

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

MIGUEL POIARES MADURO

föredraget den 11 januari 2006 ¹

1. Det anses allmänt att enkla situationer i vardagslivet ger upphov till rättsliga frågor som är enkla att lösa. Det är emellertid inte fallet med relationer mellan grannar. Trots att vissa relationer mellan grannar illustrerar broderskap som motiverar ordspråket "bättre är en granne som står dig nära än en broder som står dig fjärran"², får man inte glömma att grannskapet, som en berömd rättslärare en gång påpekade, främst "lär ut negativt broderskap: stå ut med din granne och skada honom inte", eftersom en granne "oftare är svårare att tycka om eller till och med att inte hata, än våra släktingar på annat håll".³ Därför ger grannrelationer upphov till ofta svåra och häftiga rättsliga tvister.

2. I denna begäran om förhandsavgörande från Oberster Gerichtshof ställs domstolen inför en okomplicerad klassisk situation där ägaren till en bit mark försöker förhindra påstådda effekter på hans fastighet av emis-

sioner som härrör från en grannfastighet. Den omständigheten att inte båda de berörda fastigheterna är belägna i österrikiskt territorium och att de påstådda utsläppen härrör från ett kärnkraftverk ger målet en transnationell karaktär och ett mått av komplexitet.

3. Målet skall avgöras mot bakgrund av konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område⁴, i dess lydelse enligt konventionen av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde⁵, konventionen av den 25 oktober 1982 om Republiken Greklands tillträde⁶, konventionen av den 26 maj 1989 om Konungariket Spaniens och Republiken Portugals tillträde⁷ och konventionen av den 29 november 1996 om Republiken Österrikes, Republiken Fin-

1 — Originalspråk: portugisiska.

2 — Salomon, Ordspråksboken 27:10.

3 — Carbonnier, J., *Droit Civil, Tome 3, Les Biens*, 19:e omarbetade utgåvan, 2000, PUF, Paris, s. 276.

4 — EGT L 299, 1972, s. 32; svensk utgåva, EGT C 15, 1997, s. 30.

5 — EGT L 304, s. 1 och — i ändrad lydelse — s. 77; svensk utgåva, EGT C 15, 1997, s. 14.

6 — EGT L 388, s. 1; svensk utgåva, EGT C 15, 1997, s. 26.

7 — EGT L 285, s. 1; svensk utgåva, EGT C 15, 1997, s. 43.

lands och Konungariket Sveriges tillträde⁸ (nedan kallad Brysselkonventionen eller konventionen).

4. Den fråga som har hänskjutits till domstolen är i huvudsak huruvida domstolarna i Österrike, där den fastighet som påstås ha påverkats är belägen, har behörighet att pröva en sådan talan i förebyggande syfte, enligt artikel 16.1 a i konventionen om "talan som avser sakrätt i fast egendom".

I — Bakgrunden till förfarandet, relevant lagstiftning och den tolkningsfråga som hänskjutits till domstolen

5. Klaganden — den österrikiska delstaten Oberösterreich (nedan kallad "klaganden" eller "Land Oberösterreich") — äger en fastighet som är belägen i den norra delen av Oberösterreich, vilken används för jordbruksändamål, däribland försök avseende plantodling, och där det också finns en lantbruksskola. Svaranden är ett tjeckiskt energiförsörjningsbolag, ČEZ as (nedan kallat "ČEZ"), som driver kärnkraftverket Temelin på sin fastighet, belägen cirka 60 km från klagandens fastighet.

6. Oberösterreich, som uppträder i egenskap av ägare av den aktuella fastighet för vilken skydd mot den påstådda störningen begärs, väckte talan mot ČEZ vid Linz Landesgericht den 31 juli 2001. I första hand yrkades att domstolen skulle förplikta ČEZ att upphöra med emissionen av joniserande strålning från den fastighet på vilken kärnkraftverket Temelin drivs, i den mån effekterna på klagandens fastighet är större än dem som kan förväntas av ett kärnkraftverk som drivs i enlighet med den aktuella allmänt erkända tekniska standarden.

7. I andra hand yrkade klaganden i huvudsak att domstolen skulle utfärda ett förbudsföreläggande varigenom svaranden skulle förpliktas att avlägsna den risk som skapades genom den joniserande strålningen från dess fastighet, i den mån denna risk var större än vad som kan förväntas till följd av strålning som enligt den allmänt erkända tekniska standarden för kärnkraftverk utgår från ett sådant vid normal drift.

8. Talan väcktes vid Linz Landesgericht på grundval av 364 § andra stycket i den österrikiska civillagsamlingen, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (nedan kallad "ABGB"), som har följande lydelse: "Ägaren av en fastighet kan förbjuda utsläpp från en grannfastighet i form av avloppsvatten, rök, gas, värme, lukt, vibrationer och liknande i den omfattning de nationellt fastställda gränsvärdena överskrider och den sedvanliga

⁸ — EGT C 15, 1997, s. 1.

användningen av den fasta egendomen påverkas väsentligt. Direkta utsläpp är under alla omständigheter förbjudna utan särskilda skäl.”

kraven för att väcka talan om upphörande av emission vid Linz Landesgericht i enlighet med 364 § andra stycket i ABGB uppfyllda och Linz Landesgericht hade behörighet i målet i enlighet med artikel 16.1 a i Brysselkonventionen.

9. II 354 § i ABGB föreskrivs följande: ”Som rättighet betraktad är sakrätt en befogenhet att fritt kunna råda över och bära frukterna av en sak, och att neka andra att göra detta.” Enligt österrikisk rätt har en person rätt att skydda sin egendom från ingrepp av andra genom en *actio negatoria* (negatorisk äganderättstalan), genom vilken klaganden kan förneka att det föreligger annan sakrätt i egendomen och i praktiken skydda den mot olagliga ingrepp. Enligt den hänskjutande rättsordningen betraktas talan om upphörande av emission (den så kallade ”Immissionsabwehrklage”) enligt 364 § andra stycket i ABGB som en typ av *actio negatoria* eller ”Eigentumsfreiheitsklage” som är utformad för att säkerställa att fast egendom inte utsätts för ingrepp.

11. I artikel 16 i Brysselkonventionen återfinns bestämmelser om exklusiv behörighet. Enligt artikel 16.1 a skall, ”om talan avser sakrätt i fast egendom eller nyttjanderätt till fast egendom, domstolarna i den konventionsstat där egendomen är belägen”, oberoende av parternas hemvist, ha exklusiv behörighet.

12. ČEZ har invänt att de österrikiska domstolarna saknar behörighet, eftersom artikel 16 i Brysselkonventionen inte innehåller någon bestämmelse om behörighet i mål om upphörande av emission, såsom Immissionsabwehrklage. Enligt svaren har en sådan typ av talan skadeståndsrättslig karaktär och omfattas av artikel 5.3 i Brysselkonventionen. Denna bestämmelse har följande lydelse:

10. Klaganden anförde vid Linz Landesgericht att radioaktiv eller joniserande strålning är emission i den mening som avses i 364 § andra stycket i ABGB samt att den radioaktivitet som utgick från kärnkraftverket under provdriften, och i varje fall den risk för förorening av marken som kan ske vid normaldrift eller vid en teknisk olycka, överskrider gränserna för vad som är sedvanligt och hindrar den sedvanliga användningen av fastigheten för bostads-, utbildnings- och lantbruksverksamhet. Därför var

”Talan mot den som har hemvist i en konventionsstat kan väckas i en annan konventionsstat

...

3. om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, vid domstolen i den ort där skadan inträffade, ...”

det är egendomens omfattning och äganderätt som avses och att det är sakrätten som är föremål för talan.

13. Detta utgör en ordning med särskilda behörighetsregler i förhållande till den allmänna ordning som föreskrivs i artikel 2 i konventionen, enligt vilken "[t]alan mot den som har hemvist i en konventionsstat får väckas vid domstol i den staten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap”.

14. Svaranden anser att förutom att artikel 16 måste tolkas så att den inte innehåller bestämmelser om behörighet i mål om upphörande av emission i förhållande till tredje land, skulle ett förbud mot emission utfärdat av den österrikiska domstolen stå i strid med folkrätten, eftersom det skulle inkräkta på Republiken Tjeckiens territorial- och domsrättsområde och således inte kunna verkställas där.

15. Linz Landesgericht avvisade klagandens talan. Den tvingande bestämmelsen om behörighet i artikel 16.1 a i Brysselkonventionen skall enligt Landesgericht Linz tolkas restriktivt. Enligt denna domstol skall mål som avser sakrätt således tolkas så att

16. Linz Landesgericht ansåg vidare att det inte var möjligt att avgöra målet utan att först ta ställning till den grundläggande frågan om det rör sig om en anläggning som är godkänd av myndigheterna i enlighet med § 364a i ABGB. Denna bestämmelse utgör ett undantag till den allmänna regeln i 364 § andra stycket i ABGB och har följande lydelse: ”Om skadan på fastigheten orsakas av utsläpp av ämnen, som överskrider godkända nivåer, från en gruva eller en statligt godkänd anläggning, har ägaren till fastigheten endast rätt att kräva skadestånd vid domstol, även om skadan orsakas av omständigheter som inte tagits i beaktande vid förfarandet för godkännande.” En sådan prövning av huruvida anläggningen är officiellt godkänd skulle enligt Linz Landesgericht väsentligen inkräkta på Republiken Tjeckiens suveränitet.

17. Domstolen i andra instans ändrade detta beslut på så sätt att klagandens invändning om bristande behörighet för österrikiska domstolar ogillades, med motiveringen att även ett mål om upphörande av emission, exempelvis det som föreskrivs i 364 § andra stycket i ABGB, omfattas av artikel 16 i Brysselkonventionen.

18. Svaranden överklagade detta beslut till Oberster Gerichtshof som senare begärde ett förhandsavgörande av domstolen avseende följande fråga:

mål där grannfastigheterna är belägna i två olika länder, är den juridiska komplexiteten därför mycket större redan från början ur ett perspektiv som avser frågor om domstols behörighet.

”Skall begreppet ‘talan [som] avser sakrätt i fast egendom’ i artikel 16.1 a i konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, undertecknad den 27 september 1968 (nedan kallad Brysselkonventionen) tolkas så att det även omfattar en talan (i förebyggande syfte) enligt artikel 364 andra stycket i Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) som avser upphörande av emission från en fastighet i en grannstat som inte är medlem i Europeiska unionen (i förevarande fall joniserande strålning från ett kärnkraftverk i Republiken Tjeckien) som påverkar en fastighet som ägs av Land Oberösterreich?”

20. Inledningsvis erinras det om att det varken har påståtts eller bevisats att klaganden i detta mål i något relevant avseende skiljer sig från något annat privat företag. Land Oberösterreich uppträder inte i detta mål som företrädare för denna delstat utan enbart i egenskap av ägare av en fastighet, som är belägen i den norra delen av Oberösterreich, där det finns en lantbruksskola. Detsamma kan sägas om ČEZ. Det förhållandet att aktiemajoriteten i ČEZ tillhör den tjeckiska staten saknar därför relevans i förevarande mål. Det råder därför inte något tvivel om att rättstvisten mellan parterna ligger inom konventionens materiella tillämpningsområde som en privaträttslig fråga i den mening som avses i artikel 1.⁹

II — Bedömning

19. Historiskt har en rad olika rättsliga instrument utvecklats i de olika europeiska nationella rättssystemen för att ge lösningar på de rättsliga problem som härrör från grannrelationer. När sådana relationer har en transnationell karaktär, såsom i förevarande

21. En annan inledande anmärkning rör förhållandet mellan tillämpningen av Brysselkonventionen och andra konventioner som avser behörighet i fråga om skadestånd inom det specifika området kärnenergi.¹⁰ Bland dessa finns Pariskonventionen 1960 om skadeståndsansvar på atomenergins område och Wienkonventionen 1963 om

9 — Enligt denna bestämmelse omfattar konventionen inte förvaltningsrättsliga frågor.

10 — I artikel 57 i Brysselkonventionen föreskrivs att den ”skall inte påverka” några sådana konventioner i särskilda områden som även omfattas av konventionen.

atomska och samt det gemensamma protokollet från år 1988 rörande tillämpningen av Wienkonventionen och Pariskonventionen. Trots att Tjeckiska republiken anslöt sig till Wienkonventionen och till det gemensamma protokollet gäller varken Wien- eller Pariskonventionen i förevarande mål eftersom Österrike inte är part i någon av dessa konventioner.¹¹

22. Den sista inledande anmärkningen rör konventionens tillämpningsområde och utgör kärnan i målet. Svaranden i det aktuella fallet hade faktiskt inte hemvist i en konventionsstat när förfarandet inleddes i Österrike 2001. Tjeckiska republiken blev medlemsstat i Europeiska unionen den 1 maj 2004.¹² I artikel 4 i konventionen föreskrivs uttryckligen att om svaranden inte har hemvist i någon konventionsstat bestäms domstolarnas behörighet i varje konventionsstat i enlighet med den statens lag. I artikel 4 utesluts emellertid också fallen med exklusiv behörighet som fastställs i artikel 16 från denna tillämpning av de nationella bestäm-

melserna om internationell behörighet.¹³ Därför spelar artikel 16 en central roll på så sätt att den ger en grund för behörighet enligt konventionen som annars inte skulle vara tillgänglig på grund av att svaranden inte har hemvist i en konventionsstat.

23. I detta avseende har domstolen nyligen anfört i sin dom i målet Owusu att "[r]eglerna i Brysselkonventionen om exklusiv behörighet ... är för övrigt tillämpliga på rättsförhållanden som involverar endast en konventionsstat och en eller flera tredjestater. Så är fallet när talan avser sakrätt i fast egendom eller nyttjanderätt till fast egendom och parterna har hemvist i en icke fördragsslutande stat och tvisten rör egendom belägen i en konventionsstat (se artikel 16 i Brysselkonventionen)."¹⁴ I den mån artikel 16.1 a medför att konventionsstaterna får en gemensam och enhetlig grund för en talan som avser sakrätt måste dess tillämpning av logiska skäl utesluta tillämpning av avvikande parallella nationella bestämmelser om behörighet i talan som avser sakrätt.¹⁵

11 — I artikel 2 i Pariskonventionen föreskrivs grundregeln att den "inte är tillämplig vid kärnincidenter som inträffar i icke konventionsstaters territorium eller vid skada som uppstår i sådant territorium ...". I artikel XI i Wienkonventionen föreskrivs följande: "... behörigheten vid talan i enlighet med artikel II skall endast tillfalla domstolarna i den konventionspart i vars territorium kärnincidenten inträffade ...".

12 — Vid denna tidpunkt blev landet bundet av rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, s. 1).

13 — Se Jenardrapporten (EGT C 59, 1979, s. 1), enligt vilken "det enda undantaget till tillämpningen av behörighetsreglerna i nationell lag är området för exklusiv behörighet (artikel 16)".

14 — Dom av den 1 mars 2005 i mål C-281/02, Owusu (REG 2005, s. I-1383), punkt 28.

15 — Se i detta avseende domen i målet Owusu, punkt 43, där tonvikt läggs vid "den enhetliga tillämpningen av behörighetsreglerna", eftersom "syftet med Brysselkonventionen just är att tillhandahålla gemensamma bestämmelser vilka skall tillämpas i stället för avvikande nationella bestämmelser".

24. Om en konventionsstat utan behörighet att pröva en talan som avser sakrätt i den mening som avses i artikel 16.1 a lagligen skulle kunna göra anspråk på sådan behörighet att pröva en talan som avser sakrätt enligt sin nationella rätt, meddela en slutgiltig dom och slutligen förvänta sig att domen erkänns i en annan konventionsstat skulle det leda till just den typ av bristande behörighet som artikel 16.1 a har till syfte att lösa. Tillämpningen jämsides med artikel 16.1 a av parallella avvikande nationella rättsbestämmelser som ger exklusiv behörighet att pröva en talan som avser sakrätt skulle utan tvekan försämra konventionens effektivitet.¹⁶ Den skulle vidare definitivt stå i strid med den enhetliga och obligatoriska tilldelningen av exklusiv behörighet bland konventionsstaterna¹⁷ och den rättssäkerhetsprincip som är en grund för konventionen¹⁸.

25. Vilken annan tolkning som helst skulle dessutom ha särskilt oförutsägbara konsekvenser i förevarande mål. Om de österrikiska domstolarna skulle kunna meddela dom på grundval av parallella nationella bestämmelser som ger internationell behörighet för talan som avser sakrätt och dess verkställighet eller erkännande söktes i Tjeckiska republiken, skulle en tvist avseende verkställighet eller erkännande av denna dom uppstå. En sådan tvist, som omfattar

två stater som båda numera är medlemsstater, skulle hamna utanför tillämpningsområdet för den gemenskapsrättsliga ordningen om den fria rörligheten för domar som föreskrivs i konventionen och senast i förordning nr 44/2001 som både Österrike och Tjeckiska republiken numera är bundna av.¹⁹

26. Jag skall först koncentrera mig på tolkningen av begreppet "talan som avser sakrätt i fast egendom" i artikel 16.1 a i konventionen. Därefter skall jag diskutera problemet med att karakterisera en talan såsom en Immissionsabwehrklage mot bakgrund av dess föremål och syfte, för att avgöra huruvida den omfattas av tillämpningsområdet för artikel 16.1 a. Avslutningsvis skall jag diskutera följderna av den karakterisering som görs och förhållandet mellan behörigheten att pröva mål som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a, och den särskilda behörighet som föreskrivs i artikel 5.3 i konventionen i frågor som rör skadestånd utanför avtalsförhållanden.

16 — Domstolen antog detta "icke-försämringstest" i sin dom av den 15 maj 1990 i mål C-365/88, Kongress agentur Haag (REG 1990, s. I-1845), punkt 20.

17 — Se, när det gäller det tvingande regelverk om behörighet som inrättas genom konventionen, dom av den 9 december 2003 i mål C-116/02, Gasser (REG 2003, s. I-14693), punkt 72, av den 27 april 2004 i mål C-159/02, Turner (REG 2004, s. I-3565), punkt 24, samt domen i målet Owusu, punkt 37.

18 — Se domen i målet Owusu, punkterna 38–41.

19 — Se artikel 66.2 b i förordning (EG) nr 44/2001, om övergångsordningen för domar som meddelades efter att förordningen trädde i kraft. Det förefaller som om denna bestämmelse medför att bestämmelserna i kapitel III om erkännande och verkställighet av domar där de österrikiska domstolarnas behörighet inte "grundade sig på bestämmelser som överensstämde med bestämmelserna i kapitel II". Om en dom meddelas av österrikiska domstolar på grundval av artikel 16.1 a i konventionen, vilken stämmer överens med artikel 22.1 i förordning nr 44/2001, omfattas domen emellertid av tillämpningsområdet för denna förordnings bestämmelser om domars erkännande och verkställighet.

A — *Tolkningen av begreppet "talan som avser sakrätt i fast egendom" i den mening som avses i artikel 16*

att välja forum som de annars skulle ha haft och, i vissa fall, till att de måste föra talan vid en domstol som inte är domstolen i någondera partens hemvist".²²

27. Domstolen har redan haft tillfälle att tolka artikel 16.1 a i konventionen och bekräfta tillämpningsområdet för denna ordning med exklusiv behörighet att pröva talan som avser sakrätt i fast egendom.

28. Domstolen har för det första anført att en autonom tolkning av detta begrepp måste följas. Det gör det nödvändigt att hitta en definition av "talan som avser sakrätt i fast egendom" som är "oberoende" av ett särskilt motsvarande nationellt begrepp i konventionsstaterna²⁰, på samma sätt som det var nödvändigt att göra med andra grunder för exklusiv behörighet i enlighet med artikel 16²¹.

30. Prövningen av syftet med ordningen med exklusiv behörighet i enlighet med artikel 16.1 a spelar därför en central roll i tolkningen av detta begrepp för att fastställa dess tillämpningsområde. Jag skall nu ta upp denna aspekt. Efter det skall jag, mot bakgrund av detta resonemang, diskutera distinktionen mellan talan som avser sakrätt och talan som avser obligationsrätt, vilken är central för tolkningen av artikel 16.1 a och som domstolen har gjort för att definiera dess tillämpningsområde mer exakt.

1. Teleologin i den exklusiva behörighet som föreskrivs i artikel 16.1 a

29. För det andra har domstolen anført att detta begrepp "inte skall ges en mer omfattande tolkning än dess målsättning kräver", eftersom tillämpningen av artikel 16.1 a "leder till att parterna berövas den möjlighet

31. När det gäller teleologin i den ordning som föreskrivs i artikel 16.1 a för talan som avser sakrätt har domstolen anført att "en domstol på sagda plats, med beaktande av närheten till fastigheten, har bäst förutsättningar att få god kännedom om de faktiska omständigheterna och att tillämpa regler och

20 — Se dom av den 10 januari 1990 i mål C-115/88, Reichert och Kockler (REG 1990, s. I-27), punkt 8, och domstolens beslut av den 5 april 2001 i mål C-518/99, Gaillard (REG 2001, s. I-2771), punkt 13.

21 — Se, när det gäller begreppet "nyttjanderätt till fast egendom", dom av den 14 december 1977 i mål 73/77, Sanders mot Van Der Putte (REG 1977, s. 2383), och, när det gäller begreppet "talan som avser registrering eller giltighet av patent" i artikel 16.4, dom av den 15 november 1983 i mål 288/82, Duijnsteet mot Goderbauer (REG 1983, s. 3663).

22 — Domen i målet Reichert och Kockler, punkt 9, och dom av den 17 maj 1994 i mål C-292/93, Lieber (REG 1994, s. I-2535), punkt 12.

bruk som i allmänhet härrör från den stat där egendomen är belägen".²³ Tilldelningen av exklusiv behörighet i enlighet med artikel 16.1 a förefaller också motiverad i domstolens rättspraxis, av hänsyn som rör "en riktig rättskipning"²⁴, "eftersom en talan som rör sakrätt i fast egendom ofta innefattar tvister som ofta kräver kontroller, undersökningar och expertbedömningar på platsen"²⁵.

fastställa huruvida kärnkraftverket Temelin utstrålar radioaktiv och joniserande strålning som överskrider de acceptabla nivåerna för moderna anläggningar, är det motiverat att anse att Immissionsabwehrklage hamnar utanför definitionen av talan som avser sakrätt i artikel 16.1 a vid en snäv tolkning av denna bestämmelse.²⁷ Jag håller inte med om detta resonemang, av två skäl.

32. På grundval av denna teleologiska infallsvinkel gjorde domstolen den autonoma definitionen av "talan som avser sakrätt i fast egendom" mer specifik. Ett sådant begrepp omfattar endast talan som "avser fastställelse av omfattningen eller beskaffenheten av fast egendom eller äganderätten eller besittningen till sådan egendom eller av huruvida det finns annan sakrätt knuten till denna egendom samt att tillförsäkra innehavarna av dessa rättigheter skydd för de befogenheter som är knutna till rättigheten".²⁶

34. Det första skälet är att hänsyn till närhet och en riktig rättskipning inte bara talar för de tjeckiska domstolarnas behörighet. Såsom Land Oberösterreich och den polska regeringen har noterat talar dessa hänsyn även för att de österrikiska domstolarna skall ha behörighet, eftersom de är närmare den berörda fastigheten och därför har bättre möjligheter att analysera den möjliga effekten av emissionerna på den.

33. Kommissionen, ČEZ och Förenade kungarikets regering har till stor del åberopat sådana hänsyn som rör närhet och en riktig rättskipning för att göra gällande att lösningen på förevarande mål är förhållandevis okomplicerad. I den utsträckning som de flesta förfrågningar och kontroller skulle behöva göras i Tjeckiska republiken för att

35. För det andra är jag inte övertygad om att ordningen med exklusiv behörighet för talan som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a uteslutande har sin grund i en önskan att åstadkomma en ändamålsenlig rättskipning och, i slutändan, beror på närheten till domstolarna i den stat där den fasta egendomen är belägen.

23 — Domen i målet Reichert, punkt 10, samt däri angiven rättspraxis.

24 — Dom av den 17 maj 1994 i mål C-294/92, Webb (REG 1994, s. I-1717), punkt 16, och domen i målet Sanders, punkt 13.

25 — Domen i målet Webb, punkt 17.

26 — Domen i målet Reichert och Kockler, punkt 11, och i målet Gaillard, punkt 15.

27 — Svaret på behörighetsproblemet i förevarande mål skulle därför helt överlämnas till de österrikiska nationella reglerna om behörighet i privaträttsliga mål, i enlighet med artikel 4 i konventionen, längs de banor som beskrivs ovan i punkterna 22–24.

36. Sådana hänsyn rättfärdigar definitivt fastställandet att domstolarna i den stat där den fasta egendomen är belägen har den närmaste kopplingen till fakta i målet — även om det inte alltid är enkelt att fastställa var det är när två fastigheter är inblandade, såsom i förevarande mål — och att denna domstol därför skall ha behörighet i första hand. Problemet med denna teleologiska analys är att det inte räcker att förklara att denna domstols behörighet är av *exklusiv* karaktär. Med andra ord: varför skall domstolarna i det land där den fasta egendomen är belägen ha behörighet enligt konventionen *med uteslutande av alla andra* att fastställa ägande, innehav och eventuell förekomst av begränsade rättigheter till fast egendom och skydd för de befogenheter som följer med sådana intressen?²⁸

37. Argumentet att kontroller, undersökningar och expertbedömningar endast kan utföras på platsen ger egentligen inget svar på denna fråga. Det finns verkliga möjligheter till samarbete mellan domstolar för att etablera de omständigheter som är relevanta för målet på den plats där den fasta egendomen är belägen.²⁹ Dessa argument som rör närhet till fakta i målet och en god rättskipning grundar sig på praktiska hänsyn som rör enkelhet eller möjligheter. Sådana

hänsyn räcker för att förklara en ordning med *särskild* behörighet³⁰ men inte den *exklusiva* behörigheten för talan som avser sakrätt i fast egendom som hindrar domstolarna i varje annan stat från att pröva en sådan talan, även om svaranden har sin hemvist där.

38. Analysen av de skäl som förklarar den exklusiva behörigheten att pröva talan som avser sakrätt är inte en rent akademisk fråga. Det är tvärtom nödvändigt, som domstolen har bekräftat, att avgöra den exakta betydelsen och omfattningen av begreppet förfaranden som avser sakrätt i fast egendom och i slutänden att fastställa om en talan såsom Immissionsabwehrklage omfattas av detta begrepp. Jag anser att det som domstolen borde undvika i detta avseende är att fastställa omfattningen av den exklusiva behörigheten att pröva talan som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a, på grundval av skäl som inte är tillräckliga som motivering för denna behörighets *exklusiva* karaktär.

39. Motiveringen för att bevilja exklusiv behörighet kan *inte bara* hänföras till praktiska hänsyn som rör närheten till omständigheterna i målet, enkelhet och möjlighet till en god rättskipning. Den är också nära knuten till en normativ rättsprincip — den traditionella suveräniteten hos

28 — Se exempelvis i doktrinen, J.-M. Bischof, "Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes" i *Journal du droit international*, 1978, s. 392, i vilken författaren påpekar att de domstolar som har exklusiv behörighet i enlighet med artikel 16.1 a inte är "les 'mieux placées', mais les 'seuls bien placées'".

29 — Se även domen i målet Lieber, punkt 21, där uppmärksamhet ges åt möjligheten "för en domstol i en annan medlemsstat att konsultera en lokal expert för att få den nödvändiga informationen".

30 — Exempelvis förklarar domstolen i sin dom i målet Henkel, punkt 46, samt däri angiven rättspraxis, ordningen med särskild behörighet i enlighet med artikel 5.3 i Brysselkonventionen, på just samma grunder — närhet, god rättskipning och ett ändamålsenligt förfarande.

varje konventionsstat när det gäller att kontrollera, döma i och skydda verkliga rättigheter för privatpersoner till fast egendom som är belägen inom dess territorium.³¹ Området förmögenhetsrätt avseende fast egendom är ett typiskt område där den stat där fastigheten är belägen av tvingande politiska och ekonomiska skäl behåller lagstiftningsbefogenheter som naturligt omfattar en exklusiv behörighet att pröva talan som avser sakrätt.³² Det är på grundval av denna princip som varje konventionsstat har ett *behörighetsmonopol* för talan som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a.³³

gör hävda att detta behörighetsmonopol som ges genom konventionen är motiverat av den enda omständigheten att domar i talan som avser sakrätt måste verkställas i den stat där de meddelas. Sådana "praktiska nödvändigheter"³⁴ är visserligen relevanta, men de är bara en aspekt bland många i det komplexa existensberättigandet för den exklusiva behörighet som föreskrivs i artikel 16.1 a.

40. Jag anser att det även skulle vara otillfredsställande att så som vissa författare

31 — Se i detta avseende Pataut, E., *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, Paris, LGD], 1999, s. 251.

32 — Se uttryckligen, om artikel 16.1 a, Gothot, P. och Holleaux, D., "La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale" i *Journal du droit international*, 1971, s. 767, där det bekräftas att denna exklusivitet med de konsekvenser som följer av den enligt konventionen "tient à des considérations de souveraineté et de coïncidence entre les compétences judiciaire et législative". Se även Lagarde, P., "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain" i *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, Vol. 196(I), 1986, s. 51, där det påpekas att "[I]e principe de souveraineté commande l'application de la loi du for à certains rapports de droit (...) et il accompagne souvent cette revendication de compétence législative d'une revendication correspondante de compétence juridictionnelle exclusive (for de la nationalité, for de la situation de l'immeuble)".

33 — Detta framgår inte bara av Jenardrapporten, enligt vilken ordningen för exklusiv behörighet för talan som avser sakrätt fastställdes i förhållande till konventionen på grund av i första hand allmänpolitiska hänsyn, utan även av vissa domar av domstolen med avseende på artikel 16.1 a. I sin dom av den 15 januari 1985 i mål 241/83, Rösler (REG 1985, s. 99), punkt 19, anförde domstolen i samband med nyttjanderättsavtal att "skälet till att den exklusiva behörigheten enligt artikel 16.1 bör finnas ... är att nyttjanderätten är nära knuten till fastighetsrätten och till de bestämmelser, som vanligen är av tvingande karaktär, som styr dess användning". Senare anförde domstolen i sin dom i målet Lieber, punkt 20, att det ligger i "intressena i den stat där den fasta egendomen är belägen att säkerställa att de bestämmelser följs som motiverar den exklusiva behörighet som ges till denna stat" genom artikel 16.1 a.

41. Domstolen har vidare i det parallella sammanhanget nyttjanderätt till fast egendom — som också omfattas av ordningen med exklusiv behörighet enligt artikel 16.1 a — gjort gällande att det föreligger exklusiv behörighet för domstolarna på den plats där den fasta egendomen är belägen trots att domen a priori skulle behöva verkställas i ett annat rättsområde. Det är just situationen med sådana skadeståndsförfaranden³⁵ som domstolen har tagit in i den exklusiva behörigheten i artikel 16.1 a. Detta gäller även om svaren har sin hemvist utanför territoriet i den konventionsstat där egendomen är belägen och domen måste verk-

34 — Som generaladvokaten Mancini beskrev dem i sitt förslag till avgörande av den 19 april 1988 i mål C-158/87, Scherrens mot Maenhout m.fl. (REG 1988, s. 3791), punkt 2, på s. 3799.

35 — Exempelvis i domen i målet Rösler, punkt 29.

ställas i en annan stat än den stat där den fasta egendomen är belägen.³⁶

2. Distinktionen mellan talan som avser sakrätt och talan som avser obligationsrätt

42. Jag anser därför att i den utsträckning som varje stat normalt har exklusiv befogenhet att kontrollera organisationen, strukturen och omfattningen hos sakrätten och dess skydd kommer den logiskt att ha exklusiv behörighet att döma i fråga om sådana rättigheter och fastställa de gränser och begränsningar som de medför, med hänsyn till fast egendom som är belägen inom dess territorium.

43. Det är i detta avseende som man måste förstå domstolens centrala tolkningsuttalande avseende det autonoma begreppet talan som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a, enligt vilket "domstolarna i den konventionsstat där fastigheten är belägen" endast har exklusiv behörighet i talan som "avser fastställelse av omfattningen eller beskaffenheten av fast egendom eller äganderätten eller besittningen till sådan egendom eller av huruvida det finns annan sakrätt knuten till denna egendom samt att tillförsäkra innehavarna av dessa rättigheter skydd för de befogenheter som är knutna till rättigheten".³⁷

44. Det autonoma begreppet "talan som avser sakrätt" skapades inte i ett rättsligt vakuum. Det motsvarar den klassiska juridiska distinktionen mellan talan som avser sakrätt — det vill säga en sådan talan som avses i artikel 16.1 a — och talan som avser obligationsrätt. Denna distinktion, som är välkänd i de flesta konventionsstater, även om den är mindre bekant för de jurister som arbetar med common law³⁸, är central för konventionen, särskilt för artikel 16.1 a, och den har uttryckligen använts av domstolen.³⁹ Det är till stor nytta att mer detaljerat definiera den praktiska omfattningen av behörighetsmonopolet i artikel 16.1 a, mot bakgrund av existensberättigandet för denna ordning med exklusiv behörighet, som just har beskrivits.

45. Denna distinktion grundar sig på den typ av rättighet som i huvudsak ger upphov till talan. I "en talan som avser sakrätt i den mening som avses i artikel 16.1" gör

36 — Se dom av den 27 januari 2000 i mål C-8/98, Dansomer (REG 2000, s. I-393), punkt 38, där domstolen anförde att "[d]en regel om exklusiv behörighet som ... föreskrivs i artikel 16.1 a i konventionen är tillämplig på talan om skadestånd för dåligt underhåll av egendomen och för skador som åsamkats en bostad som en enskild har hyrt för att där tillbringa ett antal semesterveckor ...". Domstolen ansåg emellertid att de danska domstolarna där fastigheten var belägen hade exklusiv behörighet i enlighet med artikel 16.1 a, trots att skadeståndsdomen nästan säkert skulle behöva verkställas i Tyskland, där hyrestagaren hade sin hemvist.

37 — Domen i målet Reichert, punkt 11, och i målet Gaillard, punkt 15 (min kursivering).

38 — Se Collins, L., *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, Butterworths, 1983, s. 78–79, där det framhålls att "uttrycket 'talan som avser sakrätt eller nyttjanderätt i fast egendom' inte stämmer överens med några förmögenhetsrättsliga begrepp i Förenade kungariket". Se under alla omständigheter, när det gäller begreppet *actio in rem* enligt engelsk sjö rätt, generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande av den 13 juli 1994 i mål C-406/92, Tatry (REG 1994, s. I-5439), punkt 19.

39 — Domen i målet Webb, punkt 15, och beslutet i målet Gaillard, punkterna 19–21. Alla senare mål i vilka domstolen haft att tolka artikel 16.1 a har dock rört begreppet talan avseende nyttjanderätt till fast egendom.

käranden gällande att "denne har rättigheter som är direkt knutna till egendomen och vilka kan verkställas i förhållande till hela världen".⁴⁰ Det omedelbara syftet med en sådan talan är sakrätten som befogenhet över en sak med uteslutande av all obehörig störning av denna sak. Å andra sidan avser käranden i en talan som avser obligationsrätt "endast att göra rättigheter gällande" mot angivna personer.⁴¹ Sådana rättigheter kan ha olika källor (avtal, brott, kvasiavtal och så vidare), men rättigheten har i alla händelser en direkt koppling till just den person eller de personer som anges av dess källa.⁴²

kommer därför fortfarande att avse obligationsrätt när den, som i målet Henkel⁴³, är en talan (i förebyggande syfte) som har väckts i syfte att förhindra en hotande skadeståndsgrundande handling och den därpå följande skadan för offret.

46. Som så ofta är fallet inom juridiken är denna distinktion lättare att uttrycka än att omsätta i praktiken. När det exempelvis gäller jämförelsen mellan en talan som avser obligationsrätt till följd av en skadeståndsgrundande handling och en talan som avser sakrätt är distinktionen förhållandevis okomplicerad. I centrum för en talan som härrör från skadeståndsansvar finns det en skyldighet att ersätta skada och/eller avlägsna den skada som har orsakats av skadevållaren. Skadeståndsansvar är den källa som ger upphov till denna skyldighet, vilken precis som alla andra skyldigheter måste gälla mellan angivna personer, nämligen skadevållaren och offret. Därför måste offrets talan för att uppnå uppfyllandet av denna skyldighet att betala ersättning eller stoppa skadan vara riktad mot en angiven person, gäldenären, och det rör sig därför om en talan som avser obligationsrätt. Talan

47. I motsats till detta finns det, i centrum för en talan som avser sakrätt, i stället för en skyldighet som rör en angiven gäldenär en sakrätt som en direkt befogenhet över saken vilken kan göras gällande mot alla. Om man kan säga att en sådan rättighet medför en skyldighet är det bara en skyldighet för hela världen att inte störa den utan ägarens medgivande. När det gäller sakrätten är ägarens befogenhet över saken av central betydelse. När det gäller obligationsrätten är det däremot den rättsliga skyldigheten som vissa personer blir bundna av.⁴⁴

40 — Domen i målet Webb, punkt 15. Se även beslutet i målet Gaillard, punkterna 18 och 19.

41 — Domen i målet Webb, punkt 15.

42 — Se beslutet i målet Gaillard, punkt 18.

43 — Dom av den 1 oktober 2002 i mål C-167/00, Henkel (REG 2002, s. I-08111), punkterna 46 och 47.

44 — Se Schlosserrapporten (EGT C 59, 1979, punkt 166, på s. 120). En parallell filosofisk distinktion finns exempelvis i Bentham, J., *An introduction to the principles of morals and legislation* — red. J.H. Burns och H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996, s. 192–193, i vilken det anges att "i den mån en person på ett sätt skall få antingen lycka eller säkerhet från något objekt ur kategorin saker anses denna sak vara hans egendom ... — ett brott, vilket tenderar att minska den möjlighet som personen annars har att få lycka eller säkerhet från något objekt ur kategorin saker kan därför betraktas som ett brott mot dennes egendom". Däremot kan "ett brott ... som tenderar att minska den möjlighet du annars skulle ha att få lycka från ... en person ... med en särskild anknytning till dig betraktas som ett brott mot dina livsomständigheter, eller bara mot dina omständigheter".

48. I en talan som avser sakrätt återoppar käranden därför sakrätt för att fastställa dess omfattning, beskaffenhet, eventuella belastningar, servitut eller andra begränsningar som kan begränsa den och att skydda fastigheten mot eventuella störningar som inte är förenliga med de förmånsrätter som följer av dennes rättighet. I en talan som avser obligationsrätt återoppar käranden däremot den skyldighet som binder denne till svaranden och vilken härrör från en viss källa, exempelvis skadeståndsansvar. Det är från just denna relation som rättsanspråket på skadestånd härrör, och inte direkt från själva sakrätten. Det framgår av fast rättspraxis att "det inte är tillräckligt att talan berör en sakrätt i fast egendom eller har ett samband med en fastighet för att artikel 16.1 i Brysselkonventionen skall vara tillämplig. Det krävs i stället att talan grundas på en sakrätt och inte på en obligationsrätt ...".⁴⁵

att den skulle besluta att detta företag skulle ersätta skadan på hans fastighet. Denna talan var utan tvekan en talan som avsåg obligationsrätt. Den syftade till att uppnå ett uppfyllande av en skyldighet gentemot Bier vilken var bindande för Mines de Potasse, och vars specifika källa var skadeståndsansvar.⁴⁷ Å andra sidan skulle en talan som avser sakrätt — vilket *inte* förelåg i målet Mines de Potasse — direkt avse en begränsning av rätten till saker (det vill säga en egendom) och ett förhindrande av störningar som inte var motiverade av någon befintlig rättighet eller förmånsrätt till dem.

49. Dessa två förfaranden är helt olika trots att det i båda fallen kan finnas en sakrätt som båda förfarandena syftar till att skydda — dock på olika sätt. Domen i målet Bier mot Mines de Potasse d'Alsace⁴⁶ är belysande avseende det sätt på vilket en talan som avser obligationsrätt som härrör från skadeståndsrätten har till syfte att skydda en äganderätt. Enligt Bier orsakade Mines de Potasse omfattande utsläpp av saltavfall i Rhen i Frankrike, vilka påverkade Biers fasta egendom, som var belägen i Nederländerna. Bier yrkade att domstolen skulle förklara att detta utsläpp av Mines de Potasse var olagligt och

50. Allt detta kan vid en första anblick se ut som en rent semantisk fråga i den betydelsen att dessa förfaranden, oavsett om de härrör från skadeståndsrätten eller förmögenhetsrätten, förefaller vara olika sätt att uppnå samma gemensamma mål, det vill säga att i slutänden skydda ägandet. Detta intryck förstärks av att ett sådant skydd kan ges genom förfaranden som avser förbudsförelägganden. Det förefaller vara en fråga endast om att välja mellan ett förbudsföreläggande som formellt härrör från förmögenhetsrätten och ett som härrör från skadeståndsrätten.

45 — Domen i målet Webb, punkt 14, i målet Lieber, punkt 13, och beslutet i målet Gaillard, punkt 16.

46 — Dom av den 30 november 1976 i mål 21/76 (REG 1976, s. 1735; svensk specialutgåva, s. 209).

47 — Såsom framhölls i Schlosserrapporten, punkt 163 på s. 120, är det absolut så att "talan om skadestånd som grundar sig på intrång i sakrätt i fast egendom eller på skada på egendom där det föreligger sakrätt i fast egendom inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 16.1" (min kursivering).

51. Det finns emellertid djupa och betydande skillnader mellan en talan som avser sakrätt och en som avser obligationsrätt för att skydda fast egendom mot störningar. De är resultatet av de långvariga skilda rätts-traditioner som har utvecklats och befästs inom skadeståndsrätten och förmögenhets-rätten i de olika konventionsstaterna.

(negatorisk äganderättstalan) som är välkänt i Tyskland⁴⁹, Italien⁵⁰ och även i Österrike enligt begäran om förhandsavgörande, genom vilket ägaren av marken hävdar sin frihet från utländska störningar som annars skulle utgöra ett servitut, en belastning eller en begränsning av dennes äganderätt. När en sådan talan som avser sakrätt tillämpas på det specifika sammanhanget sakrätt i angränsande fastigheter innebär den slutligen att det blir möjligt att fastställa huruvida äganderätten till egendomen i störningens källa sträcker sig tillräckligt långt för att motivera denna störning och den efterföljande begränsningen av äganderätten till den berörda fastigheten.

52. Att få störningar av egendom att upphöra är möjligt enligt privaträtten i de flesta europeiska rättssystem, inte bara genom talan som avser obligationsrätt, utan även genom talan som avser sakrätt i den mening som avses i konventionen. Det är i detta avseende välkänt att skyddet för förmögenhetsrätt i de flesta rättssystem i det kontinentala Europa kan uppnås genom förfaranden som har *saken* och rätten till den som sitt omedelbara föremål. Jag anser att det är just detta som domstolen har bekräftat när den uttryckligen i artikel 16.1 a har tagit in förfaranden som "tillförsäkrar innehavarna av dessa rättigheter *skydd* för de befogenheter som är knutna till rättigheten".⁴⁸ Det är exempelvis fallet med *actio negatoria*

53. Andra europeiska rättssystem är helt enkelt inte bekanta med förfaranden som *actio negatoria* (negatorisk äganderättstalan). De kan emellertid nå motsvarande slutresultat när det gäller skydd för fast egendom mot störningar som härrör från grannfastigheter, genom rättsliga institutioner som i stället lägger tonvikt vid uppförandet hos den person som är ansvarig för störningen. Det är exempelvis fallet med begreppet "tort of

48 — Domen i målet Reichert, punkt 11, och beslutet i målet Gaillard, punkt 15 (min kursivering). I Schlosserrapporten, punkt 166, på s. 120–121, noteras i detta avseende att "den viktigaste rättsliga konsekvensen av en sakrätts natur är att dess ägare har rätt att kräva att den sak till vilken rätten finns överlämnas av den som inte har en tidigare rättighet".

49 — Se paragraf 1004 i Bürgerliches Gesetzbuch (tyska civillagsamlingen) om anspråk på avlägsnande och förbudsföreläggande, där följande föreskrivs: "1. Om ägandet störs på annat sätt än genom avhållande eller undanhållande av besittning får ägaren från den som orsakar störningen kräva att störningen avlägsnas. Om ytterligare störning uppfattas får ägaren begära ett förbudsföreläggande i domstol. 2. Anspråket kan inte göras om ägaren är skyldig att tolerera störningen" (inofficiell översättning).

50 — Se artikel 949 i Codice civile (italienska civillagsamlingen) som etablerar den negatoriska äganderättstalan, enligt vilken "[ä]garen kan väcka talan i domstol för att få en förklaring om att de rättigheter på vilka andra har gjort anspråk i saken inte existerar, när han har anledning att tro att de kan vara till skada för honom. Om störningar eller besvär också uppstår kan ägaren begära att de upphör ..." (inofficiell översättning).

nuisance” (skadeståndsgrundande olägenheter) i anglo-saxisk rätt.⁵¹ Olika rättssystem har, vart och ett i sitt specifika sociala och kulturella sammanhang, i historien utvecklat motsvarande men olika rättsinstrument för att skydda egendom från yttre störningar, varav en del är inriktade på saken själv och rätten till den, och andra på relationerna mellan specifika personer, vilka innefattar mänskligt beteende som orsakar störningen.⁵²

rätten i de flesta rättssystem i Europa.⁵³ Det kan till och med stämma att förmögenhetsrätten, till skillnad från skadeståndsrätten, är tyngd av rättsliga definitioner som av många jurister betraktas som ålderdomliga för att hantera problemen med skydd för egendom mot olägenheter som härrör från en angränsande fastighet. Kanske är det den traditionella föreställningen om ”ägande” själv, som det rättsliga maktförhållandet mellan en person och en sak, som i allt högre grad har blivit ett omodernt begrepp som har ersatts av rättsliga begrepp som är mer inriktade på mänskliga relationer.⁵⁴

54. Man skall därför inte utgå från att så snart det finns en talan om att förhindra att en störning i en egendom uppstår eller om att få den att upphöra måste denna talan anses omfattas av begreppet förfaranden som avser skadeståndsrätt i artikel 5.3 i Brysselkonventionen. Det är i huvudsak denna inställning som ČEZ, Förenade kungariket och kommissionen har i förevarande mål, och jag kan inte hålla med om den.

55. Det kan förefalla som om en sådan inställning kan intas av de flesta jurister som är mindre bekanta med förmögenhets-

56. Verkligheten är emellertid sådan att sådana ”ålderdomliga” rättsliga begrepp från förmögenhetsrätten finns, liksom de förfaranden som väcks i enlighet med dem för att få en störning i fast egendom som inte är motiverad av någon tidigare rättighet över den att upphöra, och att de är väl etablerade i rättssystem i hela Europa. Man kan inte bortse från denna betydande rättsliga verklighet och bara slå fast att alla förfaranden som påstår sig skydda fast egendom mot störningar måste karakteriseras som förfaranden som avser obligationsrätt i mål som avser skadeståndsrätt i enlighet med konventionen.

51 — Se Lawson, F. och Rudden, B., *The Law of Property*, Clarendon Press, Oxford, 1982, s. 126.

52 — F. Lawson anmärkte i *A common lawyer looks at the civil law: five lectures delivered at the University of Michigan, November 16, 17, 18, 19, and 20, 1953*, Greenwood Press, Westport, 1977, s. 143, ur en common law-jurists perspektiv, att inom området olägenheter ”måste vi förvänta oss att hitta mycket av vår skadeståndsrätt i den civila förmögenhetsrätten”.

53 — Se Gambaro, A., ”Perspectives on the codification of the law of property, an overview”, i *European Review of Private Law*, Vol. 5 (1997), s. 497–504, särskilt s. 502, där det bekräftas att ”common law-system inte skapar problemet med skydd för äganderätt som en del av förmögenhetsrätten. Äganderätten verkställs i stället genom skadeståndsrätten.”

54 — Se Rifkin, J., *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism Where All of Life is a Paid-For Experience*, Tarcher/Putnam, New York, 2000, sidorna 6, 187 och 236–240.

57. Reglerna om bristande behörighet i Brysselkonventionen syftar inte till att harmonisera de materiella rättsordningarna i konventionsstaterna om hur äganderätt skall skyddas. De syftar i stället "bara" till att ge en enhetlig fördelning av behörighet mellan konventionsstaterna. I detta avseende ger artikel 5.3 behörighet i talan som avser obligationsrätt för skadestånd och/eller för att förhindra en hotande skada.⁵⁵ I artikel 16.1 a ges å andra sidan behörighet för en annan typ av talan som, mot bakgrund av det syfte som har beskrivits ovan, kan innefatta talan för att fastställa förekomsten av begränsningar av ägandet (exempelvis servitut, belastningar, lagstadgade begränsningar av ägandet som i slutänden kan gynna en annan angränsande fastighet) och för att få en oförenlig störning av den fasta egendomen att upphöra.

58. Konventionen måste, mot bakgrund av sitt syfte att fördela behörighet, respektera de institutionella val som träffas av rättssystem på nationell nivå, även om de är felaktiga, i fråga om regleringen av det materiella skyddet för fast egendom. Att hänföra alla avhjälpanden som härrör från förmögenhetsrätten och skadeståndstalan till förfaranden som rör skadestånd i enlighet med artikel 5.3 i konventionen skulle utgöra en störning av dessa val. En sådan infallsvinkel skulle vidare innebära att ägarna av fast egendom som är belägen i en konventionsstat bara skulle kunna begära skydd för denna fasta egendom

i denna stat, genom talan som härrör från förmögenhetsrätten mot störningar som har sitt ursprung i en annan stat, om svaranden hade sin hemvist i en konventionsstat i enlighet med artiklarna 2, 4 och 5.3 i konventionen.

59. Jag anser inte att domstolen bör ingripa på ett sådant sätt i väl etablerade rätts-traditioner. Frågan huruvida man måste skydda fast egendom mot störningar med ursprung i en angränsande fastighet genom att inrätta lagstadgade begränsningar av äganderätten, eller genom skadeståndsrätten, avgörs på olika sätt i olika rättssystem. I den mån syftet med konventionen bara är att fördela behörigheten mellan de olika konventionsstaterna, samtidigt som deras olika materiella förmögenhets- och skadeståndsrättsliga ordningar avseende skyddet för fast egendom respekteras, måste dessa skillnader till fullo beaktas vid tolkningen av konventionens förfaranderegler och karakteriseringen av de särskilda förfaranden som bedöms.

B — Karakteriseringen av en talan som Immissionsabwehrklage

60. Det står utom tvivel att begreppet "talan som avser sakrätt i fast egendom" måste

55 — Se domen i målet Henkel, punkterna 46 och 47.

tolkas autonomt. Samtidigt som denna tolkning måste respektera de nationella skillnaderna i valet av rättsordning för att skydda fast egendom måste den fortsätta att vara en autonom gemenskapstolkning. Med andra ord kan denna tolkning inte grunda sig på den mening som detta begrepp ges i en specifik konventionsstat. Det är därför nödvändigt att avgöra om den karakterisering som görs på nationell nivå av den specifika föreliggande talan motsvarar det autonoma begreppet talan som avser sakrätt enligt definitionen ovan. Såsom domstolen har betonat får detta autonoma begrepp vidare inte ges en tolkning som är mer omfattande än vad som krävs av skälen för att ge exklusiv behörighet till den domstol där den berörda fastigheten är belägen.⁵⁶

61. Den fråga som nu måste tas upp är huruvida en talan som Immissionsabwehrklage omfattas av det autonoma begreppet talan som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a. Detta är en typisk övning i att karakterisera en viss typ av talan, i förevarande mål Immissionsabwehrklage. Svårigheten med en sådan karakterisering är, precis som ofta är fallet i internationell privaträtt, att det är en karakterisering inte av fakta, utan av en talan som härrör från särskilda nationella lagstadgade bestämmelser.

62. I detta avseende står det, som jag just har anfört, utom tvivel att det i sig saknar relevans att Immissionsabwehrklage i Österrike, enligt begäran om förhandsavgörande, enligt nationell rätt karakteriseras som en talan som avser sakrätt.

63. Den nödvändiga karakteriseringen kräver i stället en objektiv granskning av Immissionsabwehrklages beskaffenhet och syfte för att fastställa dess natur. En sådan analys måste ske genom en objektiv bedömning av Immissionsabwehrklage mot bakgrund av det rättssystem som den tillhör. Fastställandet av Immissionsabwehrklages föremål och syfte gör det möjligt att fastställa huruvida den motsvarar det autonoma begreppet talan som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a i konventionen mot bakgrund av den mening och det syfte som beskrivs ovan.⁵⁷

64. Jag anser att det i slutänden ankommer på den nationella domstolen att göra denna analys av Immissionsabwehrklage som en del av dess nationella rätt. Den analys av Immissionsabwehrklages exakta beskaffenhet och syfte som är nödvändig för att fastställa huruvida den utgör en talan som avser sakrätt eller ej i den mening som avses i artikel 16.1 a måste syfta till att få ett svar på det som är den viktigaste frågan för just denna karakterisering, det vill säga om denna

56 — Se ovan punkterna 28 och 29 samt däri angiven rättspraxis.

57 — Se ovan punkt 31 och följande punkter

talán direkt avser att fastställa gränserna för ägande som härrör från relationerna mellan angränsande fastigheter.

65. Jag vill i detta avseende notera att de flesta nationella system är bekanta med rättsliga bestämmelser som inför lagstadgade begränsningar a priori av äganderätten till en fastighet med hänsyn till utsläpp med ursprung i angränsande fastigheter.⁵⁸

66. Sådana bestämmelser rör direkt den rättsliga avgränsningen av området för de befogenheter som följer av äganderätten till var och en av de angränsande fastigheterna. När en domstol prövar en talan som väcks i enlighet med sådana bestämmelser som avser ett förhållande av utsläpp kan det därför med rätta betraktas som om den direkt inför gränser för äganderätten, antingen genom att utövat av äganderätten till den fastighet där utsläppet har sitt ursprung begränsas, eller genom att rätten till den fastighet som påverkas av störningen begränsas, om den slår fast att denna mark bör stå ut med utsläppet.⁵⁹

58 — Se, exempelvis, med utgångspunkt i de gränser som införs genom lagen på den berörda fastigheten, artikel 844 i den italienska civillagen, där det föreskrivs att "1. [ä]garen till en fastighet inte kan förhindra utsläpp av rök, värme, ångor, buller, vibrationer eller liknande överföringar från en angränsande fastighet, när de inte överskrider vad som normalt kan tolereras, med hänsyn till platsernas villkor. 2. Vid tillämpningen av denna regel skall domstolen väga produktionskraven mot äganderätten ..." (inofficiell översättning).

59 — Såsom nämns i C. Von Bar, *The Common European Law of Torts*, Volume I, Clarendon Press, Oxford, 1998, N. 533, s. 551, avser dessa förmögenhetsrättsliga bestämmelser "att avgränsa två lika giltiga 'absoluta' materiella rättigheter". I sådana regler "föreskrivs vad en ägare får och inte får göra med sin egendom i förhållande till sin granne".

67. Vidare kommer varje gräns som en domstol kan införa på den berörda fastigheten genom att slå fast att den måste stå ut med utsläpp från den angränsande fastigheten att utgöra en förmån som beviljas en fastighet genom vilken den kan orsaka en viss nivå av olägenheter för en annan. Denna pålaga utgör ingen lättnad. Den kommer i alla händelser att utgöra en begränsning av äganderätten i en fastighet som i slutändan gynnar den andra och denna begränsning kommer att fortsätta oberoende av de personer som faktiskt innehar de angränsande fastigheterna.⁶⁰

68. Om detta är fallet för en talan som Immissionsabwehrklage enligt 364 § andra stycket i ABGB kan det knappast sägas att sakrätt i fast egendom inte är det direkta föremålet för denna talan. Immissionsabwehrklage bör i detta fall av den nationella domstolen karakteriseras som en talan som avser sakrätt som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 16.1 a.

69. På grund av ovanstående hänsyn anser jag därför att en talan som direkt avser att fastställa de lagstadgade begränsningarna av äganderätten till följd av grannrelationer mellan fastigheter, och att få en störning av

60 — Se, i samband med det franska rättssystemet, R. Libchaber, "Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles de voisinage" i *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, I, s.421–423, s. 425, s. 427 och s. 438–439.

fast egendom som anses oförenlig med dessa begränsningar att upphöra, bör anses omfattas av begreppet "talan som avser sakrätt i fast egendom" i enlighet med artikel 16.1 a i Brysselkonventionen. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida det är fallet med Immissionsabwehrklage enligt 364 § andra stycket i ABGB.

70. En annan men relaterad fråga rör den eventuella tillämpningen av 364a § i ABGB vilken har följande lydelse: "Om skadan på fastigheten orsakas av utsläpp av ämnen ... från en gruva eller en statligt godkänd anläggning, har ägaren till fastigheten endast rätt att kräva skadestånd vid domstol."

71. I detta avseende måste det, för det första, betonas att de österrikiska domstolarna enligt artikel 1 i konventionen inte har någon behörighet att pröva någon förvaltningsrättslig fråga som innefattas i målet. Frågan om existensen, beskaffenheten och de rättsliga effekterna av det statliga godkännandet för drift av kärnkraftverket skall därför lösas av den behöriga tjeckiska myndigheten "som agerar i utövandet av sina myndighetsbefogenheter".⁶¹

⁶¹ — Se exempelvis dom av den 16 december 1980 i mål 814/79, Nederländerna mot Rüffler (REG 1980, s. 3807), punkt 8.

72. Så snart ett sådant svar har lämnats av den behöriga myndigheten kan det statliga godkännandet, för det andra, i österrikiska domstolar betraktas som en omständighet som skall tas i övervägande vid tillämpningen av 364a § i ABGB. Detta kan få till följd att, även om Immissionsabwehrklage i enlighet med 364 § andra stycket anses omfattas av tillämpningsområdet för artikel 16.1 a i konventionen, de villkor som krävs i österrikisk lag för dess tillämpning kanske inte kan uppfyllas. Om de österrikiska domstolarna nu får in en sådan *skadeståndstalan*, kan de enligt 364 a § i ABGB naturligtvis ha behörighet att pröva den i enlighet med artikel 5.3 i förordning 44/2001, som numera är tillämplig i både Österrike och Tjeckiska republiken, men inte i enlighet med artikel 16.1 a i konventionen.

C — Följderna av en eventuell karakterisering av Immissionsabwehrklage som innebär att den omfattas av den exklusiva behörighet som föreskrivs i artikel 16.1 a

73. Om båda fastigheterna i förevarande mål hade varit belägna i Österrike skulle inga särskilda problem ha uppstått till följd av en eventuell karakterisering av Immissionsab-

wehrklage som en talan som omfattas av den exklusiva behörigheten för österrikiska domstolar i enlighet med artikel 16.1 a.⁶²

de tjeckiska domstolarna kan göra legitimt anspråk på exklusiv behörighet.

74. I förevarande mål föreligger emellertid, i den mån det rör fast egendom i två olika stater, mer vanskliga effekter av att Immissionsabwehrklage karakteriseras som en talan som avser sakrätt i den mening som avses i artikel 16.1 a. Samtidigt som de österrikiska domstolarna kan göra anspråk på exklusiv behörighet i enlighet med artikel 16.1 a att pröva en talan som avser att begränsa och skydda sakrätt i fast egendom över egendom inom sitt territorium, kan ändå domstolarna i Tjeckiska republiken också enligt sin nationella rätt legitimt göra anspråk på motsvarande exklusiva behörighet med avseende på den fasta egendom som påstås utgöra ursprunget till utsläppen.

76. Det för oss därför in på området med konkurrerande exklusiv behörighet. Denna besvärliga situation förefaller vid en första anblick innebära en logisk absurditet. En sådan absurditet föreligger emellertid inte i varje mål.

77. Man måste i detta avseende erinra om att denna situation där olika domstolar legitimt kan göra anspråk på exklusiv behörighet för talan som avser sakrätt över samma grund för talan eller rättsliga problem erkänns och regleras genom artikel 23 i konventionen. I denna bestämmelse föreskrivs följande: "Om flera domstolar är exklusivt behöriga, skall varje domstol utom den vid vilken talan först väckts förklara sig obehörig till förmån för den domstolen."

75. Jag anser att de österrikiska domstolarna, under förutsättning att Immissionsabwehrklage i förevarande mål karakteriseras som en talan som avser sakrätt i den mening som avses i artikel 16.1 a, har exklusiv behörighet att pröva denna talan utan hinder av att även

78. Denna bestämmelses tillämplighet är a priori sällsynt på grund av den inneboende logiken i ett behörighetsmonopol i den stat där den fasta egendomen är belägen att pröva talan som avser sakrätt och att tillämpa dess förmögenhetsrättsliga ordning. En sådan tillämplighet för artikel 23 kan emellertid uppstå, antingen när det är juridiskt omöjligt att skilja en egendom från de angränsande egendomarna på grund av det särskilda materiella rättsliga problem som

62 — Det skulle faktiskt vara karakteriseringen av en sådan talan som innebär att den inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 16.1 a som skulle ge ett ganska egendomligt resultat om svaranden hade sin hemvist i en annan konventionsstat än Österrike. Om det var fallet skulle domstolarna i den stat där svaranden hade sin hemvist beviljas en allmän behörighet att döma i fråga om lagstadgade begränsningar av äganderätt med avseende på två fastigheter som båda finns i en annan stat, Österrike.

analyseras, eller när en fastighet sträcker sig över två olika stater och inte är delbar.⁶³

79. I målet Scherrens togs frågan om tillämpligheten för artikel 23 indirekt upp av domstolen.⁶⁴ I detta fall påstod sig R.O.E. Scherrens vara hyrestagare, under ett enda hyresavtal, avseende jordbruksmark som var belägen i Nederländerna (cirka tolv hektar) och sju kilometer in i Belgien (fem hektar). Detta påstående bestreds av hyresvärdarna. R.O.E. Scherrens inledde skilda förfaranden i Nederländerna och i Belgien avseende de olika markbitarna och till domstolen ställdes frågan huruvida domstolarna i varje stat hade exklusiv behörighet avseende marken i denna stat. Domstolen slog fast att "[a]rtikel 16.1 i konventionen måste tolkas som att den betyder att i en tvist avseende förekomsten av ett hyresavtal som avser fast egendom som är belägen i två konventionsstater innehas exklusiv behörighet avseende den fasta egendom som är belägen i varje konventionsstat av domstolarna i denna stat".⁶⁵

80. Genom denna lösning undveks i praktiken erkännandet av att det förelåg konkurren-

rande exklusiv behörighet för domstolarna i båda staterna för att meddela dom med avseende på all mark. Därför åsidosattes tillämpningen av artikel 23, som kommissionen hade argumenterat för i målet Scherrens. Denna infallsvinkel av domstolen är förståelig mot bakgrund av att de markbitar som var belägna i de olika staterna, såsom generaladvokaten Mancini påpekade, "kunde delas upp i separata delar i juridiskt syfte och därför kunde omfattas av behörigheten för olika nationella domstolar".⁶⁶

81. När de två fasta egendomarna inte kan delas upp i juridiskt syfte är förekomsten av konkurrerande exklusiv behörighet emellertid inte bara uppenbar, trots att det är exceptionellt, utan det kräver dessutom en enkel lösning, som den som föreskrivs i artikel 23. I detta sammanhang behöver vi bara se på den klassiska situationen när det förekommer en debatt om förekomsten eller omfattningen av ett servitut mellan två angränsande fasta egendomar, som är belägna i två olika stater. Ägaren till den dominerande fastigheten gör gällande att hans mark åtnjuter en vägrätt (för att exempelvis tillåta åtkomst till en allmän väg) över den angränsande fastigheten.

63 — Se generellt om problemen med internationell privaträtt avseende fastigheter som är belägna i olika stater, Niboyet, J. "Les conflits de lois relatifs aux immeubles situés aux frontières des États (frontières internationales et inter-provinciales)" i *Révue de droit international et de législation comparée*, 1933, s. 468.

64 — Se särskilt förslaget till avgörande av generaladvokaten Mancini, punkt 3, s. 3799.

65 — Domen i målet Scherrens mot Maenhout m.fl., punkterna 13 och 16.

66 — Förslaget till avgörande av generaladvokaten Mancini i målet Scherrens mot Maenhout m.fl., punkt 3 på s. 3799. Denna lösning medför naturligtvis nackdelar i den mån som varje domstol kunde meddela materiellt motstridiga domar med avseende på den centrala bedömningsfrågan i detta mål, om förekomsten av det som i huvudsak är ett enda hyresavtal.

Ägaren till denna angränsande fastighet motsätter sig detta påstående om rätt till hans egendom.

dock erkännas att de två berörda fastigheterna faktiskt inte kan delas upp i juridiskt syfte.

82. En talan om fastställande av förekomsten eller omfattningen av ett sådant servitut måste anses vara en talan som avser sakrätt i den mening som avses i artikel 16.1 a i konventionen och inte en talan som avser obligationsrätt. En domstol som prövar denna talan kommer att avgöra direkt i fråga om sakrätt i fast egendom som befogenhet över saker. Ägarna till båda fastigheterna kan bytas ut men servitutet kommer att kvarstå under hela den tid då den situation som ger upphov till den kvarstår. I den utsträckning som fastställandet av ett sådant servitut medför att äganderätten till den tjänande fastigheten begränsas av servitutet, medan ägandet av den dominerande fastigheten kommer att gynnas av servitutet, kommer detta vidare att vara ett fall där det är uppenbart omöjligt att dela de två fasta egendomarna i juridiskt syfte. Det kommer att vara juridiskt omöjligt att bedöma sakrätten i fast egendom över en egendom utan att ta hänsyn till obligationsrätten i den andra. Jag anser att detta skulle göra att ett fall skulle omfattas av tillämpningsområdet för artikel 23 i konventionen.

83. Förevarande mål har inte med just servitut att göra. I den mån förevarande talan möjligen avser att fastställa gränser för en äganderätt som inte kan förstås utan en avgränsning av omfattningen för äganderätten till en angränsande fastighet måste det

84. Hänsyn måste absolut tas till enkelheten i att tolka begreppet talan som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a för att undvika situationer med konkurrerande exklusiv behörighet i enlighet med artikel 23 och det resulterande valet av forum för käranden. Jag anser emellertid inte att en tolkning av begreppet talan som avser sakrätt i enlighet med artikel 16.1 a, och den objektiva karakteriseringen av en viss form av talan som att den omfattas av dess tillämpningsområde, kan tillåtas vara beroende av en senare upptäckt att en situation med konkurrerande exklusiv behörighet skulle uppstå, särskilt med hänsyn till att det är i artikel 23 i konventionen själv som sådana situationer med konkurrerande exklusiv behörighet uttryckligen beskrivs och regleras.

85. När det gäller problemet med *forum shopping* finns det inget inneboende fel i möjligheten att välja forum i ett mål som rör egendomar som inte kan delas upp i juridiskt syfte.⁶⁷ Ett sådant val av forum är bara en följd av den omständigheten att *endast en domstol* kan tillåtas meddela dom i föremålet för talan, och det enklaste kriteriet för att avgöra vilken domstol som har denna

67 — Se det nya förslaget till avgörande av den av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i mål C-1/04, Staubitz-Schreiber (REG 2005, dom av den 17 januari 2006, s. I-701, s. I-703), punkt 70 och följande punkter, där han i punkt 72 anför att *forum shopping* bara innebär "att de processuella möjligheterna optimeras och är en följd av att parallell behörighet föreligger, och i detta ligger ingenting otillåtet".

behörighet är enligt artikel 23 kriteriet som rör den domstol vid vilken talan först väckts.

86. Jag anser också att den lösning som föreslås är den som passar bättre för den ordning som föreskrivs i artikel 5.3, såsom den har tolkats av domstolen sedan dess dom i målet *Bier mot Mines de Potasse d'Alsace*.⁶⁸ Enligt denna ordning finns det en konkurrerande särskild behörighet att pröva talan som avser skadestånd för domstolarna både på den ort där den handling som medförde skadan inträffade och på den ort där skadan orsakades. Till följd av detta kan talan alltefter kändens val väckas mot svaranden vid domstolen på den ena eller den andra orten.

87. Jag vill avslutningsvis göra några anmärkningar avseende de villkor på vilka de nationella domstolarna bör utöva den behörighet som de beviljas genom konventionen i mål som det förevarande.

88. En ordning enligt vilken ägaren av den fasta egendomen beviljas rätten att befrias från störningen och har rätt till ett förbuds-föreläggande för att få den att upphöra innebär att en *egendomsregel* antas. En skadeståndstalan medför däremot en typisk *ansvarsregel* enligt vilken ägaren måste stå ut

med utsläppet men kan kräva ersättning enligt ordningen med civilt skadeståndsansvar.⁶⁹ Både ansvars- och egendomsregler syftar till att lösa tvister som avser olägenheter och är olika sätt att skydda äganderätten till den mark som påverkas av utsläppen. Det beslutsfattaren eller domaren i slutänden måste göra vid hanteringen av en fråga om olägenheter är i själva verket i huvudsak att välja mellan en egendomsregel och en ansvarsregel.

89. Man måste emellertid komma ihåg att vi i samband med konventionen inte väljer mellan olika juridiska lösningar på det materiella problemet utan mellan konkurrerande behöriga domstolar. Även om antagandet av en ansvarsregel kan vara den bästa lösningen på problemet med gränsöverskridande radioaktiva utsläpp, som en analys av transaktionskostnaderna ger vid handen⁷⁰, har domstolen inte rätt att ge företräde åt en

69 — Se när det gäller denna distinktion, som inte helt motsvarar den traditionella distinktionen mellan talan som avser sakrätt och talan som avser obligationsrätt, som har beskrivits ovan, G. Calabresi och A. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" i *Harvard Law Review*, Volume 85, 1972, s. 1089, särskilt s. 1092.

70 — Se Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 5:e upplagan, Aspen Publishing, New York, s. 68–71, där det görs gällande att en ansvarsregel bör användas när transaktionskostnaderna är höga och en egendomsregel när dessa kostnader är låga. Sådana transaktionskostnader är höga när de skadliga yttre förhållanden som har sitt ursprung i en egendom i en stat påverkar många olika egendomar och personer i en annan stat. Det blir fallet i den mån "förorenaren" enligt en egendomsregel, för att fortsätta sin verksamhet, måste "köpa" rätten att förorena från varje fastighetsägare som berörs.

68 — Domen i målet *Bier mot Mines de Potasse d'Alsace*, punkterna 24–25. Se den senare domen av den 11 januari 1990 i mål C-220/88, *Dumez France och Tracoba* (REG 1990, s. I-49), punkt 10, av den 7 mars 1995 i mål C-68/93, *Shevill mot Presse Alliance* (REG 1995, s. I-415), punkterna 20 och 33, av den 19 september 1995 i mål C-364/93, *Marinari mot Lloyds Bank och Zubaidi Trading Company* (REG 1995, s. I-2719), punkt 11, samt av den 5 februari 2004 i mål C-18/02, *DFDS Torline* (REG 2004, s. I-1417), punkt 40.

sådan lösning när den uppmanas att tolka konventionens regler om bristande behörighet. Konventionen syftar inte till att skapa enhetlighet mellan materiella rättssystem i konventionsstaterna med hänsyn till skyddet för fast egendom genom att föra in alla avhjälpanden inom skadestånds- och förmögenhetsrätten i begreppet talan som avser skadestånd enligt artikel 5.3 i konventionen. Den grundar sig i stället på en önskan om samordning och samarbete mellan olika behöriga domstolar.

90. Det bästa sättet att hantera problem med internationell behörighet enligt konventionen är därför i fall som det förevarande när de uppstår mellan konventionsstater just att koppla samman behörigheten i talan som avser skadestånd med behörigheten i talan som avser sakrätt. När de två angränsande egendomarna är belägna i olika konventionsstater bör båda domstolarna, enligt min uppfattning, kunna göra anspråk på exklusiv behörighet för bedömningen av de lagstadgade begränsningarna av ägandet till fast egendom som är belägen i deras respektive territorier. På samma sätt kommer de båda att anses behöriga att bedöma målet med

hänsyn till skadestånd, när skadan inträffar i en stat och den handling som medför skadan inträffar i en annan stat.

91. Om båda domstolarna slutligen medger att pröva sådana olika förfaranden som härrör från skadeståndsrätten och förmögenhetsrätten kommer en risk för att oförenliga domar meddelas att uppstå. Bestämmelserna om litispendens och relaterade handlingar som föreskrivs i konventionen i artiklarna 21 och 22 kommer då att spela in för att förhindra att denna risk blir till verklighet.⁷¹

92. Att bevilja en av dessa domstolar behörighet att besluta om antingen gränserna för ägande och/eller eventuellt skadeståndsansvar, när det gäller olägenheter som innefattar fast egendom som är belägen i två olika stater ger i alla händelser upphov till ett problem som rör överföring av kostnader från en stat till en annan. Om den domstol som i slutänden behåller behörigheten att avgöra hela föremålet för talan, som den första domstol i vilken talan väcktes, är domstolen i den stat där den berörda egendomen är belägen, kan den exempelvis i själva verket besluta utan att ta hänsyn till de kostnader och fördelar som följer av föroreningen i den stat där föroreningen har sitt ursprung, utan bara till de kostnader som har

71 — Se dom av den 8 december 1987 i mål 144/86, Gubisch Maschinenfabrik mot Palumbo (REG 1987, s. 4861; svensk specialutgåva s. 271), punkt 8, och domen i målet Tatry, punkt 32, där det erinras om att dessa bestämmelser bland annat syftar till att "hindra att parallella processer handläggs samtidigt vid olika konventionsstaters domstolar och eventuellt resulterar i oförenliga domar".

orsakats av utsläppen i dess egen stat. Denna risk för överföring av kostnader är verklig. Svaret på detta problem måste emellertid hittas på nivån för de specifika beslut som fattas av de nationella domstolar där en sådan talan först väcks.

93. I detta avseende pekar den anda av samordning och samarbete som genomsyrar konventionen på vikten av förtroende i den transnationella roll som de nationella domstolarna spelar. Detta är särskilt viktigt just i sammanhanget med mål som rör transnationella olägenheter som innefattar fastigheter som är belägna i olika stater. I sådana fall måste särskild hänsyn i den dom som skall meddelas tas till situationens transnationella karaktär. Det innebär att nationella domstolar med behörighet att pröva transnationella situationer i enlighet med konventionens regler har specifika skyldigheter som härrör från målets transnationella karaktär, i syfte att undvika den risk för överföring av kostnader som nämns ovan.

94. Sådana skyldigheter härrör först och främst från förekomsten av gränser för erkännandet av beslut som inte respekterar de berörda rättssystemens allmänna politik för vilken erkännande kan sökas.⁷² I den mån en dom rör en transnationell situation,

såsom gränsöverskridande olägenheter, kommer beslutet inte att sakna effekter i andra stater och det är i detta avseende som frågan om erkännande av domen utomlands kan uppstå. Domstolarna i den konventionsstat som har behörighet att pröva målet måste därför respektera de skyldigheter som härrör från diskussionen om vad som skulle kunna vara en dom som är oförenlig med utländska allmänpolitiska bestämmelser.⁷³

95. I samband med mål som rör transnationella olägenheter måste hänsyn för det första tas till dessa skyldigheter i valet av det lämpligaste rättsliga avhjälpandet. Om det nationella rättssystemet tillåter skydd för egendom genom antingen en egendomsregel eller en ansvarsregel kan målets transnationella dimension och den eventuella svårigheten med att göra en bedömning av kostnadsfördelar ha relevans för detta val. För det andra kan samma hänsyn till en diskussion om situationens transnationella karaktär ha relevans för att hitta en balans mellan alla relevanta element med hänsyn till bedömningen av skadans omfattning eller bedömningen av risken för att en sådana skada kan uppstå.

72 — Se artikel 27.1 i konventionen.

73 — Förevarande mål rör konventionen och inte förordning nr 44/2001, men jag ser vid en första anblick ingen anledning att inte ta hänsyn till att nationella domstolar som beviljas behörighet enligt denna förordning agerar inom de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas tillämpningsområde på så sätt att de omfattas av de allmänna gemenskapsrättsliga principerna. I detta sammanhang gäller det särskilt principerna om proportionalitet, icke-diskriminering och ett effektivt rättskydd.

III — Förslag till avgörande

96. Mot bakgrund av ovanstående anser jag att domstolen skall besvara den av Oberster Gerichtshof ställda tolkningsfrågan på följande sätt:

En talan som direkt avser att fastställa de lagstadgade begränsningarna av äganderätten till följd av grannrelationer mellan fastigheter, och få en störning av fast egendom som anses oförenlig med dessa begränsningar att upphöra, bör anses omfattas av begreppet "talan som avser sakrätt i fast egendom", i enlighet med artikel 16.1 a i konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (undertecknad den 27 september 1968) i dess ändrade ordalydelse enligt konventionen om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde (undertecknad den 9 oktober 1978), konventionen om Republiken Greklands tillträde (undertecknad den 25 oktober 1982), konventionen om Konungariket Spaniens och Republiken Portugals tillträde (undertecknad den 26 maj 1989) samt konventionen om Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges tillträde (undertecknad den 29 november 1996). Det ankommer på den nationella domstolen att fastställa huruvida detta är fallet med Immissionsabwehrklage i enlighet med 364 § andra stycket i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.