterala metoden för en kategori regler som hör till de internationellt tvingande är att det skapar en illusion av att de är utbytbara och är som vilka andra privaträttsliga regler som helst. Så är nu inte fallet med konkurrensrättsliga regler. De är regler som i första hand syftar till att garantera statens intressen av en fungerande konkurrens på marknaden och först i andra hand syftar till att tillvarata enskildas intressen.

Vidare går de flesta bilateraliseringsförslag ut på att den egna konkurrensrättens avgränsningsregler skall omtolkas till bilaterala lagvalsregler. Det förutsätter att främmande staters regleringsintressen överensstämmer med de egna. Så är inte nödvändigtvis fallet. Inom konkurrensrätten skiljer sig avgränsningsreglerna åt mellan staterna. Därtill förutsätter alla bilateraliseringsförslag att hänsyn skall tas till den främmande konkurrensrättens egna tillämpningsanspråk – den främmande konkurrensrätt som inte gör anspråk på att bli tillämpad skall heller inte tillämpas. Steget är då inte långt till att istället från början utgå ifrån den främmande rättens tillämpningsanspråk.

Det sista sättet är det som lagstiftaren också fastnat för i artikel 7.1 Romkonventionen – *unilateral säranknytning* av främmande konkurrensrätt. Det är på sätt och vis den ärligaste metoden, som börjar med det viktigaste, nämligen den främmande rättens tillämpningsanspråk. Det är just den omständigheten att i den utfärdande statens domstolar tillämpas dessa regler oavsett vilket lands lag som i övrigt är tillämplig på avtalet som skapar ett problem. Det är ett problem eftersom lika fall kommer att bedömas olika om inte domstolar i andra länder också tillämpar dessa regler. Det bästa sättet att komma tillrätta med detta problem är att, inom de gränser som forumstaten själv drar, göra den främmande staten till viljes och tillämpa dess rätt efter dess tillämpningsanspråk.

[1040] Savigny ansåg att de skadeståndsrättsliga reglerna hörde till de s.k. ”Gesetze von streng positiver, zwingender Natur” på vilka hans metod inte var tillämplig. Se von Savigny, System VIII, s. 280

Avslutningsvis kan konstateras att det i stort sett går att åstadkomma samma sak oavsett vilket sätt man väljer. Efter att ha funderat på saken i flera år och bytt uppfattning åtminstone en gång har jag funnit att unilateral säranknytning nog är den bästa metoden. En särskild bilateral lagvalsregel var annars peridodvis en stark kandidat. Det svarar emellertid bättre mot konkurrensreglernas särskilda natur att utgå ifrån deras tillämpningsanspråk. Vidare är den unilaterala säranknytningen en mer flexibel metod vad gäller möjligheten att beakta andra slags regler än de konkurrensrättsliga. Fast det är ju en helt annan historia.

11 Utomobligatoriskt skadestånd

I de flesta länders rättsordningar finns en möjlighet att väcka talan om skadestånd avseende skada som vållats av en konkurrensbegränsning. Skadeståndsbestämmelsen i 33 § konkurrenslagen finner exempelvis sin motsvarighet i Section 4 amerikanska Clayton Act[1041] och i § 35 tyska GWB. Dessa bestämmelser skiljer inte nödvändigtvis på inom- och utomobligatoriskt skadestånd men jag har valt att göra det eftersom gränsdragningen enligt traditionell internationellt privaträttslig metod har varit av fundamental betydelse i lagvalsfrågan.

Rätten till kontraktuellt skadestånd har ansetts skola prövas enligt avtalsstatutet medan frågan om rätt till utomobligatoriskt skadestånd har besvarats av det s.k. deliktstatutet. Beroende på om ett skadeståndsanspråk kvalificeras som inom- eller utomobligatoriskt kan lagvalet utfalla helt olika. Det som sagts ovan i kapitel 10 har relevans för frågan om inomobligatoriskt skadestånd. Nedan följer en redogörelse som enbart tar sikte på det utomobligatoriska skadeståndet.

> Vad gäller konkurrensrättsligt skadestånd kan dock distinktionen mellan kontraktuellt och utomobligatoriskt skadestånd ifrågasättas. Vid kontraktuellt konkurrensrättsligt skadeståndsanspråk vill den kärande parten inte, som brukligt i avtalstvister, ha ersättning för att motparten inte uppfyllt sina avtalsförpliktelser. Ersättningskravet baseras istället på att motparten faktiskt uppfyllt avtalet och själva skadan har orsakats av avtalets konkurrensbegränsande verkningar. Det är samma ersättnings-

[1041] 15 U.S.C. § 15.

grund som om tredje man hade väckt talan om utomobligatoriskt skadestånd.[1042]

Det ovan sagda, som dock framförts i ett helt annat sammanhang än ett internationellt privaträttsligt, utgör ytterligare ett argument för att de traditionella lagvalsreglerna, som starkt fokuserar på kvalifikationsfrågan, kanske inte är särskilt lämpade att hantera konkurrenstvister.

11.1 Endast tillämpning av utländsk konkurrensrätt som tillhör deliktstatutet

11.1.1 Tillämplig lag för utomobligatoriskt skadestånd

I svensk internationell privaträtt finns ingen skriven lagvalsregel för frågan om tillämplig lag beträffande utomobligatoriskt skadestånd. Svaret får istället sökas i rättspraxis. Det ledande rättsfallet utgörs av *NJA 1969 s. 163 (Cronsioe)* i vilket den s.k. lex loci delicti-regeln slogs fast. Målet handlade om makarna Håkan och Anna-Greta Cronsioe, svenska medborgare med svenskt hemvist, som på en bilresa i Nederländerna råkade ut för en bilolycka vid vilken hustrun Anna-Greta Cronsioe skadades. Maken ansågs ha varit vållande och hustrun väckte talan mot hans försäkringsbolag. Enligt nederländsk rätt ansågs en skada, som en man genom vållande åsamkat sin hustru, endast ersättningsgill om vållandet var att bedöma som grovt. Anna-Greta Cronsioe yrkade därför på tillämpning av svensk rätt.

I målet slog Högsta domstolen emellertid fast att frågan om skadeståndsskyldighet i utomobligatoriska förhållanden bedöms ”av den materiella lagen i det land, där den skadegörande handlingen företagits”, dvs. här nederländsk rätt. Det jag avser att göra är att pröva om denna lagvalsregel i normalfallet leder till tillämpningen av konkurrensrätt med tillämpningsanspråk. I förra kapitlet kunde konstateras att konkurrensrätt med tillämpningsanspråk sällan står att finna i avtalsstatutet. Frågan är om överensstämmelsen måhända är högre beträffande deliktstatutet.

[1042] Se Andersson, Dispositionsprincipen, s. 132.

Prövningen försvåras av att det i konkurrensrättsliga fall ofta är fråga om s.k. distansdelikt, dvs. fall där skadegörande handling och uppkommen skada äger rum i olika länder. HD:s formulering i Cronsioe-målet synes tyda på att det i dessa fall är handlingsortens lag som är avgörande. Det avgörandet avsåg emellertid inget distansdelikt och det skulle bära för långt att ur detta enstaka uttalande dra slutsatsen att HD tagit ställning i frågan.[1043] I exempelvis tysk och schweizisk rätt gäller att domstolen har möjlighet att välja den för den skadelidande mest förmånliga lagen.[1044] Översatt till konkurrensrättsliga fall torde det innebära att den lag tillämpas, vars konkurrensregler är tillämpliga.

Inom den internationella skadeståndsrätten brukar man vid fall av distansdelikt skilja mellan handlingsort, skadeort och effektort. Handlingsorten är den ort på vilken skadegöraren befinner sig när han avlossar ett skott, skriver ett brev eller underlåter att företa en viss erforderlig kontroll av en flygplansmotor. Skadeorten är den ort där kulan träffar, brevet läses och en flygmotor slutar fungera på grund av ett fel som skulle ha upptäckts vid kontroll. Effektorten är den ort där döden på grund av skottskadorna inträffar, där läsaren av brevet på grund av dess innehåll företar ruinerande transaktioner och den ort där flyplanet senare störtar och utplånar en hel by.

I de rättsordningar där det är möjligt att välja mellan lagen i det land där den skadegörande handlingen företagits och lagen i det land där skadan uppkommit avses därmed att valfriheten avser handlingsortens och skadeortens lag – lex loci delicti comissi och lex loci injuriae. Effektortens lag är utesluten. Om en person köper otjänlig mat i en livsmedelsbutik i Hamburg (handlingsort), äter maten i Odense (skadeort) och intas med svåra magsmärtor på universitetssjukhuset i Lund (effektort) står valet mellan tillämpning av tysk och dansk skadeståndsrätt, men inte svensk.

Vi kan alltså, eftersom det inte finns något prejudikat beträffande denna fråga, endast spekulera över om svensk rätt tillåter samma valfrihet mellan handlings- och skadeortens lag som exempelvis tysk och schweizisk rätt. I svensk doktrin har en sådan valfrihet förespråkats av STRÖMHOLM och BOGDAN.[1045] I förslaget till EU-konvention om lag-

[1043] Bogdan, Svensk IP, s. 268.
[1044] Tysk rätt se: RG 20.11.1888, RGZ 23, 305; RG 15.5.1891, RGZ 27, 418. Schweizisk rätt se: BGE 76 II 111; BGE 87 II 115.
[1045] Strömholm, Torts, s. 140–143; Bogdan, FT 1978, s. 20.

val utanför avtalsförhållanden (Romkonventionen II) föreslås för distansdelikt skadeortens lag (art. 3.2). Där ges där ingen valfrihet eftersom det anses leda till bristande förutsebarhet.[1046]

11.1.2 Konvergens mellan deliktstatut och konkurrensrättens avgränsningsregler

Som ovan sagts är syftet här att pröva om lex loci delicti-regeln i normalfallet leder till tillämpningen av konkurrensrätt som enligt sina egna avgränsningsregler är tillämplig. En utgångspunkt för undersökningen är att avgränsningsregeln är densamma för de utomobligatoriska fallen som för de kontraktuella. Man torde inte kunna göra någon skillnad på konkurrenslagens tillämpningsområde beroende på om talan är kontraktuell eller utomobligatorisk. Avgränsningsregeln är för båda fallen konkurrensbegränsningens effekt på den svenska marknaden.

Om såväl handling som skada och effekt alla har anknytning till ett och samma land, vilket naturligtvis är fallet i den övervägande majoriteten skadeståndsmål, föreligger egentligen inget lagvalsproblem. Det är det landets lag som är tillämplig på skadeståndsfrågan och om något lands konkurrensrätt gör anspråk på tillämpning är det konkurrensreglerna i detta land. Det är de s.k. distansdelikten som överhuvudtaget är problematiska.

Beträffande distansdelikten kan snabbt konstateras att en tillämpning av handlingsortens lag inte skulle leda till tillämpning av konkurrensrätt med tillämpningsanspråk, eftersom den senare i de flesta rättsordningar anknyter till konkurrensbegränsningens skadegörande effekt. Det återstår att se om konkurrensrättslig effektort är detsamma som skadeort enligt traditionell internationellt privaträttslig terminologi. Det står i vart fall klart att den konkurrensbegränsande effekten vid distansdelikt inte gör sig gällande på handlingsorten.

Om istället skadeortens lag tillämpas blir konvergensen mellan deliktstatutet och tillämplig konkurrensrätt beroende av hur det konkurrensrättsliga avgränsningsmomentet ”effekt på marknaden” bedöms.

[1046] European Union, the Council, DG H III, 9755/98 (Note from the Presidency Regarding the Rome II Convention). Sedan ikraftträdandet av Amsterdamfördraget, som ger EG kompetens på det internationellt privaträttsliga området, lär det istället bli fråga om en förordning.

Här får man inte förledas av skillnaderna i terminologi. Med ”effekt” i skadeståndsrättslig terminologi skall inte förstås detsamma som ”effektort” i den traditionella tredelade terminologin.[1047] Med ”effekt” avses egentligen samma sak som ”skada”.

Ett exempel kan kanske tydliggöra begreppen. Ett antal sydafrikanska företag, som ingått en priskartell, levererar varor till företag i London. De engelska företagen säljer i sin tur i obearbetat skick varorna vidare till Tyskland. Konkurrensbegränsningen anses inte ha *omedelbar* effekt på den tyska marknaden och tysk konkurrensrätt är inte tillämplig.[1048] Enligt lex loci delicti-regelns indelning i handlingsort, skadeort och effektort är i detta exempel den tyska rätten effektortens lag och kan därför inte vara deliktstatut. Tillämplig lag kan endast vara sydafrikansk rätt (handlingsortens lag) eller brittisk rätt (skadeortens lag). Av dessa två torde endast den brittiska konkurrensrätten göra anspråk på tillämpning.

När vi nu konstaterat att den konkurrensrättsliga avgränsningsregeln (kompletterad med kravet på omedelbarhet) avser samma led i en skadekedja som den traditionella lagvalsregeln, nämligen den s.k. skadeorten, återstår att se om de två lokaliserar skadan på samma sätt. Vid abstrakta delikt såsom förtal, varumärkesintrång och illojal konkurrens är själva skadan inte konkret utan en rättslig fiktion. Vid fall av personskada eller skadegörelse på lösa saker eller fast egendom har skadan uppstått på ett ställe som låter sig faktiskt fastställas.[1049]

I den internationellt privaträttsliga litteraturen har förts en diskussion kring tänkbar skadeort för olika delikt. Särskilt i den tyskspråkiga litteraturen hävdas att skadeorten är den ort där ett skyddat ”Rechtsgut” skadas.[1050] Förslagen till lokalisering av skadan har också

[1047] Kegel, Internationales Privatrecht, s. 533 ff. undviker risken för missförstånd genom att istället använda sig av termerna ”Handlungsort”, ”Erfolgsort” och ”Schadensort” (varav den sista är internationellt privaträttsligt irrelevant).

[1048] Det ofta citerade exemplet efter Würdinger, WuW, 1960, s. 315; se om omedelbarhetsrekvisitet i konkurrensrättens avgränsningsregler GWB-Kommentar-Rehbinder, § 98 Abs. 2, Rdnr. 73 ff. (s. 2237). I amerikansk konkurrensrätt gäller enligt §§ 403 och 415 Third Restatement Foreign Relations att konkurrensbegränsningen skall ha ”substantial, direkt, and foreseeable effect” på amerikanskt territorium.

[1049] Se Strömholm, Torts, s. 134 f.

[1050] Se Kegel, Internationales Privatrecht, s. 540.

varierat allteftersom skyddsobjektet varierat. För de konkurrensrättsliga delikten anser litteraturen samstämmigt att för dessa den berörda marknaden är det huvudsakliga skyddsobjektet, varför också skadeorten bör förläggas till den marknad där konkurrensen störs och inte där den skadelidande har sitt hemvist eller säte.[1051] I såväl den schweiziska internationella privaträttens artikel 137 IPRG (se ovan kap. 6.5.2) som artikel 6 i förslaget till EU-konvention om lagval utanför kontraktsförhållanden anges också lagen där konkurrensbegränsningen har effekt på marknaden som tillämplig för detta slags delikt.[1052]

Överensstämmelsen mellan deliktstatutet och konkurrensrätt med tillämpningsanspråk torde sålunda vara i det närmaste total för det fall anknytningsmomentet respektive avgränsningsregeln båda är ”effekt på marknaden”. Detta kan naturligtvis variera något om innebörden av uttrycket tillåts variera något från land till land. Det får emellertid antas att effektprincipen inom den internationella konkurrensrätten ges en någorlunda enhetlig tolkning oavsett land. Ingenstans är mängden fall tillräckligt stor för att en avvikande praxis skulle få något riktigt tillfälle att utvecklas.[1053]

Det blir emellertid annorlunda om avgränsningsregeln baseras på den s.k. implementeringsdoktrinen – såsom är fallet med EG-rätten och ny brittisk konkurrensrätt.[1054] Det har i doktrinen i ofta häcklande ordalag hävdats att det egentligen inte föreligger någon skillnad mellan implementeringsdoktrinen och effektprincipen. Implementeringsdoktrinen skulle ha uppfunnits för att med ett annat namn åstadkomma samma sak som med den, åtminstone tidigare, politiskt känsliga ef-

[1051] Se Schwartz, Deutsches internationales Kartellrecht, s. 231; Bär, Kartellrecht und IPR, s. 33.

[1052] Reglerna bör inte läsas motsatsvis så att om de ej funnits den allmänna regeln inte skulle ha lett till samma resultat. I vart fall i den schweiziska rätten tjänar specialregleringen till att frånta den skadelidande möjligheten att välja handlingsortens lag samt till att ange en maxgräns för ersättning. I EU-förslaget får bestämmelsen ses som en precisering.

[1053] I de två beträffande denna fråga ledande rättsordningarna, USA och Tyskland, överskrider det sammanlagda antalet högstainstansdomar inte ett dussin.

[1054] Se mål 89, 104, 114, 116, 117 & 125–129/85 *Åhlström and Others v. Commission (Woodpulp)* [1988] ECR 5193 punkt 16. I brittisk rätt (som träder i kraft mars 2000) anses implementeringsdoktrinen följa av Sect. 2 och 60 Competition Act. Se om denna aspekt av The Competition Act 1998 exempelvis Office of Fair Trading, The Chapter 1 Prohibition, s. 6.

fektprincipen.[1055] I de allra flesta fall leder de två avgränsningsreglerna till samma resultat men det går att tänka sig fall där det spelar roll vilken av de båda som tillämpas. Skillnaden illustreras nog tydligast med några exempel:[1056]

Exempel 1

A, B och C är schweiziska urtillverkare. De exporterar huvudsakligen armbandsur direkt till grossister och butiker i Sverige (50 %), Tyskland (30 %) och Norge (20 %). Tillsammans har de tre urtillverkarna 20 procent av den svenska marknaden för armbandsur. De har ingått en priskartell och tillämpar en gemensam prispolitik gentemot sina kunder.

Implementeringsdoktrinen: Urtillverkarna säljer direkt till den svenska marknaden. Avtalet har följaktligen implementerats i Sverige och svensk konkurrensrätt är tillämplig.

Effektprincipen: För att svensk konkurrensrätt skall kunna tillämpas krävs att effektprincipens två rekvisit på dels direkt inriktning (omedelbarhet), dels påtaglighet är uppfyllda.[1057] Eftersom kartellen avser varor som direkt tillhandahålls på den svenska marknaden är den direkt riktad mot den svenska marknaden. Omedelbarhetsrekvisitet är uppfyllt. Vidare har tillverkarna 20 procent av den svenska marknaden, vilket är tillräckligt för att effekten skall anses påtaglig.[1058] Även enligt effektprincipen är svensk konkurrensrätt tillämplig.

Exempel 2

Omständigheterna är desamma som i föregående exempel med en viktig skillnad. De tre schweiziska urtillverkarna säljer sina produkter till ett självständigt schweiziskt exportföretag i kantonen Uri, som sedan säljer klockorna vidare till butiker i Sverige (50 %), Tyskland (30 %) och Norge (20 %). De tre urtillverkarna har fortfarande 20 procent av marknaden i Sverige. För att urtillverkarna skall kunna anpassa sitt utbud efter efterfrågan och rådande mode, informeras de av exportföretaget om dess försäljning. Urtillverkarnas priskartell avser i detta exempel vilka priser som skall tillämpas gentemot exportföretaget.

[1055] Enligt Schwartz/Basedow, Restrictions on Competition, s. 48 är implementeringsdoktrinen endast fråga om ”legal hypocrisy”.

[1056] Exemplen hämtas, endast lätt modifierade, från Fredrik Löwhagens examensarbete ”Extraterritoriell tillämpning av konkurrensrätt: effektprincipen och implementeringsdoktrinen i svensk respektive europeisk rätt”, som jag hade förmånen att få handleda. Uppsatsen vann första pris i Konkurrensverkets uppsatstävling 1999.

[1057] Carlsson m.fl., Konkurrenslagskommentaren, s. 460.

[1058] Enligt KKVFS 1993:2 anses en gemensam marknadsandel på 10 procent påtaglig.

Implementeringsdoktrinen: Avgörande är om tillverkarna säljer direkt till den svenska marknaden. Eftersom så inte är fallet kan de inte sägas ha implementerat avtalet inom Sverige. Svensk konkurrensrätt är följaktligen inte tillämplig.

Effektprincipen: Effekten på den svenska marknaden är en av de primära konsekvenserna eftersom den svenska marknaden är den näst största exportmarknaden. De måste anses ha avsett att påverka den svenska marknaden eftersom de informerats av exportföretaget om att en betydande del av försäljningen gick till denna marknad. Förfarandet får anses vara inriktat på den svenska marknaden och svensk konkurrensrätt är därför tillämplig.

Exempel 3

Det är fråga om samma företag som i de två ovanstående exemplen med samma försäljning och kartell. I detta exempel ägs dock exportföretaget till 51 procent av A. En medarbetare på exportföretaget har ”läckt” till svenska Konkurrensverket och skickat kopior på faxmeddelanden av vilka det tydligt framgår att A:s VD ger noggranna och bindande instruktioner för exportföretaget.

Implementeringsdoktrinen: Enligt den s.k. ekonomiska enhetens princip skall A och exportföretaget behandlas som ett enda företag.[1059] Eftersom A genom sitt exportföretag anses ha implementerat avtalet i Sverige kan svensk konkurrensrätt tillämpas på A.

Effektprincipen: Ingenting ändras egentligen från exempel 2 av att A äger exportföretaget. Det är dock inte nödvändigt att med avseende på A visa att kartellen hade en direkt påverkan på den svenska importen av armbandsur eftersom A själv bedriver export.

Som framgår av exemplen ovan leder implementeringsdoktrinen och effektprincipen inte alltid till samma resultat.[1060] Om effektprincipen används för att fastställa deliktstatut måste rimligtvis precis som i de kontraktuella fallen (se ovan 10.2.3.3) tas hänsyn till om den främmande konkurrensrätten gör anspråk på tillämpning. I sådana fall kan divergens undvikas eftersom implementeringsdoktrinen leder till att konkurrensrätten får ett snävare geografiskt tillämpningsområde än effektprincipen.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det i princip råder konvergens mellan deliktstatutet och den tillämpliga konkurrensrätten. Redan

[1059] Se om denna princip Carlsson m.fl., Konkurrenslagskommentaren, s. 463 ff.

[1060] För fler exempel se Löwhagen, Extraterritoriell tillämpning av konkurrensrätt, s. 42 ff.

den allmänna lagvalsregeln för utomobligatoriskt skadestånd leder i regel till tillämpning av den konkurrensrätt som också gör anspråk på sådan tillämpning. När denna allmänna lagvalsregel sedan kompletteras med en särskild bilateral lagvalsregel för konkurrensdelikt och hänsyn tas till den främmande konkurrensrättens avgränsningsregler blir harmonin nästan total.

11.2 Unilateral säranknytning av främmande konkurrensrätt

Det vore naturligtvis möjligt att istället säranknyta även konkurrensrättsliga delikt. Lämpligast finge det i sådana fall ske genom en analog tillämpning av artikel 7.1 Romkonventionen (se ovan kap. 10.7.3). Därigenom skulle den fördelen erhållas att det fanns en enda lagvalsregel för alla konkurrensrättsliga regler.[1061]

Kritikerna mot en bilateral lagvalsregel för konkurrensdelikt har svårt att finna några praktiska argument mot en bilateralisering. De får istället skjuta in sig på det teoretiskt olämpliga. Argumenten är också desamma som dem som framförs beträffande en bilateralisering av lagvalsregel för konkurrensrätt i allmänhet (se ovan 10.6), dvs. att internationellt tvingande regler inte bör tillämpas enligt bilaterala lagvalsregler. De tillhör en särskilt kategori regler som syftar till att främst tillvarata den utfärdande statens intressen. Att använda sig av en bilateral metod vore att dölja dessa regler sanna natur.[1062]

Som alla puristerriskerar förfäktarna av den unilaterala metoden i detta fall att dra något av ett löjets skimmer över sig. Det blir metod för metodens skull, inte för resultatets.

[1061] Av den åsikten Schwartz/Basedow, Restrictions on competition, s. 118.
[1062] A.st.

Summary

International Competition Law
The Application of Foreign Competition Law in Swedish Courts

Part I General Issues

Chapter 1 Introduction

This study concerns the application of foreign competition law in national courts, specifically in Swedish courts. The idea of applying foreign competition law is indeed a strange duck within Swedish law. Not only is it hitherto unheard of, but the application of *national* Swedish competition law is in itself quite unusual. The number of cases involving private enforcement of national competition law before the Swedish courts during the 1990's is less than a dozen.

Until now, competition law has been perceived by both the business community and practitioners as a branch of administrative law. A party damaged by a competitor's violation of competition law files a complaint with either the Swedish Competition Agency or the European Commission. Due to the heavy workload of these authorities, private enforcement of competition law ought to be encouraged as an alternative to public enforcement. The American experience demonstrates that this is a realistic goal. In the United States, the number of cases involving private enforcement outnumbers those involving public enforcement by a factor of ten to one.

In a highly internationalized legal community, Swedish parties will find themselves more often in competition law disputes with foreign parties. In litigation involving parties from different countries, private international law questions regarding jurisdiction, applicable law, and enforcement of foreign judgements must be addressed. This study concerns the issues arising in the determination of applicable law in international litigation involving the private enforcement of competition law.

The private international law problems that arise are mainly two. First, competition law can be characterized as public law, and the application of foreign competition law could then be deemed to violate the maxim that foreign public law is not to be applied by the Swedish courts. Second, it is highly doubtful that "traditional" bilateral choice of law rules are adequate to cope with internationally mandatory rules such as competition law rules.

This study is primarily aimed at evaluating the different choice of law methods and their treatment of foreign internationally mandatory rules. Attempting to solve the question of applicable competition law is simply a secondary purpose. This has greatly influenced the outline of the book. Chapters 3 and 4 however are concerned with issues more specifically linked to the application of foreign competition law. In other words, even though the theoretical issues are allowed to dominate the picture, the practical questions are not entirely forgotten.

Chapter 2 Theory and Method of Private International Law

This chapter lays the theoretical groundwork for evaluating the different choice of law methods discussed throughout the book. This is more in the spirit of a service to the reader. The assumption here is that a few of the readers in the audience perhaps are not academics specializing in private international law, cognizant of the background and specific details of Savigny's bilateral method, the unilateral counter-reaction, and finally the French theory of *lois d'application immédiate* and the German concept of *Sonderanknüpfungslehre*.

In this chapter, the author argues that the bilateral method, presented by CARL FRIEDRICH VON SAVIGNY in his great work *System des heutigen Römischen Rechts* in 1849, was not originally intended to include

categories of laws such as competition laws. Savigny himself excluded what he called *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*, presently known as "internationally mandatory rules," from his method. These rules were considered not suitable for the *freundliche Zulassung* of foreign law leading to bilateral choice of law rules. However, Savigny's method, the foundation upon which European private international law still rests, has since been expanded to cover areas Savigny believed ought to be excluded. Torts is one such area. The method perhaps should also be applied to internationally mandatory rules in general and competition law rules specifically. This possibility will be explored throughout this work.

As Savigny's method victoriously spread from one country to the next, an academic minority opposing the bilateral choice of law rules grew. Those academics developed various systems of unilateral choice of law rules. With one important exception, those systems did not gain much influence. The field of public law, as it is generally held, is governed by unilateral choice of law rules.

Meanwhile, "internationally mandatory rules," continued to mock practitioners and scholars alike. They did not fit into the system of bilateral choice of law rules and did not, at that time, even have a generally accepted name. The French scholar, PHOKION FRANCESCAKIS, came to the rescue in 1958 with his theory of *lois d'application immédiate*. The rules falling outside of the bilateral system were given a name that could tentatively be agreed on (outside the French speaking world, they are now known as "internationally mandatory rules") and a theory of how they could be identified was presented.

German scholars, most notably WILHELM WENGLER and KONRAD ZWEIGERT, in the early 1940's developed a theory allowing for the application of *foreign* internationally mandatory rules, *Sonderanknüpfung* or "the theory of the special point of contact" of internationally mandatory rules parallel to Francescakis. Both German scholars argue that a foreign internationally mandatory rule should be applied regardless of the law constituting *lex causae* if (1) the question falls within the field of application of an internationally mandatory rule, (2) there is a sufficiently close connection between the dispute and the issuing state, and (3) the internationally mandatory rule does not violate the public policy of the *lex fori*.

This theory of *Sonderanknüpfung* found its way to Dutch legal writing and from there onto the Dutch *Hoge Raad* in the *Alnati*-case from

1966. The next stops on the road for the theory became the proposed Benelux convention on uniform private international law from 1969 and the Hague convention on the applicable law of agency and apparent authority from 1978. From there, it finally found its way to article 7(1) of the EC convention on the law applicable to contractual obligations from 1980.

Part II Obstacles to the Application of Foreign Competition Law

Chapter 3 Competition Law as Public Law

Legal authority is quite in agreement that foreign public law cannot be treated in the same manner as foreign private law in a choice of law situation. Some jurists maintain that foreign public law cannot be applied at all. The problem lies in drawing a line of demarcation between public and private law. Competition law is a good example of an area of the law existing on the boundary as it contains elements of both public and private law.

It has been argued that the reasoning behind the assertion that foreign public law cannot be applied does not stand up to a close scrutiny. However, although there is danger in making sharp distinctions and attaching great importance to them, the dichotomy between public and private law has not entirely played out its role. Legal concepts and distinctions create a map of the reality they try to depict and are an aid in working with the law.

There are several theories as to how public and private law can be distinguished from each other. Each of these theories can be challenged on one basis or another. A comparison can be made with Swedish constitutional law, where the power of the government to regulate without the support of the parliament is greater in the field of public law. The Swedish constitution draws the line based on the subject theory, according to which the determinative factor is the identity of the parties. If a rule presupposes that at least one of the parties in the legal relationship is vested with public authority, the rule is of a public law nature.

Of greater significance is the fact that the European Court of Justice appears to have taken the same standpoint in interpreting the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters from 1968. It is maintained that the concepts "public" and "civil" law should be given a consistent definition within all private international law subject to EC legislation. With respect to contractual litigation involving foreign competition law, the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations from 1980 determines the choice of law, "public" law should then be law involving the actions of a public authority. Work is also underway to prepare an EC regulation as to choice of law for non-contractual obligations, where the concepts of public and private law should be similar to those existing within the above-mentioned conventions .

This should result in the fact that within international competition law and disputes involving the nullity of a contract and/or contractual or non-contractual damages, the relevant rules of competition law are to be viewed as having a private law nature. Thus, the conclusion that foreign public law cannot be applied, is not only mistaken, but even if upheld, it does not prevent the application of foreign competition law in private litigation.

Chapter 4 The Influence of EC Law

The potential influence EC law could have, with respect to the question of the application of foreign competition law, is of possibly limiting the freedom of choice for Member States. Where EC competition law is applicable, it could be argued that it would prejudice the full and uniform application of Community law if foreign competition law were applied. In such cases, the principle that Community law takes precedence must be applied.

The argument is posited that a different situation arises where the foreign competition law to be applied stems not from another Member State but from a non-member third country. Where EC competition law is applicable, the freedom for a Member State to apply its own or another Member State's law is very limited where that law diverges from EC competition law. However, where the competition law to be applied originates in a third country, its application does not

in the same way prejudice the full and uniform application of Community law as the two regulations have different objects of protection.

Part III Comparative Survey

Chapter 5 Germany

Four aspects of German law are studied in this chapter: (1) the attitude towards the application of foreign public law; (2) German substantive law treatment of elements of foreign law; (3) the practical use of the theory of *Sonderanknüpfung*; and (4) the attitude in German private international law towards foreign competition law.

The attitude in German law towards foreign public law is basically one of rejection. Public law rules are not covered by the choice of law rules within private international law. Instead, they are subject to the rules of international public law, *öffentliches Kollisionsrecht* (not to be confused with public international law, *Völkerrecht*), according to which the rules do not have effect outside the territory of the legislator. However, if a public law rule serves mainly private interests, it may be given effect by a German court.

In spite of this rejection of foreign public law, it may nevertheless be given effect in two other ways. The first is via German civil law rules with respect to legal acts *contra bonos mores*. If, where German law is *lex causae*, a legal act in violation of a foreign law can also be considered to be in violation of an interest of the German state or of an interest common to all peoples, the act may be deemed void. Furthermore, a foreign law making the performance of a contract impossible is a defense under German civil law.

The German legislator and the German Federal Court have thus far rejected the theory of *Sonderanknüpfung*. Germany made a reservation against Article 7(1) of the Rome convention on the law applicable to contractual obligations from 1980. The legislative history (*travaux préparatoires)* of the Convention clearly shows that it was the will of the legislator to reject the theory of *Sonderanknüpfung*. In spite of this clarity, German legal scholars debate whether the theory is applicable.

Finally, with respect to the attitude of German law towards foreign competition law, little exists upon which to base an evaluation. In one

known case, a German lower court in dictum stated its willingness to apply foreign competition law. In another case, a different trial court, also in dictum, appears to have presumed that foreign competition law could not be applied. However, within German jurisprudence, several authors have suggested that Article 98(2) of the *German Law against Anti-competitive Activities* (GWB), covering the field of application of German competition law, could be expanded to a bilateral choice of law rule.

Chapter 6 Switzerland

The same issues are discussed with respect to Swiss law as with respect to German law. Swiss private international law, before its codification in 1989, adopted the same attitude towards foreign public law as German law. However, since the enactment of the new *Private International Law Statute* (IPRG), Article 13, a foreign provision is declared not to be inapplicable for the sole reason that it is characterized as public law. However, public law rules that exclusively serve the interests of the legislating state are not to be applied. Consequently, the situation in Switzerland may not differ greatly after the enactment of the *IPRG* from before.

In Swiss, as well as in German, civil law, a violation of foreign law can be considered contrary to *bonos mores*. The Swiss Federal Court has made it clear that the nullification of a contract in violation of foreign law must also serve a Swiss interest. Furthermore, the Court appears to have laid the threshold very high, only contracts violating foreign anti-drug and slavery laws have been deemed sufficiently immoral. A foreign law making the performance of a contract impossible is a possible defense also under Swiss civil law.

The *Sonderanknüpfungslehre* has found its way into Article 19 of the *IPRG*. The rule is similar to Article 7(1) of the Rome convention but with a minor difference. In order to gain parliamentary acceptance, an amendment to the Article stating that the foreign law must also be in accordance with Swiss interests, was made.

Finally, Swiss private international law has a specific provision concerning applicable law in cases of non-contractual claims of damages for restraint of competition. The rule, a bilateral choice of law rule, clearly states that such claims are governed by the law of the

country of the market in which the restraint directly affects the damaged party.

Chapter 7 The United States

The same issues are discussed with respect to American law as with German and Swiss law. One special obstacle exists for a study of American law, the fact that, apart from a few specific areas, private international law in the United States is regulated by state law, not federal law. This means that there are fifty different state systems to investigate. A brief survey of the main choice of law methods is made here. As a complete analysis of the law of each of the fifty states would be practically impossible in such a work, I have instead focused on common positions and trends.

The division of the law into "public" and "private" law does not play the same role in the United States as it does in Europe. Consequently, there is no legal authority as to non-application of foreign public law. However, there is a corresponding doctrine according to which foreign penal and revenue laws are not to be applied. The concept of penal and revenue laws is narrower than the concept of public law, and competition law rules about nullity of contracts and damages do not appear to fall into the former category.

American law, under the guise of public policy, does have a concept corresponding to the continental European *contra bonos mores*. Precedent exists stating that, where the law of a state is *lex contractus*, a contract in violation of a foreign law can be viewed as contrary to public policy. Such a contract is unenforceable. Furthermore, a foreign law making the performance of a contract impossible is a possible defense in accordance with American law.

The concept of *Sonderanknüpfung* is foreign to American legal theory. However, a similar theory was developed by BRAINERD CURRIE in the early 1960's – governmental interest analysis. The main difference between the two is that where the governmental interest analysis adopts a consistent unilateral approach, *Sonderanknüpfung* only does so with respect to internationally mandatory rules. The Second Restatement of Conflict of Laws adopts a more traditional standpoint with respect to bilateral choice of law rules. This, however, is interspersed with significant possibilities for making exceptions and taking various

factors into consideration. The flexible attitude of the Second Restatement makes a *Sonderanknüpfung*-like application of foreign competition law quite possible.

In the United States, as with the other countries studied, there is, however, no evidence of a court ever applying foreign competition law.

Chapter 8 Sweden

Swedish law has been treated somewhat differently in this survey. The same issues are raised as with the other countries studied. The difference is that Swedish law is treated only until the enactment of the Rome Convention. The Rome Convention is itself discussed in Chapter Ten.

Swedish law takes approximately the same position vis-à-vis foreign public law as German law, and Swiss law prior to the enactment of the *IPRG*. Foreign public law is excluded from application if it serves the public interests of the legislating state. If the foreign public law, however, serves mainly a private interest, it can be applied if it forms part of the *lex causae*.

Swedish law, as well as the other surveyed laws, contains a rule that nullifies contracts *contra bonos mores*. In contrast to German and Swiss law, but similar to American law, this rule has not been codified. There is, however no case law clarifying whether this legal principle can be used with respect to a violation of *foreign* law. Legal authorities have postulated this possibility. Furthermore, a foreign law making the performance of a contract impossible is a possible defense also under Swedish law.

The idea of *Sonderanknüpfung* has received scant commentary in Swedish jurisprudence. Until the enactment of the Rome convention, it was a term familiar only to a very small academic clique in Sweden.

There is, in Sweden as well as in the other surveyed legal systems, no case in which a court has applied foreign competition law. My conclusion, however, based on the analyzed materials, is that a Swedish court could be willing to apply foreign competition law in private litigation.

Chapter 9 Summary and mid-point analysis

This chapter summarizes the materials and surveys presented in Chapters Five through Nine, analyzing the similarities and differences with respect to the different systems. The main conclusion that can be drawn is that despite the formal differences, the practical differences between the four legal orders are not so great.

Part IV Applicable Law

Chapter 10 Choice of Law in Contract

The first issue addressed in this chapter is whether competition law rules regarding nullity and contractual damages should be applied when they stem from the *lex contractus*. My conclusion is that they will be applied when they are deemed to be of a private law nature. They also can be applied with the application of a particular unilateral choice of law if they originate in a third country. If they are deemed rules of public law, my conclusion is that the law applicable to the contract is irrelevant. Competition law rules can, in those particular cases, only become applicable through a particular unilateral choice of law rule such as in Article 7(1) of the Rome convention.

The next topic is whether contractual bilateral choice of law rules generally result in the application of the law from which the applicable competition law rules originate. When the parties contract with respect to applicable law, the answer naturally is that it would be very easy for the parties to evade an otherwise applicable competition law. Even where the parties do not exercise their freedom of choice, the objective choice of law rules only randomly result in *lex contractus* as the law that also contains applicable competition law rules.

The possibility of using the civil law principle, *contra bonos mores,* is briefly discussed next. In this context, *contra bonos mores* could be used to fill the function of a choice of law rule. Particularly with respect to those countries, such as Germany, that have made a reservation against Article 7(1) of the Rome convention, this would be the only way of giving some effect to applicable competition law outside the *lex contractus*. It is, however, a method similar to that of trying to take

your car keys out of your right pant's pocket with your left hand. It can be done, but there are better ways.

In an attempt to rescue the idea that all applicable rules in a choice of law should be derived simply from the law of one country, STEPHAN HABERMEIER has launched the theory *die neue Einheitslehre*, "the new theory of unitary connection." By abandoning the autonomy of the parties and redrafting choice of law rules, he claims a greater congruence between *lex contractus* and applicable internationally mandatory rules. According to this author's views, Habermeier's theory will never succeed in reaching the claimed congruence. Internationally mandatory rules are too heterogeneous a group, and differ too greatly within their fields of application for the hope of gathering them into one law to be feasible.

The idea that foreign competition laws should be given effect has led to the proposal of a special bilateral choice of law rule – *dépeçage*. It is argued that this is a better solution than attempting to place all competition law rules within the concept of *lex causae*. However, that which makes internationally mandatory rules so special is the fact that they, in their country of origin, will be applied irrespective of what the choice of law rules mandate. If the aim in applying the competition law rules is to cater to a foreign governmental interest, it is impossible to mirror their field of application in a bilateral choice of law rule. The starting point has to be their own field of application – a unilateral choice of law rule.

Finally, Article 7(1) of the Rome convention is discussed and analyzed. It is a unilateral choice of law rule for internationally mandatory rules and can as such be used to determine the applicable competition law. The rule has been subject to much criticism, mainly because of its alleged vagueness. It has been argued that at least when it comes to competition law, it gains somewhat in clarity. The ambiguity appears to stem from the fact that the unilateral method takes the field of application of foreign rules as its point of departure. It is, of course, an impossible task to master the fields of application of all potentially applicable internationally mandatory rules existing throughout the world. However, since the applicability of competition law rules is relatively well-known, Article 7(1) escapes this criticism when it comes to competition law.

After this comparison between the various methods examined, the author has decided in favor of the unilateral method. It is the method

having the greatest chance of achieving consistent decisions regardless of the forum country. Harmony within these decisions is one of the most important goals of private international law and outweighs all other possible inconveniences that might accompany a unilateral choice of law rule in the field of competition law.

Chapter 11 Choice of Law in Tort

This chapter discusses whether the bilateral choice of law rule for torts, in Sweden the *lex loci delicti*-rule, leads to the same incongruity between applicable law, *lex causae*, and applicable competition law as is the case with contractual choice of law. The incongruity appears smaller in torts than in contracts. This is due to the fact that both international tort law and competition law focus on the effect of the restraint of competition. However, congruence will not be achieved with respect to competition law in those legal systems using the doctrine of implementation to determine the geographical applicability of their competition law, such as EC law and British law. The effects principle, it is argued, differs slightly in its results from the doctrine of implementation.

However, the effects principle gives a wider result than the doctrine of implementation. A restraint of competition implemented on a market always has an effect on that market. The opposite is not always the case. This results in the fact that the traditional bilateral choice of rule manages to identify applicable competition law rules. No problem with respect to dissimilar decisions dependent upon the forum arises. Therefore, the question concerning unilateral or bilateral methods is, in the case of competition law with respect to torts, for all practical purposes quite uninteresting.

Käll- och litteraturförteckning

I. Litteratur

A. Offentligt tryck

1. Sverige

a. Propositioner

Prop. 1964:149 Förslag till lag om tillämplig lag beträffande köp av lösa saker m.m.
Prop. 1973:90 Förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
Prop. 1980/81:84 Förslag till lag om införande av utsökningsbalken m.m.
Prop. 1984/85:124 Internationella faderskapsfrågor m.m.
Prop. 1988/89:76 Ny köplag
Prop. 1992/93:56 Förslag till ny konkurrenslag
Prop. 1997/98:14 Romkonventionen – tillämplig lag för avtalsförpliktelser
Prop. 1997/98:130 Ändringar i konkurrenslagen (1993:20) m.m.
Prop. 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande

b. SOU

SOU 1987:18 Internationella familjerättsfrågor
SOU 1994:81 Ny lag om skiljeförfarande
SOU 1997:20 Konkurrenslagen 1993–1996

c. NJA II

1915 nr. 5:1 Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

d. Övrigt

KKVFS 1993:2 Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen

Konkurrensverkets årsredovisning 1997

2. EG

Fourth Report on Competition Policy 1974, Brussels/Luxembourg 1975.

Commission Recommendation 85/111/EEC of 15 January 1985 concerning the Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations, OJ 1985, nr. L 44, s. 42.

Commission notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, OJ 1993, nr. C 39, s. 6.

The Impact of Community Law on the Domestic Legal Systems of the Member States: Competition Law, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1998.

XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken 1998, Bryssel/Luxemburg 1999.

Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, EGT 1999, nr. C 132, s. 1.

3. Tyskland

Bundestags-Drucksachen 10/504

Bundestags-Drucksachen 10/5632

4 Schweiz

Kartellgesetz 13.5.1981, Bundesblatt 1981 II 1293–1377.

5. FN

Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 17.11.1970, 823 UNTS 231, 10 ILM 289.

B. Övrig litteratur

Achterberg, N., Allgemeines Verwaltungsrecht, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1982.

Adlercreutz, A./Flodgren, B., Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse, Institutionen för handelsrätt Lunds universitet, Lund 1992.

Anderegg, K., Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1989.
Andersson, T., Rättsskyddsprincipen. EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv, Iustus, Uppsala 1997 (cit. Andersson, Rättsskyddsprincipen).
— Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler. En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten, Iustus förlag, Uppsala 1999 (cit. Andersson, Dispositionsprincipen).
Anners, E., Den europeiska rättens historia 2. Några huvudlinjer, AWE/Gebers, Stockholm 1980.
Arminjon, P., La notion des droits acquis en droit international privé, Rec. des Cours, Vol. 44 (1933 II), s. 5–110.
Arnt Nielsen, P., International privat- og procesret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1997.
Atwood, J.R., Blocking Statutes and Sovereign Compulsion in American Antitrust Litigation, Revue suisse de droit international de la concurrence, Nr. 27, 1986, s. 5–20.
Atwood, J.R./Brewster, K., Antitrust and American Business Abroad, Vol. 1, 2nd. ed., Mc Graw-Hill Book Company, Colorado Springs 1981.
Baade, H.W., Operation of Foreign Public Law, I. Chapter 12, Operation of Foreign Public Law. I: Lipstein, K. (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Private International Law, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1991.
Bagge, A., Den amerikanska guldklausullagstiftningens internationella verkningar i fråga om obligationslån utfärdade av icke-amerikansk gäldenär i dollarvaluta, TfR 1937, s. 158–210.
Basedow, J., Wirtschaftskollisionsrecht. Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates, RabelsZ 1988, s. 8–40.
— Conflicts of Economic Regulation, Am. J. Int. L., Vol. 42, 1994, s. 423–447.
von Bar, L., Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Erster Band, Hahn'sche Buchhandlung, Hannover 1889.
Beale, J.H., A Treatise on the Conflict of Laws. Vol. I–III. Baker, Voorhis & Co, New York 1935.
Becker, C., Theorie und Praxis der Sonderanknüpfung im internationalen Privatrecht, Tübingen 1991.
Behn, M., Die Entstehungsgeschichte der einseitigen Kollisionsnormen des EGBGB unter besonderer Berücksichtigung der Haltung des badischen Redaktors Albert Gebhard und ihre Behandlung durch die Rechtssprechung in rechtsvergleichender Sicht, Haag & Herchen, Frankfurt am Main 1980.
Bellamy, C./Child, G., Common Market Law of Competition, 4th ed., Sweet & Maxwell, London 1993.
Berlin, D., L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises, RTDE 1991, s. 211–238.

Bermann, G.A., Public Law in the Conflict of Laws, Am.J.Comp.L., Vol. 34, (Supplement) 1986, s. 157–192.
Bernitz, U., Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer, Jurist- och samhällsvetareförbundets förlag, Stockholm 1969 (cit. Bernitz, Marknadsrätt).
— Reflexioner om rättsvetenskapens funktion och aktuella forskningsuppgifter. I: Statens råd för samhällsforskning, Mål och metoder för forskning inom civilrätten. Symposium i Stockholm 16–17 november 1973, s. 42–54 (cit. Bernitz, Reflexioner).
— Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv. I: Håstad, T./Knutsson, A./Unger, S. (red.), Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Iustus förlag, Uppsala 1999, s. 43–66 (cit. Bernitz, MS Almén).
de Boer, Th.M., Een dreigend faillissement: het tekort van het international privaatrecht, WPNR 1976, s. 285–291.
— Beyond Lex Loci Delicti. Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law, Kluwer, Deventer 1987 (cit. de Boer, Beyond Lex Loci Delicti).
de Boer, Th.M./Kotting, R., Der niederländische Richter und das US-Gasröhren-Embargo, IPRax 1984, s. 108–112.
Bogdan, M., Expropriation in Private International Law, Studentlitteratur, Lund 1975 (cit. Bogdan, Expropriation).
— Dataflykt över gränserna och den svenska datalagstiftningen, FT 1978, s. 1–26.
— 1980 års EG-konvention om tillämplig lag på kontraktsrättsliga förpliktelser – synpunkter beträffande den svenska inställningen, TfR 1982 s. 1–49.
— Registrerat partnerskap och svensk internationell privaträtt, SvJT 1994, s. 773–784.
— Fastighetsmäklare och svensk internationell konsumenträtt, SvJT 1995, s. 1–6.
— [Anmälan av Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privaträttslig studie], SvJT 1997, s. 482–486.
— Svensk internationell privat- och processrätt, 5:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm 1999 (cit. Bogdan, Svensk IP).
Borchers, P.J., The Choice of Law Revolution: An Empirical Study, Washington and Lee L. Rev., Vol. 49, 1992, s. 357–384.
Brilmayer, L., Conflict of Laws, 2nd. ed., Little, Brown and Company, Boston/New York/Toronto/London 1995.
Broggini, G., La codification du droit international privé en Suisse, ZSR 1971 s. 241–323.
Brunner, O., Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, 4. Aufl., Rudolf M. Rohrer Verlag, Wien/Wiesbaden 1959 (cit. Brunner, Land und Herrschaft).

Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz). Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Schulthess, Zürich 1979.

Bär, R., Kartellrecht und Internationales Privatrecht. Die Kollisionsrechtliche Behandlung wirtschaftsrechtlicher Eingriffe, dargestellt am Beispiel der Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Stämpfli & CIE, Bern 1965 (cit. Bär, Kartellrecht und IPR).

— Internationales Kartellrecht und unlauterer Wettbewerb. I: Schwander, I. (hrsg.), Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts. Festschrift für Prof. Rudolf Moser, Schulthess, Zürich 1987, s. 143–178 (cit. Bär, FS Moser).

Calamari, J.D./Perillo, J.P., Contracts, 3d ed., West Publishing, St. Paul 1987.

Carlsson, K./Schuer, L./Söderlind, E., Konkurrenslagen, 2:a uppl., Publica, Stockholm 1995 (cit. Carlsson m.fl., Konkurrenslagen).

Carlsson, K./Söderlind, E./Ulriksson, M., Konkurrenslagen. En kommentar. Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999 (cit. Carlsson m.fl., Konkurrenslagskommentaren).

Carter, P.B., Rejection of Foreign Law: Some Private International Law Inhibitions, BYIL, Vol. 55, 1984, s. 111–131.

Castel, J.-G., The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws, Rec. des Cours, Vol. 179 (1983 I), s. 9–144.

Catalano, N., Rapports entre les Règles de Concurrence Etablies par le Traité CEE et les Législations des Etats Membres, RIDC 1963, s. 269–298.

Cavalli, H., Om statslån och statsskulder. Rättsliga studier kring § 76 regeringsformen, Förlagsaktiebolagets i Malmö boktryckeri, Malmö 1942.

Cavers, D.F., The Choice-of-law Process, The University of Michigan Press, Ann Arbor 1965.

Cheatham, E.E./Reese, W.L.M., Choice of the Applicable Law, Columbia L. Rev., Vol. 52, 1952, s. 959–982.

Cook, C.J./Kerse, C.S., E.C. Merger Control, Sweet & Maxwell, London/Dublin/Hong Kong 1996.

Cook, W.W., The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, Harvard University Press, Cambridge 1942.

Corbin, A.L., Corbin on Contracts. One Volume Edition. West Publishing, St. Paul 1952.

Cordero Moss, G., International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules, Tano Aschehoug, Oslo 1999.

Coyet, J., Kommissionens vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget – eller är det dags för EGs konkurrensrätt att kasta av sig livstycket, ERT 1999, s. 593–599.

Currie, B., Selected Essays on the Conflict of Laws, Duke University Press, Durham 1963 (cit. Currie, Selected Essays).

— The Disinterested Third State, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 754–794.

Delvoigt, A.W., Wettbewerbsbehinderungen im schweizerischen IPR-Gesetz, Basel 1993.

Dennemark, S., Om avtalsstatutet, SvJT 1943, s. 675–697.

— Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1961 (cit. Dennemark, Svensk domstols behörighet).

Deville, R., Die Konkretisierung des Abwägungsgebotes im internationalen Kartellrecht, Nomos, Baden-Baden 1990.

Dhunér, K-J./Hedström, J., Förfarandet i konkurrensrätten. EGs och svensk konkurrenslagstiftning i praktisk tillämpning, Iustus, Uppsala 1995.

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 12th ed. under the general editorship of Lawrence Collins with special editors, Vol. I–II, Sweet & Maxwell, London 1993.

Drobnig, U., Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen – eine Interessenanalyse, I: Barfuß, W./Dutoit, B./Forkel, H./Immenga, U./Majoros, F. (Hrsg.), Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1986, s. 159–179.

Droege, M., Brysselkonventionen och konkurrensrätten, ERT 1998, s. 102–121.

Droege, M./Lysén, G., Introduktion till EU och EG-rätten, Iustus förlag, Uppsala 1997.

Eek, H., Lagkonflikter i tvistemål. Metod och material i svensk internationell privaträtt, Norstedts, Stockholm 1972 (cit. Eek, Lagkonflikter i tvistemål).

— Peremptory Norms and Private International Law, Rec. des Cours, Vol. 129, 1973 II, s. 3–73 (cit. Eek, Peremptory Norms).

Ehlers, D., Verwaltung in Privatrechtsform, Duncker & Humblot, Berlin 1984.

Ehlers-Munz, K., Die Beachtung ausländischen Devisenrechts: Bretton Woods und autonomes nationales Recht, Hamburg 1991.

Ehrenzweig, A.A., Interstate and International Conflicts Law—A Plea for Segregation, Minnesota L. Rev., Vol. 41, 1957, s. 717–729.

Emmerich, V., § 35, I: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1992, s. 1522–1549 (cit. GWB-Kommentar-Emmerich, § 35).

— Kartellrecht, 7. Aufl., Becks, München 199(cit. Emmerich, Kartellrecht).

Erne, M., Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen. Rechtsvergleichende Studie aus dem internationalen Vertragsrecht, Schulthess, Zürich 1985.

Esseiva, D., Die Anwendung des EG-Kartellrechts durch den schweizerischen Richter aufgrund des Artikels 137 IPRG, ZvglRWiss 1995, s. 80–108.

Falk, P., Straffrätt och territorium. Studier i internationell straffrätt, Norstedts, Stockholm 1976.

Fejø, J., Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer, Jurist og Økonomforbundets Forlag, København 1997.

Fikentscher, W., Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Band III. Mitteleuropäischer Rechtskreis, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1976.

Firsching, K., Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11.6.1980, IPRax 1981, s. 37–43.

Fletcher, I.F., Conflict of Laws and European Community Law. With special reference to the Community Conventions on private international law, North-Holland Publishing Company, Amsterdam/New York/Oxford 1982.

Francescakis, Ph., La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Sirey, Paris 1958 (cit. Francescakis, Renvoi).

— Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, RCDIP 1966, s. 1–18.

— Lois d'application immédiate et règles de conflit, Riv. dir. int. priv. proc. 1967, s. 691–698.

— Conflits de lois (principes généraux). I: Francescakis, Ph. (éd), Dalloz. Encyclopédie Juridique. Répertoire de droit international. Tome I: Abandon de famille – Extradiction, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris 1968, s. 470–497 (cit. Francescakis, Répertoire).

— Y-a-t-il du noveau en matière d'ordre public? I: Travaux du comité français de droit international privé, Paris 1970, s. 149–178 (cit. Francescakis, Ordre public).

Frank, R., Öffentlich-rechtliche Ansprüche fremder Staaten vor inländischen Gerichten, RabelsZ 1970, s. 56–75.

Frisch, W., Das internationale Schuldrecht der nordischen Länder im Vergleich zu dem europäischen Übereinkommen über das auf Schuldverträge anwendbare Recht, Peter Lang, Frankfurt am Main 1985.

Gagner, S., Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel "öffentliches Recht und Privatrecht" im kanonistischen Bereich. I: von Caemmerer, E./Zweigert, K. (Hrsg.) Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Sonderveröffentlichung von Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Walter de Gruyter & Co., Berlin/J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1967, s. 23–57.

Gale, S.G., A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School, Stanford Journal of International Law, Vol. 18, 1982, s. 123–146.

Gaudemet-Tallon, H., Le nouveau droit international privé européen des contracts (Commentaire de la convention C.E.E. n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980), RTDE 1981, s. 215–285.

Geiger, R., EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1993.

van Gerven, W., Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?, CMLRev. 1995, s. 679–702.
— Bridging the Unabridgeable: Community and National Tort Laws after *Francovich* and *Brasserie*, ICLQ 1996, s. 507–544.
Gihl, T., Den internationella privaträttens historia och allmänna principer, Norstedts, Stockholm 1951 (cit. Gihl, Historia).
— Lois politiques et droit international privé, Rec. des Cours, Vol. 83, 1953 II, s. 163–254 (cit. Gihl, Lois politiques).
— Studier i internationell rätt, Kungl. boktryckeriet P. A. Norstedt & söner, Stockholm 1955 (cit. Gihl, Studier).
Giovanoli, S., Die Bürgschaft, Spiel und Wette: Artikel 492–515 OR. I: Meier-Hayoz, A. (Hrsg.), Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilband 7, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1978, s. 13–271 (cit. Berner Kommentar-Giovanoli).
Giuliano, M./Lagarde, P., Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ 1980 nr. C 282, s. 1–50 (cit. Giuliano/Lagarde-rapporten).
Gothot, P., Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, RCDIP 1971, s. 1–36, 209–243, 415–450.
Graulich, P., Régles de conflit et règles d'application immédiate. I Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, T. II Droit positif, Ètablisements Èmile Bruylant, Paris 1963, s. 629–644 .
Grimm, D., Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland. I: Wilhelm, W. (hrsg.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1972, s. 224–242.
Guedj, T.G., The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend In Continental Private International Law—A Comparative Analysis With Modern American Theories, Am. J. Comp. L., Vol. 39, 1991, s. 661–697.
Guldklausulmålet. Svea Hovrätts protokoll i mål mellan Försäkringsaktiebolaget Skandia och Riksgäldskontoret angående tillämpningen av guldklausulen i Svenska Statens dollarobligationer av år 1924. Kungl. boktryckeriet P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1935 (cit. Guldklausulmålet I).
Guldklausulmålet II. Handlingar ingivna till Svea Hovrätt och Kungl. Maj:t i mål mellan Försäkringsaktiebolaget Skandia och Riksgäldskontoret angående tillämpningen av guldklausulen i Svenska Statens dollarobligationer av år 1924. December 1934–November 1935. Kungl. boktryckeriet P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1935 (cit. Guldklausulmålet II).
Guldklausulmålet III. Handlingar ingivna till Kungl. Maj:t efter den 29 november 1935 samt Kungl. Maj:ts dom m. m. i mål mellan Försäkrings-

aktiebolaget Skandia och Riksgäldskontoret angående tillämpningen av guldklausulen i Svenska Statens dollarobligationer av år 1924. Kungl. boktryckeriet P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1937 (cit. Guldklausulmålet III).

Gutzwiller, M., Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, Universitäts-Buchhandlung (Gshwend, Tschopp & Co.), Freiburg (Schweiz) 1923.

Grönfors, K. (medv. av Dotevall, R.), Avtalslagen, 3:e uppl., Fritzes, Stockholm 1995.

Göranson, U., A Swedish Centre of Gravity Test? – Law, Fact and Fiction on the ”Individualizing Method”. I: Melander, G. (ed.), Modern Issues in European Law. Nordic Perspectives. Essays in Honour of Lennart Pålsson, Norstedts Juridik, Stockholm 1997, s. 47–78.

Habermeier, S., Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht. Eine Bestandaufnahme prävalenter wirtschaftskollisionsrechtlicher Methodologie unter dem Blickwinkel des kritischen Rationalismus. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997.

Habscheid, W.J., Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung. Referat 2. I: Habscheid, W.J./Rudolf, W. (hrsg.), Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung. Referate und Diskussion der 12. Tagung der Dutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Bad Godesberg vom 14. bis 16. Juni 1971. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Heft 11. Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1973, s. 47–77.

Hartwieg, O./Korkisch, F. (Bearbeiter.), Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881–1896, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1973.

Hay, P., International versus Interstate Conflicts Law in the United States, RabelsZ 1971, s. 429–495.

Heini, A., Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht, ZSR 1981 s. 65–83.

— Artikel 13. I: Heini, A./Keller, M./Siehr, K./Vischer, F./Volken, P. (hrsg.), IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Schulthess, Zürich 1993, s. 102–111 (cit. IPRG-Kommentar-Heini, Art. 13).

Heiz, R., Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht. Der Einfluss der Public Policy auf ausländisches Straf-, Steuer-, Devisen-, Konfiskations- und Enteignungsrecht, Polygraphischer Verlag, Zürich 1959.

Heldrich, A., EGBGB Art. 3–38. I: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1999, s. 2291–2425 (cit. Palandt-Heldrich)

Hellner, J., Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden: ett civilrättsligt problem i komparativ belysning, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1950.

Herlitz, N. 1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagsberedningens förslag, SvJT 1972, s. 511–565.
Herzog, R., Allgemeine Staatslehre, Atheneäum, Frankfurt am Main 1971.
Hiestand, M., Lizenzvertrag. I: Reithmann, C./Martiny, D. (red.), Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 5. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1996, s. 1033–1050 (cit. Reithmann/Martiny-Hiestand).
Hjerner, L., Främmande valutalag och internationell privaträtt. Studier i de främmande offentligrättsliga lagarnas tillämplighet, Stockholm 1956 (cit. Hjerner, Främmande valutalag).
— [Anmälan av Dennemark, Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål], SvJT 1963, s. 191–203.
von Hoffman, B., Assessment of the E.E.C. Convention from a German Point of View. I: North, P.M. (ed.), Contract Conflicts, the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, North-Holland, Amsterdam 1982, s. 221–235 (cit. von Hoffmann, Assessment).
— Empfiehlt es sich, das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in das deutsche IPR-Gesetz zu integrieren?, IPRax 1984, s. 10–12.
— Artikel 34. Zwingende Vorschriften. I: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kolhammer-Kommentar. Begründet von Dr. Hs. Th. Soergel und neu herausgegeben von Dr. W. Siebert. Band 10. Einführungsgesetz. 12. Aufl., Verlag W. Kolhammer, Stuttgart 1996, s. 1701–1761 (cit. Kolhammer Kommentar-von Hoffmann, Art. 34).
Holder, W.E., Public Policy and National Preferences: The Exclusion of Foreign Law in English Private International Law, ICLQ 1968, Vol. 17, s. 929–952.
Holmes, O.W., The Path of the Law, Harvard L. Rev., Vol. 10, 1897, s. 457–478.
— Collected Legal Papers, Harcourt, Brace and Co., New York 1921 (cit. Holmes, Collected Legal Papers).
Horlacher, H.M., The Rome Convention and the German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Cornell Int. L. J., Vol. 27, 1994, s. 173–201.
Huber, U., De conflictu legum diversarum in diversis imperiis. Omtryckt och översatt till engelska i: Lorenzen, E., Selected Articles on the Conflict of Laws, Yale University Press, New Haven 1947, s. 162–180.
Håstad, T., Den nya köprätten, 4:e uppl., Iustus förlag, Uppsala 1998.
Høgtun, G., Partenes autonomi og innføring av ensartet internasjonal privatrett, H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), Oslo 1955.
Immenga, U., Nach Art. 37, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. I: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Privatrecht,

3. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1998, s. 1968–1992 (cit. Münchener Kommentar-Immenga).
— § 13. I: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.) GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1992, s. 459–468 (cit. GWB-Kommentar-Immenga).
Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. Einleitung. I: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.) GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1992, s. 41–61 (cit. GWB-Kommentar Immenga/Mestmäcker).
Institut de Droit International, L'application du droit public étranger, Annuaire Vol. 56, Session de Wiesbaden 1975, Editions S. Karger, Basel 1975, s. 157–258.
Jaffey, A.J.E., The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention, ICLQ 1984, s. 531–557.
Jareborg, N./Asp, P. (red.), Svensk internationell straffprocessrätt, Iustus, Uppsala 1995.
Joerges, C., Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts. Die "Governmental Interest Analysis" und die "Krise des Internationalen Privatrechts", de Gruyter & J.C.B Mohr, Berlin & Tübingen 1971.
Juenger, F.K., A Critique of Interest Analysis, Am. J. Comp. L., Vol. 32, 1984, s. 1–50.
— General Course on Private International Law, Rec. des Cours, Vol. 193, 1985 IV, s. 119–388.
Jägerskiöld, S., Svensk tjänstemannarätt. Del 1, Almqvist och Wiksell, Uppsala 1956.
Jänterä-Jareborg, M., Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning. En internationellt-privaträttslig studie, Iustus förlag, Uppsala 1989 (cit. Jänterä-Jareborg, Partsautonomi).
— Efterlevande make, intern skyddslagstiftning och IP. I: Håstad, T./Lindblom, P.H./Saldeen, Å. (red.), Festskrift till Anders Agell, Iustus förlag, Uppsala 1994, s. 285–302 (cit. Jänterä-Jareborg, FS Agell).
— Internationellt tvingande civilrättsregler, fastighetsförmedling och konsumenter – några reflexioner, SvJT 1995 s. 374–384.
— Svensk domstol och utländsk rätt. En internationellt privat- och processrättslig studie, Iustus förlag, Uppsala 1997 (cit. Jänterä-Jareborg, Svensk domstol och utländsk rätt).
Kahn, F., Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht. Erste Abhandlung. Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze), Jherings Jb. 1898, s. 1–112.
— Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht. Zweite Abhandlung. Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts, Jherings Jb. 1899 s. 1–87.
Kahn-Freund, O., General Problems of Private International Law, Rec. des Cours, Vol. 143, 1974 III, s. 139–474.

Kant, I., Metaphysik der Sitten, hrsg. von J.H. von Kirchman, Verlag von L. Heimann, Berlin 1870 (Kants betraktelser över sedernas metafysik – rättslärans och dygdelärans – utkom först 1797 under titeln ”Metaphysik der Sitten in zwei Theilen”. En andra upplaga av rättsläran utkom 1798 och av dygdeläran 1803. von Kirchmans utgåva bygger på de andra upplagorna men anger ändringar i förhållande till den första. I de citerade avsnitten förekommer inga ändringar mellan upplagorna.)
Karlgren, H., Svensk rättspraxis. Internationell privat-, straff- och processrätt 1961–1965, SvJT 1967, s. 513–528.
— Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, 5:e uppl., Liber, Lund 1979 (cit. Karlgren, Kortfattad lärobok i IP).
— Obehörig vinst och värdeersättning. Av Fritjof Lejman översedd utgåva, Norstedts, Stockholm 1982.
Karlsson, J., Exterritoriell tillämpning av konkurrenslagen, JT 1995–96, s. 1017–1034.
Karrer, P.A./Arnold, K.W., Switzerland's Private International Law Statute 1987. The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation. Introduced, Translated and Annotated, Kluwer, Deventer 1989.
Kay, H.H., Theory into Practice: Choice of Law in the Courts, Mercer L.Rev., Vol. 34, 1983, s. 521–592.
— A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis, Rec. des Cours, Vol. 215, 1989 III, s. 9–204 (cit. Kay, Defense).
Kaye, P., The New Private International Law of Contract of the European Community, Dartmouth Publishing Company, Aldershot 1993.
Kegel, G., Internationales Privatrecht, 7. Aufl., Juristische Kurz-Lehrbücher, Verlag C.H. Beck, München 1995.
Kelly, D.St.L., Localising Rules and Differing Approaches to the Choice of Law Process, ICLQ, Vol. 18, 1969, s. 249–274.
Kelsen, H., Allgemeine Staatslehre, Springer Verlag, Berlin 1925.
— Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Verlag Franz Deuticke, Wien 1960.
Kjellgren, J., Mål och metoder vid tolkning av skattelag, Iustus förlag, Uppsala 1997.
Klami, H.T., Comments on the Structure of Private International Law: A Finnish Perspective. I: Frändberg, Å./van Hoecke, M. (eds.), The Structure of Law, Iustus förlag, Uppsala 1987, s. 205–213.
Koch, N., Das Verhältnis zwischen der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1959, s. 241–248.
— Vor Art. 85. I: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, C.H. Becks, München, lösbladssystem (cit. Kommentar EU-Koch, Vor Art. 85).
— Art. 85. I: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, C.H. Becks, München, lösbladssystem (cit. Kommentar EU-Koch, Art. 85).

Koeppel, K., Die deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht, Junker und Dünnhaupt Verlag, Berlin 1938.
Kohler, C., Kein Weg zur Rechtsvereinheitlichung – Zur Übernahme des EG-Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, EuR 1984 s. 155–173.
Koktvedgaard, M., Lærebog i konkurrenceret, Jurist og Økonomforbundets Forlag, København 1997.
Kratz, B., Ausländische Eingriffsnorm und inländischer Privatrechtsvertrag, Verlag Peter Lang, Frankfurt a.M./Bern/New York 1986.
Kreuzer, K., Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten. Zum Einfluß fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986.
Kronstein, H., Conflicts Resulting from the Extraterritorial Effects of the Antitrust Legislation of Different Countries. I: Nadelmann, K:H:/von Mehren, A.T./Hazard, J.N. (eds.), XXth Century Comparative and Conflicts Law: Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema, A.W. Sythoff, Leyden 1961, s. 432–450 (cit. Kronstein, FS Yntema).
— Das Recht der internationalen Kartelle. Zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung von Entwickling und Funktion der Rechtsinstitute im modernen internationalen Handel., J. Schweitzer Verlag, Berlin 1967 (cit. Kronstein, Das Recht der internationalen Kartelle).
Kropholler, J., Internationales Privatrecht, 3. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1997.
Krüger, H., Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Kolhammer Verlag, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1966.
Kösters, F., Die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen im französischem Recht, diss., Münster 1991.
Lalive, P., Sur l'application du droit public étranger, Schw. Jb. Int. R. 1971, s. 103–142.
— Tendances et méthodes en droit international privé (Cours géneral), Rec. des Cours, Vol. 155, 1977 II, s. 1–424 (cit. Lalive, Tendances et méthodes en DIP).
Lando, O., Kontraktstatuttet. Hovedpunkter af den internationale kontraktsrets almindelige del, Juristforbundets Forlag, København 1962 (cit. Lando, Kontraktstatuttet).
— Kontraktstatuttet: danske og fremmede lovvalgsregler om kontrakter, 3. udg., Juristforbundets Forlag, København 1981 (cit. Lando, Kontraktstatuttet, 3. udg.).
— The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, CMLRev. 1987, s. 159–214.
Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer-Verlag, Berlin 1991.
Laurent, F., Droit civil international. Tome premier, Bruylant-Christophe & C^{e}, Éditeurs, Bruxelles 1880.

Leflar, R.A., Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims, Harvard L. Rev., Vol. 46, 1932, s. 193–225.
— Constitutional Limits on Free Choice of Law, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 706–731.
— Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law, New York University L. Rev., Vol. 41, 1966, s. 267–327.
— Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations, Cal. L. Rev., Vol. 54, 1966, s. 1584–1598.
Leflar, R.A./McDougal, L.L./Felix, R.L., American Conflicts Law, 4th ed., The Michie Company Law Publishers, Charlottesville 1986.
Lehmann, R., Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht. Zur Bedeutung und Anwendung des art 7 Abs 1 EUIPRÜ, Peter Lang, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986.
Lehrberg, B., Förutsättningsläran:: allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter, Iustus förlag, Uppsala 1989 (cit. Lehrberg, Förutsättningsläran).
— Praktisk juridisk metod, 3:e uppl., Iustus förlag, Uppsala 1996 (cit. Lehrberg, Praktisk juridisk metod).
Lemkin, R., Valutareglering och clearing. Bearbetat efter författarens föreläsningar vid Stockholms Högskola hösten 1940. Kungl. boktryckeriet P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1941.
Liesegang, H.C.F., Zur Frage der Sittenwidrigkeit sogenannter Fluchthilfeverträge, JZ 1977, s. 87–90.
Lindblom, P.H., Rättssfärernas harmoni, SvJT 1996, s. 793–834.
— Integrera mera? Regeringsförhandlingar om (bl.a.) civilprocessrätten i EU!, SvJT 1997, s. 307–316.
Lipstein, K., Inherent Limitations in Statutes and the Conflicts of Laws, ICLQ, Vol. 26, 1977, s. 884–902.
Locke, J., Two Treatises on Government, ed. P. Laslet, Cambridge University Press, Cambridge 1988 (orginalet utkom i London 1690 och i denna upplaga återges i faximil den tredje upplagan från 1698).
Lorenzen, E.G., Huber's De Conflictu Legum, I: Lorenzen, E.G., Selected Articles on the Conflict of Laws, Yale University Press, New Haven 1947, s. 136–180, ursprungligen publicerad i Illinois L. Rev., Vol. 13, 1919, s. 375 ff. (cit. Lorenzen, Huber's De Conflictu Legum).
— Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws, I: Lorenzen, E.G., Selected Articles on the Conflict of Laws, Yale University Press, New Haven 1947, s. 1–18, ursprungligen publicerad i Yale L. J., Vol. 33, 1924, s. 736 ff. (cit. Lorenzen, Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws).
Lüderitz, A., Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Juristische Lernbücher Band 29, Alfred Metzner Verlag/Luchterhand, Neuwied/Kriftel/Berlin 1992.
Löwhagen, F., Extraterritoriell tillämpning av konkurrensrätt: effektprincipen och implementeringsdoktrinen i svensk respektive europeisk rätt, exa-

mensarbete höstterminen 1998 vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet, stencil.
Makarov, A.N., Theorie und Praxis der Qualifikation. I: von Caemmerer, E./Nikisch, A./Zweigert, K. (Hrsg.), Vom deutschen zum europäischen Recht: Festschrift für Hans Dölle, Band II Internationales Recht, Kollisionsrecht und internationales Zivilprozessrecht, Europäisches Recht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1963, s. 149–177.
Malmar, F., Svensk rättspraxis. Internationell privaträtt 1936–1940, SvJT 1942, s. 399–404.
Malmberg, J., Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering, Iustus, Uppsala 1997.
Malmström, Å./Agell, A., Civilrätt, 14:e uppl., Liber Hermods, Malmö 1994.
Mann, F.A., [Buchbesprechung zu Rutz, A., Die Schuldwährung der Ansprüche aus Immaterialgüterrechtsverletzungen und Ernst, K-A., Die Bedeutung des Gesetzweckes im Internationalen Währungs- und Devisenrecht], RabelsZ 1964, s 757–759.
— Conflict of Laws and Public Law, Rec. des Cours, Vol. 132, 1971 I, s. 107–196 (cit. Mann, Conflict of Laws and Public Law).
— Beiträge zum Internationalen Privatrecht. I: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Eduard Wahl 1973, s. 139–160 (cit. Mann, FS Wahl).
— Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht. I: Sandrock, O. (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26 April 1979, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1979, s. 607–624 (cit. Mann, FS Beitzke).
— Contracts: Effects of Mandatory Rules. I: Lipstein, K. (ed.), Harmonization of Private International Law by the E.E.C., Institute of Advanced Legal Studies, University of London, London 1978, s. 31 ff. (cit. Mann, Mandatory Rules).
Marcusson, L., Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, Iustus förlag, Uppsala 1989.
Martinek, M., Das internationale Kartellprivatrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1987.
Martiny, D., Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 – seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts, IPRax 1987, s. 277–280.
— Bestimmung des Vertragsstatuts. I: Reithmann, C./Martiny, D. (red.), Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 5. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1996, s. 1–185 (cit. Reithmann/Martiny-Martiny).
— Vor Art. 27 – Art. 37. I: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1998, s 1477–1967 (cit. Münchener Kommentar-Martiny).

Maury, J., L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand. Convergences et divergences, RCDIP 1954, s. 7–27.
Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Stellungsnahme des Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, RabelsZ 1983, s. 595–690.
Meijers, E.-M., L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du moyen age spécialment dans l'Europe occidentale, Rec. des Cours, Vol. 49, 1934 III, s. 543–686.
Meessen, K.M., Kollisionsrecht der Zusammenschlußkontrolle, Nomos, Baden-Baden 1984.
Meng, W., Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York 1994.
Merryman, J.H., The Authority of Authority, What the California Supreme Court Cited in 1950, Stanford L.Rev., Vol. 6, 1954, s. 613–673.
Mertens, H.-J., Ausländisches Kartellrecht im deutschen internationalen Privatrecht, RabelsZ 1967, s. 385–411.
Mestmäcker, E.-J., Parallele Geltung von Verbotsnormen des deutschen und des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1968, s. 1297–1305.
— Die Vermittlung von europäischem und nationalem Recht im System unverfälschten Wettbewerbs, Bad Homburg 1969 (cit. Mestmäcker, Vermittlung).
— Europäisches Wettbewerbsrecht, Becks, München 1974 (cit. Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht).
Morris, J.H.C., The Choice of Law Clause in Statutes, LQR, Vol. 62, 1946, s. 170–185.
Morscher, T., Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse im internationalen Warenkauf. Ihre kollisionsrechtliche Behandlung im schweizerischen IPR-Gesetz und im UN-Kaufrecht, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main 1992.
Mozet, P., Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991.
Nationalencyclopedins ordbok, Band 1–3, Bokförlaget Bra Böcker, Höganäs 1996.
Nerep, E., Extraterritorial Control of Competition under International Law, Norstedts, Stockholm 1983.
Neuhaus, P.H., Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache, RabelsZ 1949/50, s. 364–381.
— Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Walter de Gruyter & Co./J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Berlin/Tübingen 1976 (cit. Neuhaus, Grundbegriffe).
— Abschied von Savigny?, RabelsZ 1982, s. 4–25.

Neumayer, K.H., Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht, BDGVöR, Heft 2, 1957, s. 35–72.
— Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, RCDIP 1957, s. 579–604 och 1958, s. 53–78.
— Anmerkung zu BGH 17.12.1959, RabelsZ 1960, s 649–657.
Neumeyer, K., Internationales Verwaltungsrecht, Vierter Band, Allgemeiner Teil, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, Zürich/Leipzig 1936.
Nial, H., Om guldklausuler enligt svensk rätt, TfR 1934, s. 18–51.
— Om förvärv i strid mot legala förbud, TfR 1936, s. 1–77.
— Internationell förmögenhetsrätt, 2:a uppl., Norstedts, Stockholm 1953.
Niboyet, J.-P., Cours de droit international privé français, 2e éd., Sirey, Paris 1949.
Niederer, W., Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Polygraphischer Verlag, Zürich 1954.
Niedner,A., Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896 (I serien Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen), 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Berlin 1901.
de Nova, R., Una corrispondenza [med Pilenko] su un nuovo metodo per la soluzione dei conflitti di leggi, Diritto Internazionale 1959, s. 198–205.
— Conflit des lois et normes fixant leur propre domaine d'application. I: Mélanges offerts à Jacques Maury, Librairie Dalloz & Sirey, Paris 1960, s. 377–401 (cit. de Nova, Mélanges Maury).
— New Trends in Italian Private International Law, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 808–821.
— Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules, Cal. L. Rev., Vol. 54, 1966, s. 1569–1574.
— Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws, Rec. des Cours, Vol. 118 (1966 II), s. 435–621 (cit. de Nova, Historical and Comparative Introduction).
Nußbaum, A., Principles of Private International Law, Oxford University Press, New York 1943 (cit. Nußbaum, Principles of PIL).
— Money in the Law National and International. A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics, The Foundation Press, Brooklyn 1950 (cit, Nußbaum, Money in the Law).
Office of Fair Trading, The Chapter 1 Prohibition, London 1999.
von Overbeck, A.E., Zwischenbericht über die schweizerische IPR-Reform, ZfRV 1978, s. 194–208.
— Der schweizerische Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, RabelsZ 1978 s. 601–633.
— The New Swiss Codification of Private International Law, Forum internationale No. 16, Kluwer, Deventer 1991 (cit. von Overbeck, The New Swiss Codification).
Pelichet, M., Rapport sur la loi applicable aux ventes internationales de marchandises. Revision de la Convention du 15 juin 1955 sur la loi appli-

cable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Document préliminaire No 1 de septembre 1982. I: Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la Session extraordinaire 14 au 30 octobre 1985. Conférence diplomatique sur la loi applicable aux contracts de vente internationale de marchandise. La Haye 1987, s. 19–117 (cit. Pelichet-rapporten).

Philip, A., Mandatory Rules, Public Law (Political Rules) and Choice of Law in the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. I: North, P.M. (ed.), Contract Conflicts, the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, North-Holland, Amsterdam 1982, s. 81–110 (cit. Philip, Mandatory Rules).

— EU-IP. Europæisk International Privat- og Procesret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994 (cit. Philip, EU-IP).

Pilenko, A., Droit spatial et droit international privé, Jus Gentium – Diritto Internazionale, Bd. 5, 1953 s. 34–59.

— Le droit spatial et le droit international privé dans le projet du nouveau code civil français (Etude méthodologique), Revue Hellenique de Droit International 1953, s. 319–355.

Pillet, A., Principes de droit international privé, Pedone/Allier Frères, Paris/Grenoble 1903.

Plender, R., The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, Sweet & Maxwell, London 1991.

Posnak, B., Choice of Law: Interest Analysis and Its "New Crits", Am.J.Comp.L., Vol. 36, 1988, s. 681–728.

Pålsson, L., Utkast till EG-konvention om tillämplig lag på kontraktsrättsliga förpliktelser: värdering från svensk synpunkt, NTIR 1980, s. 152–171.

— Svensk rättspraxis i internationell processrätt, Norstedts, Stockholm 1989 (cit. Pålsson, Rättspraxis).

— Bryssel- och Luganokonventionerna, Norstedts Juridik, Stockholm 1995 (cit. Pålsson, Bryssel- och Luganokonventionerna).

— Romkonventionen. Tillämplig lag för avtalsförpliktelser, Norstedts, Stockholm 1998 (cit. Pålsson, Romkonventionen).

Quadri, R., Lezioni di diritto internazionale privato, Quinta edizione, Liguri editore, Napoli 1969.

Quitzow, C.-M., "Private Enforcement" i EG-rätten, JT 1996–97, s. 682–700.

Raape, L./Sturm, F., Internationales Privatrecht. Band I: Allgemeine Lehren, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 1977.

Rabel, E., The Conflict of Laws. A Comparative Study. Volume One. Introduction: Family Law, Second Edition, The University of Michigan Press, Ann Arbor 1958.

Radtke, R.C., Schuldstatut und Eingriffsrecht, ZvglRW 1985, s. 325–357.

Ramberg, J. (medv. av Herre, J.), Köplagen, Fritzes, Stockholm 1995.

Reese, W.L.M., Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law, Columbia L. Rev., Vol. 73, 1973, s. 58–75.

Rehbinder, E., § 98 Abs. 2. I: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1992, s. 2217–2297 (cit. GWB-Kommentar-Rehbinder).

Reithmann, C., Zwingende Bestimmungen. I: Reithmann, C./Martiny, D. (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 5. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1996, s. 347–513 (cit. Reithmann/Martiny-Reithmann).

Renold, M.-A., Les conflits de lois en droit antitrust. Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique, Schulthess, Zürich 1991.

Reppy, W.A., Eclecticism in Choice of Law: Hybrid Method or Mishmash?, Mercer L. Rev., Vol. 34, 1983, s. 645–708.

Restatement of the Law of Conflict of Laws, American Law Institute, American Law Institute Publishers, St. Paul 1934 (cit. First Restatement).

Restatement on the Law of Contracts, American Law Institute. American Law Institute Publishers, St. Paul 1932 (cit. First Restatement Contracts).

Restatement of the Law Second, Contracts 2d, Volume 2, §§ 178–315, American Law Institute, American Law Institute Publishers, St. Paul, 1981 (cit. Second Restatement Contracts).

Restatement of the Law Second, Conflict of Laws 2d, Volumes 1–3, American Law Institute, American Law Institute Publishers, St. Paul 1971 (cit. Second Restatement).

Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States, Volumes 1–3, American Law Institute, American Law Institute Publishers, St. Paul 1987 (cit. Third Restatement Foreign Relations).

Richman, W.M./Reynolds, W.L., Understanding Conflict of Laws, 2nd. ed., Matthew Bender, New York/Oakland 1993, 1995 reprint.

Rigaux, F., Droit économique et conflits de souverainités, RabelsZ 1988, s. 104–156.

Rimsten, O., Arbetsdomstolen och lagstiftaren. Om värderingar i rättsligt beslutsfattande, Iustus förlag, Uppsala 1998.

Ross, A., Sondringen mellem privat og offentlig ret, TfR 1936 s. 109–125.

Ruffert, M., Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View, CMLRev. 1997, s. 307–336.

Sack, R., § 138. I: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch: Allgemeiner Teil, §§ 134–163, 13. Bearb., Sellier – de Gruyter, Berlin 1996, s. 175–359.

Sandgren, C., Offentlig rätt, privaträtt och sociala hänsyn. I: Basse, M./Zahle, H. (red.), To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig ret og privatret, GadJura, København 1996, s. 25–37.

Sandmann, N., Grundlagen und Einfluss der internationalprivatrechtlichen Lehre Carl Georg von Wächters (1797–1880), diss. (cop.), Münster 1979.

von Savigny, F.C., Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., J. C. B. Mohr, Heidelberg 1840 (cit. von Savigny, Gesetzgebung).

— System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Veit und Comp., Berlin 1840 (cit. von Savigny, System I).

— System des heutigen Römischen Rechts, Achter Band, Veit und Comp., Berlin 1849 (cit. von Savigny, System VIII).

Schack, H., Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1996.

Schnell, J., Über die Zuständigkeit zum Erlaß von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, ZIPS, Bd. 5, 1895, s. 337–343.

Schnitzer, A., Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes. I: Ius et Lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz), Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1959, s. 429–443 (cit. Schnitzer, FS Gutzwiller).

— Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz, SJZ 1980 s. 309–316.

Schnyder, A.K., Wirtschaftskollissionsrecht. Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht, Schulthess, Zürich 1990 (cit. Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht).

— Das neue IPR-Gesetz. Eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), 2. Auflage, Schulthess, Zürich 1992 (cit. Schnyder, Das neue IPR-Gesetz).

Schröter, H., Vorbemerkung zu den artikeln 85 bis 89. I: von der Groeben, H./Thiesing, J./Ehlermann, C.-D. (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 1999, s. 2/42–2/115 (cit. Groebener Kommentar-Schröter, Vorbemerkung zu den artikeln 85 bis 89).

— Art. 85. I: von der Groeben, H./Thiesing, J./Ehlermann, C.-D. (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 1999, s. 2/116–2/334 (cit. Groebener Kommentar-Schröter, Art. 85).

Schubert, M., Internationale Verträge und Eingriffsrecht – ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts, RIW 1987, s. 729–746.

Schulte, D., Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art im internationalen Vertragsrecht, Diss., Bielefeld 1975.

Schultsz, J., Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980, RabelsZ 1983, s. 267–283.

Schulze, J. Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1972.

Schumann, E., Einleitung. I: Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 5. Lieferung, 20. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1980, s. 17–463 (cit. Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Schumann).

Schurig, K., Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts, Duncker & Humblot, Berlin 1981.

Schwander, I., Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1975 (cit. Schwander, Lois d'application immédiate).

— Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes. I: Hangartner, Y. (Hrsg.), Die Allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht. Referate und Unterlagen der Tagung vom 22. Oktober 1987 in Luzern, St. Gallen 1988, s. 11–89 (cit. Schwander, Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes).

— Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung im neuen IPR-Gesetz. I: Zäch, R. (hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Verlag Paul Haupt, Bern/Stuttgart 1989 s. 371–397 (cit. Schwander, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderungen).

— Einführung in das internationale Privatrecht. Erster Band: Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Dike, St. Gallen 1990 (cit. Schwander, Einführung in das IPR).

Schwartz, I., Deutsches internationales Kartellrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1962.

Schwartz, I./Basedow, J., Chapter 35, Restrictions on Competition. I: Lipstein, K. (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Private International Law, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995.

Schäfer, M., Eingriffsnormen im deutschen IPR – eine neverending story. I: Stiefel, E.C. (Hrsg.), Iusto Iure, Festgabe für Otto Sandrock zum 65. Geburtstag, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg 1995, s. 37–53.

Scoles, E.F./Hay, P., Conflict of Laws, 2nd. ed., West Publishing, St. Paul 1992.

Sedler, R.A., The Governmental Interest Approach to Choice of Law: An Analysis and a Reformulation, U.C.L.A. L. Rev., Vol. 25, 1977, s. 181–243.

Siehr, K., Zum Entwurf eines schweizerischen IPR-Gesetzes, RIW 1979, s. 729–737.

— Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht, RabelsZ 1988, s. 41–103.

Slot, P.J./ McDonnell, A. (eds.), Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law: Proceedings of the Leiden Europa Instituut Seminar on User-friendly Competition Law, Sweet & Maxwell, London 1993.

Smith, G.E., Choice of Law in the United States, The Hastings Law Journal, Vol. 38, 1987, s. 1041–1174 (1987).

Sohn, L.B., New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems, Harvard L. Rev., Vol. 55, 1941–42, s. 978–1004.
Stein, P., Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement, Butterworths, London 1984.
Steindorff, E., Sachnormen im internationalen Privatrecht, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M. 1958.
Steiner, J., An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 5th ed., Sweet & Maxwell, London 1994.
Stenberg, H., Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet, Jurist- och samhällsvetareförbundets förlag, Stockholm 1974.
Storme, M. (ed.), Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1994.
Striekwerda, L., Semipubliekrecht in het conflictenrecht. Verkenningen op een kruispunkt van methoden, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1978.
Strömberg, H., Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, andra upplagan, Juristförlaget, Lund 1989.
Strömholm, S., Torts in the Conflict of Laws. A Comparative Study. P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1961 (cit. Strömholm, Torts).
— Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag, SvJT 1971, s. 251–263.
— Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. 5:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm 1996 (cit. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning).
Stucki, H.-U., Der Grundsatz der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts im schweizerischen Internationalen Privatrecht, Diss., Zürich 1971.
Sullivan, E.T./Harrison, J.L., Understanding Antitrust and Its Economic Implications, 2nd ed., Matthew BenderNew York/Oakland 1994.
Sumampouw, M., Les nouvelles conventions de la Haye, leur application par les juges nationaux, T. 3, Martinus Nijhoff Publishers/Marten Kluwer Editions Internationales, Dordrecht/Anvers/Apeldoorn 1984.
Symeonides, Choice of Law in the American Courts 1997, Am. J. Comp. L., Vol. 46, 1998, s. 233–285.
Szladits, Ch., The Civil Law System, Chapter 2, Structure and the Divisions of the Law. I: David, R. (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume II, The Legal Systems of the World Their Comparison and Unification, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974, s. 15–76.
Söderqvist, N., Le Problème du Conflit de Lois. Essai d'une analyse et d'une solution, författaren, Bruxelles 1935.
Tegethoff, W., Kant und Savigny. Der Einfluss des deutschen Idealismus, insbesondere Kants auf Friedrich Carl von Savigny, Diss., Frankfurt am Main 1952.

Timberg, S., Sovereign Immunity and Act of State Defenses: Transnational Boycotts and Economic Coercion, Revue suisse de droit international de la concurrence, Nr. 6, 1979, s. 1–39.
Trutmann, V., Deliktsrecht. I: Das neue Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung. Seminar vom 28. Oktober 1988 an der Universität Basel, Shulthess, Zürich 1990, s. 71–83.
Toubiana, A., Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique), Librairie Dalloz, Paris 1972.
Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J., Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1995.
Unger, J., Use and Abuse of Statutes in the Conflict of Laws, LQR, Vol. 83, 1967, s. 427–448.
Veelken, W., Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht, Nomos, Baden-Baden 1988.
Vischer, F., Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechtes. Gesamtkodifikation des internationalen Privatrechtes der Schweiz oder Revision des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG), ZSR 1971, s. 1–106.
— Das neue Restatement "Conflict of Laws", RabelsZ 1974 s. 128–154.
— Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz, RabelsZ 1989, s. 438–461.
— Der ausländische Staat als Kläger (Überlegungen zum Fall Duvalier v. Haiti), IPRax 1991, s. 209–215.
— General Course on Private International Law, Rec. des Cours, Vol. 232, 1992 I, s. 9–256 (cit. Vischer, General Course on PIL).
— Artikel 19. I: Heini, A./Keller, M./Siehr, K./Vischer, F./Volken, P. (hrsg.), IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Schulthess, Zürich 1993, s. 205–217 (cit. IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 19).
— Artikel 137. I: Heini, A./Keller, M./Siehr, K./Vischer, F./Volken, P. (hrsg.), IPRG-Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Schulthess, Zürich 1993, s. 1191–1200 (cit. IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 137).
— The Concept of the Characteristic Performance Reviewed. I: Borras, A. (ed.), E pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International law/Sur l' unification progressive du droit international privé, Martinus Nijhoff, The Hague 1996, s. 499–519 (cit. Vischer, Liber amicorum Droz).
Vivier, G., Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois, RCDIP 1953, s. 655–676 samt 1954, s. 73–90.
Vogel, K., Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. Internationalen

Verwaltungs- und Steuerrechts, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt/Berlin, 1965.
Wahl, N., Konkurrensförhållanden, Juristförlaget, Stockholm 1994 (cit. Wahl, Konkurrensförhållanden).
— Häfte 18, Konkurrensrätt. I: Eliasson, D./Wahl, N. (red.), Publica EU. Kommentar till EG-rätten, Publica, Stockholm (löshäftesformat) 1996 (cit. Wahl, Konkurrensrätt).
— Rättsutlåtande rörande gruppundantag för kedjor i detaljhandeln, Konkurrensverkets rapportserie 1997:1, Stockholm 1997 (cit. Wahl, Gruppundantag för kedjor i detaljhandeln).
Weir, T., The Common Law System, Chapter 2, Structure and the Divisions of the Law. I: David, R. (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume II, The Legal Systems of the World Their Comparison and Unification, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974, s. 77–114.
Wengler, W., Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie, ZvglRWiss 1941, s 168–212.
— Die Gesetze über unlauteren Wettbewerb und das internationale Privatrecht, RabelsZ 1954, s. 401–426.
— Anmerkung zu den drei vorstehenden BGH-Entscheidungen vom 29.9.1977, JZ 1978, s. 64–67
Westin, J. Introduktion till EG:s konkurrensregler – en praktisk översikt, 2:a uppl., Iustus, Uppsala 1998.
Westlake, J., A Treatise on Private International Law, or the Conflict of Laws, with Principal Reference to its Practice in the English and Other Cognate Systems of Jurisprudence, and Numerous References to American Authorities, T. & J. W. Johnson & Co., Law Booksellers and Publishers, Philadelphia 1859. Faximilutgåva utgiven av Fred B. Rothman & Co., Littleton, Colorado 1986.
Whish, R. (med Suffrin, B.), Competition Law, 3d ed., Butterworths, London/Edinburgh 1993.
Wieacker, F., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main 1974.
Wiethölter, R., Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrechts, Walter de Gruyter, Berlin 1956.
Wiklund, O., EG-domstolens tolkningsutrymme. Om förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten, Juristförlaget, Stockholm 1997.
Wilhelmsson, T., Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror, Juristförbundets förlag, Helsingfors 1987.
Williston, S., A Treatise on the Law of Contracts, Vol. VI, Baker, Voorhis & Co., New York 1938.
de Winter, L.I., Dwingend recht bij internationale overeenkomsten, Ned.TIR 1964, s. 329–365.

Wittrock, M., Föreskriftsmakten, Iustus förlag, Uppsala 1986.
Würdinger, H., Exportkartell und EWG, WuW 1960, s. 313–326.
von Wächter, C.G., Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, Arch. Civ. Prax., Vol. 24, 1841, s. 230–311 och Vol. 25, 1842, s. 1–60, 161–200, 361–419.
Zuleeg, M., Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht, EuR 1990, s. 123–134.
Zweigert, K., Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ 1942, s 283–307.
— Droit international privé et droit public, RCDIP 1965, s. 645–666.
— Internationales Privatrecht und öffentliches Recht. Särtryck ur: Fünfzig Jahre Institut für internationales Recht an der Universität Kiel, Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co., Hamburg 1965 (cit. Zweigert, IPR und öffentliches Recht).
Zweigert, K./Kötz, H., An Introduction to Comparative Law, 2nd ed., (transl. by Weir, T.), Clarendon Press, Oxford 1987.

II. Rättsfall

A. Sverige

1. Högsta domstolen

NJA 1909 s. 638, *225*
NJA 1914 s. 409, *225*
NJA 1924 s. 635, *225*
NJA 1930 s. 692, *97*, *104*, *263*, *269*
NJA 1933 s. 486, *225*
NJA 1935 not. A 217, *225*
NJA 1937 s. 1, *225*, *240*, *243*, *260*
NJA 1941 s. 350, *239*
NJA 1941 s. 427, *229*
NJA 1941 s. 434, *229*
NJA 1941 s. 437, *229*
NJA 1941 s. 441, *229*
NJA 1941 s. 459, *231*
NJA 1942 s. 389, *243*
NJA 1954 s. 268, *224*
NJA 1955 not. C 682, *224*
NJA 1961 s. 145, *243*
NJA 1969 s. 163, *328*
NJA 1984 s. 25, *263*
NJA 1992 s. 299, *231*
NJA 1997 s. 93, *231*

2. Regeringsrätten

RÅ 1980 2:69, *105*

B. EG

1. EG-domstolen

Mål 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585, *115*
Mål 56 & 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* [1966] ECR 299, *113*
Mål 56/65 *Societé technique Minière v. Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235, *128*
Mål 14/68 *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, *116*, *117*, *118*, *119*, *126*

Mål 45/69 *Boehringer v. Commission* [1970] ECR 769, *126*
Mål 7/72 *Boehringer v. Commission* [1972] ECR 1281, *126*, *127*
Mål 48/72 *Brasserie de Haecht v. Wilkin-Janssen* [1973] ECR 77, *111*
Mål 127/73 *BRT v. SABAM* [1974] ECR 51, *111*
Mål 155/73 *Sacchi* [1974] ECR 409, *111*
Mål 29/76 *LTU v. Eurocontrol* [1976] ECR 1541, *107*
Mål 13/77 *INNO v. ATAB* [1977] ECR 2115, *120*
Mål 253/78 & 1–3/79 *Procureur de la République v. Giry, Guerlain, Rochas, Lanvin and Nina Ricci (Parfymmålen)* [1980] ECR 2327, *123*
Mål 37/79 *Anne Marty v. Estee Lauder* [1980] ECR 2481, *123*
Mål 99/79 *Lancome and Cosparfrance Nederland v. Etos and Albert Heyn Supermart* [1980] ECR 2511, *123*
Mål 814/79 *Netherlands v. Rüffer* [1980] ECR 3807, *108*
Mål 161/84 *Pronuptia de Paris v. Schillgalis* [1986] ECR 353, *286*
Mål 193/83 *Windsurfing International Inc. v. Commission* [1986] ECR 611, *287*
Mål 209–213/84 *Ministere Public v. Asjes* [1986] ECR 1425, *120*
Mål 89, 104, 114, 116, 117 & 125–129/85 *Åhlström and Others v. Commission (Woodpulp)* [1988] ECR 5193, *124*, *125*, *332*
Mål 311/85 *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten* [1987] ECR 3801, *120*
Mål 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebuero v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs* [1989] ECR 803, *120*
Mål C-188/89 *Foster v. British Gas* [1990] ECR I-3313, *119*
Mål C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu* [1991] ECR I-935, *112*
Mål C-172/91 *Sonntag v. Waidmann* [1993] ECR I-1963, *108*
Mål C-128/92 *Banks & Co v. British Coal Corporation* [1994] ECR I-1209, *119*, *120*

2. Kommissionsbeslut

Kbesl 98/273/EG *VW* EGT 1998, nr. L 124, s. 60, *283*

C. Tyskland

1. Reichsgericht

RG 20.11.1888, RGZ 23, 305, *329*
RG 5.11.1898, RGZ 42, 295, *146*
RG 2.12.1903, RGZ, 179, *145*
RG 4.12.1916, Recht 1917, Nr. 155, *145*
RG 22.12.1916, Gruchot 1917, s. 460, *159*
RG 19.10.1917, RGZ 91, 47, *157*
RG 13.11.1917, RGZ 91, 260, *157*
RG 28.6.1918, RGZ 93, 182, *157*, *159*
RG 30.9.1919, RGZ 96, 282, *145*

RG 21.10.1920, JW 1920, s. 1027, *146*
RG 21.10.1921, NiemeyersZ 1924, s. 452, *137*, *146*
RG 7.12.1921, RGZ 103, 259, *137*
RG 3.10.1923, RGZ 108, 241, JW 1924, s. 667, Clunet 1934, s. 154, *137*, *138*, *150*, *151*, *245*
RG 9.2.1926, IPRspr. 1926/27, Nr. 16, *146*
RG 10.3.1927, IPRspr. 1926/27, Nr. 17, *146*
RG 24.6.1927, JW 1927 s. 2228, IPRspr. 1926/27, Nr. 15, *145*, *146*
RG 12.3.1928, JW 1928, s. 1196, *137*
RG 27.6.1928, RGZ 121, 337, IPRspr. 1928, Nr. 180, *137*
RG 26.10.1928, IPRspr. 1928, Nr. 20, *146*
RG 12.12.1929, IPRspr. 1930, Nr. 8, *151*
RG 15.2.1930, IPRspr. 1930, Nr. 13, *146*, *147*
RG 1.7.1930, IPRspr. 1930, Nr. 15, *136*, *139*, *151*
RG 17.10.1930, IPRspr. 1931, Nr. 9, *146*

2. Bundesverfassungsgericht

BVerfG 17.5.1960, BVerfGE 11, 126, *161*
BVerfG 31.5 1960, BVerfGE 11, 150, *150*
BVerfG 31.7.1973, BVerfGE 36, 1, *150*

3. Bundesgerichtshof

BGH 11.11.1952, BGHZ 7, 397, *140*
BGH 30.3.1955, BGHZ 17, 89, *140*
BGH 17.12.1959, BGHZ 31, 367, RabelsZ 1960, s. 645, *140*, *171*, *243*
BGH 21.12.1960, BGHZ 34, 169, *153*, *177*, *244*
BGH 24.5.1962, NJW 1962, s. 1436, *154*
BGH 21.5.1964, IPRspr. 1964/65, Nr. 191
BGH 28.1.1965, Warn. 1965, Nr. 27, *158*
BGH 18.2.1965, BGHZ 43, 162, *142*
BGH 30.6.1966, BGHZ 46, 74, *161*
BGH 22.6.1972, BGHZ 59, 82, *143*, *147*, *154*, *155*, *177*, *244*
BGH 16.4.1975, BGHZ 64, 183, *142*, *151*
BGH 8.4.1976, VersR 1976, s. 678, *148*
BGH 29.9.1977, BGHZ 69, 295, *143*, *148*, *149*, *244*, *245*
BGH 29.5.1979, BGHZ 74, 322, *162*, *163*
BGH 21.2.1980, NJW 1980, s. 1574, *149*
BGH 8.2.1984, IPRax 1986, s. 154, *160*
BGH 8.5.1985, BGHZ 94, 268, *154*

4. Övriga domstolar

OLG Oldenburg 22.6.1918, DJZ 1918, s. 520, *156*
KG 25.2.1922, JW 1922, s. 398, *150*

KG 1.4.1926, JW 1926, s. 2002, *138*
OG Danzig 1.3.1927, RabelsZ 1929, s. 893, *145*
KG 10.10.1928, IPRspr. 1928, Nr. 21, *150*
LG I Berlin 2.7.1929, IPRspr. 1929, Nr. 14, *151*
OLG Hamburg 16.5.1929, IPRspr. 1930, Nr. 14, *138*, *151*
OLG Hamburg 31.1.1935, IPRspr. 1935–44, Nr. 64b, *138*
OLG Schleswig 1.4.1954, IPRspr. 1954/55, Nr. 163, *139*
LG Freiburg 6.12.1966, IPRspr. 1966/67, Nr. 34a, *162*, *248*
LG Hamburg 29.9.1971, AWD 1972, s. 132, *162*, *248*
KG 24.4.1975, NJW 1976, s. 1211, *149*
KG 19.9.1975, NJW 1976, s. 197, *149*
LG Krefeld 24.9.1980, opublicerat, *154*
LG Dortmund 8.4.1988, IPRax 1989, s. 51, *284*
OLG Frankfurt 13.2.1992, IPRax 1992, s. 314, *291*

D. Schweiz

1. Bundesgericht

BG 11.7.1913, BGE 39 II 640, *171*
BG 17.4.1916, BGE 42 II 179, *171*
BG 15.7.1916, BGE 42 II 379, *180*
BG 18.5.1917, BGE 43 II 225, *180*
BG 19.4.1918, BGE 44 II 163, *171*
BG 18.1.1919, BGE 45 II 37, *180*
BG 1.4.1924, BGE 50 II 51, *171*
BG 3.6.1925, BGE 51 II 303, *182*
BG 20.10.1931, BGE 57 II 508, *181*
BG 18.9.1934, BGE 60 II 294, *171*
BG 28.9.1937, Clunet 1939, s. 192, *176*
BG 1.2.1938, BGE 64 II 88, *171*
BG 28.10.1948, BGE 74 II 224, *171*
BG 28.2.1950, BGE 76 II 33, *176*, *177*, *178*, *179*, *182*, *245*
BG 9.10.1951, SJIR 1953, s. 323, *176*
BG 1.2.1954, BGE 80 II 45, *176*, *178*, *245*
BG 30.3.1954, BGE 80 II 49, *176*
BG 2.2.1954, BGE 80 II 53, *176*
BG 15.6.1955, BGE 81 II 227, *178*, *245*
BG 25.9.1956, BGE 82 I 196, *171*
BG 21.3.1967, BGE 93 II 192, *191*
BG 26.11.1981, BGE 107 II 489, *171*
BG 3.9.1985, BGE 111 II 352, *180*
BG 12.7.1990, BGE 116 II 376, *173*
BG 9.10.1990, BGE 116 II 525, *172*
BG 23.6.1992, BGE 118 II 353, *173*

2. Övriga

Kantonsgericht Graubünden 20.6.1947, SJZ 1951, s. 79, *181*
Handelsgericht St. Gallen 20.6.1956, SJZ 1958, s. 218, *178*, *179*, *245*, *324*
Handelsgericht Zürich 9.5.1968, SJZ 1968, s. 354, *178*, *245*

E. USA

1. Supreme Court of the USA

Abbate v. United States, 359 U.S. 187 (1959), *126*
The Antelope, 23 U.S (10 Wheaton) 66, *210*
Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121 (1959), *126*
Eerie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938), *197*
Ferens v. John Deere Co., 494 U.S. 516, *198*
Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993), *125*
Huntington v. Atrill, 146 U.S. 657 (1892), *211*
James-Dickinson Farm Mortgage Co. v. Harry, 273 U.S. 119 (1927), *212*
Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co., 313 U.S. 487 (1941), *197*
Milwaukee County v. M.E. White Co, 296 U.S. 268 (1935), *212*
Norman v. Baltimore & O.R. Co, 294 U.S. 240 (1934), *218*
Oscanyan v. Winchester Repeating Arms Co., 103 U.S. 261 (1880), *215*, *246*

2. Övriga

Graves v. Johnson, 179 Mass. 53, 60 N.E. 383 (1901), *217*
Hamschild v. Continental Casualty Co., 7 Wis. 2d 130, 95 N.W. 2d 814 (Supreme Court of Wisconsin, 1959), *202*
Holland Furnace Co v. Connelley, 48 F. Supp. 543 (S.D. Missouri 1942), *217*
Jackson & Co. v. Royal Norwegian Gov't, 177 F.2d. 694 (2nd Cir. 1949), *218*
Loucks v. Standard Oil, 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198 (1918), *213*
Ring v. Spina, 148 F.2d 647 (2nd Cir. 1945), *102*, *253*
Rothkopf v. Lowry & Co., 148 F.2d 517 (2nd Cir. 1945), *218*
Rutkin v. Reinfeld, 229 F.2d 248, 255 (2nd. Cir. 1956), *216*
Sedco Int'l, S.A. v. Cory, 522 F. Supp. 254, 317–21 (S.D. Iowa 1981), *216*, *246*

F. England[1063]

Biggs v. Lawrence (1789) 100 Eng. Rep. 673, 3 T.R. 454, *217*
Bonython v. Commonwealth of Australia [1951] A.C. 201 (P.C.), *275*
Holman v. Johnson [1775] 98 Eng. Rep. 1120, 1 Cowp. 341
Huntington v. Attrill, [1893] A.C. 150 (P.C.), *212*

[1063] Inklusive avgöranden av Privy Counsel från andra staters domstolar inom Brittiska Samväldet.

Mitchell v. Reynolds, All England Law Reports Reprint 1158–1774 (1711), s. 26, *240*
Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance and General Mutual Life assurance Society Ltd. [1938] A.C. 224 (P.C), *271*
Pugh v. Pugh [1951] P. 482, *274*
Westinghouse Uranium Contract Litigation M.D.L. Docket No. 235, [1978] A.C. 547, *23*

G. Nederländerna

Alnati, Hoge Raad 13.5.1966, NJ 1967, Nr. 3, *79*, *339*
Sensor, Pres. Rb. den Haag 17.9.1982, Rechtspraak van de Week/Kort Geding 1982, Nr. 167, *152*

H. Frankrike

Consorts Duvalier c. État Haitien, RCDIP 1991, s. 386, *89*