

Festskrift til Ole Lando
– Papers dedicated to Ole Lando

Den 2. september 1997

Red. af
Lennart Lynge Andersen
Jens Fejø
Ruth Nielsen

GADJURA

Red. af Lennart Lynge Andersen,
Jens Fejø og Ruth Nielsen
Festskrift til Ole Lando
– *Papers dedicated to Ole Lando*
1. udgave / 1. oplag
© GadJura A/S, København 1997

ISBN 87-607-0445-4

Grafisk tilrettelæggelse: Axel Surland
Omslag: Jens Hage
Sats og tryk: AKA-PRINT, Århus

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Indholdsfortegnelse

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Forord | 7 |
| <i>Lennart Lynge Andersen</i> Kreditretten i 1990'erne | 9 |
| <i>Hugh Beale</i> The Principles of European Contract Law and Harmoni- sation of the Laws of Contract | 21 |
| <i>Peter Blok</i> Domskonventionens opfyldelsesværdning – en kritisk vurdering | 41 |
| <i>Michael Bogdan</i> Common Law versus Civil Law in International Development Aid | 69 |
| <i>M.G. Bridge</i> The Vienna Sales Convention and English Law: Curing Defective Performance by the Seller | 83 |
| <i>Carlo Castronovo</i> Contract and the idea of codification in the principles of European contract law | 109 |
| <i>Ole Due</i> Hvad mener de dog? (Om læsning af EU-domstolens afgørelser) | 125 |
| <i>Jens Fejø</i> Dansk ret og EU-konkurrencereglerne. Specielt om forholdet til gruppefritagelsesforordningerne | 145 |
| <i>Bernhard Gomard</i> Erstatningsansvar for selskabstømning | 165 |
| <i>Arthur Hartkamp</i> Formation of Contracts according to the Principles of European Contract Law | 177 |
| <i>Gunnar W.G. Karnell</i> Videospelet – en upphovsrättslig treenighet – dess skydds- och spridningsförutsättningar enligt svensk rätt | 187 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Hein Kötz</i> | |
| Unfair Terms in Consumer Contracts (Recent Developments in Europe from a Comparative and Economic Perspective) | 203 |
| <i>Kai Krüger</i> | |
| Default Remedies in International Arbitration Proceedings | 217 |
| <i>Ruth Nielsen</i> | |
| International privatret og udstationering af arbejdstagere | 237 |
| <i>Lennart Pålsson</i> | |
| The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions: <i>The Forum Solutionis</i> | 259 |
| <i>Hjalte Rasmussen</i> | |
| Art. 177 og dansk suverænitetssafgivelse | 283 |
| <i>Denis Tallon</i> | |
| Les obstacles à l'unification du droit: comment les surmonter? | 317 |
| <i>Elisabeth Thuesen</i> | |
| Produkt og pligt i handelsagentur | 325 |
| <i>Winfried Tillmann</i> | |
| Artikel 100a EGV als Grundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch | 351 |

Ole Lando, 75 år den 2. september 1997

Ole Landos vedholdende og intense interesse for forskning og uddannelse/undervisning har sat sine tydelige spor.

Disputatsen om "KONTRAKTSTATUTTET, The Proper Law of the Contract", fra 1962 står som kulminationen af ungdomsårenes forskningsindsats. Yderligere skal her blot nævnes, at "Udenrigshandelens kontrakter" gennem de 4 udgaver forsknings- og undervisningsmæssigt har fundet meget stor anerkendelse og udbredelse ikke blot i Danmark, men tillige i de øvrige nordiske lande. Igennem de seneste år har Ole Landos forskningsmæssige indsats især været knyttet til arbejdet om "Principles of European Contract Law" [*Lando & Beale* (eds.) *Principles of European Contract Law, Part 1*, Dordrecht 1995], som har udmøntet sig i en mangfoldighed af arbejder fra Ole Landos egen hånd, som afspejler den modne forskers indsigt, erfaring og overblik.

På det uddannelses- og undervisningsmæssige felt har Ole Lando med iver og stor pædagogisk styrke varetaget undervisningen ved Handelshøjskolen i København gennem en årrække, og hans store indsigt og pædagogiske evner kommer stadig de studerende ved Handelshøjskolen til gode. Hans aktive medvirken i studienævnsarbejdet i tilknytning til etableringen af cand.merc.(jur).-uddannelsen må i denne sammenhæng også trækkes frem. Men Oles pædagogiske kvaliteter har været og er stadig meget efterspurgt i ikke mindst international sammenhæng.

Formålet med dette festskrift er at hylde ham på dagen med særlig betoning af hans indsats på de nævnte felter. Kredsen af kolleger, som har bidraget til skriftet, bærer vidnesbyrd om den brede og internationale kontaktflade, der har været et kendemærke for Ole. Festskriftet er samtidig udtryk for en taknemmelighed og respekt for den indsats, Ole gennem sit virke har udøvet.

Lennart Lynge Andersen Jens Fejø Ruth Nielsen

Kreditretten i 1990'erne

Professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen

Basalt er det kreditrettens opgave at beskrive og analysere, hvorledes virksomheder og personer får tilført fremmedkapital, og hvilke retlige instrumenter kreditgiverne regelmæssigt vil anvende, når de foretager udlån. Emnekredsen udvides af finansielle aktiviteter som investering, pensionsordninger og – i helt ny tid – såkaldt rådgivning. Kreditretten udspringer af obligationsretten og formueretten, men er ikke bundet til stive faggrænser. Kreditretten er ny i sin intensitet og sin interesse for at se de retlige og erhvervsøkonomiske spørgsmål fra såvel de finansielle institutioners som kundernes side. Aktørernes adfærd og den information, der gives eksempelvis om en kreditaftale og vedkommende sikkerhedsinstrument, udgør i højere grad dagsordenen, end det har været tilfældet i de traditionelle discipliner. Dette må også ses som en direkte konsekvens af, at faget bygger på den erhvervsjuridiske metode.

Da jeg kom til Handelshøjskolen i efteråret 1990, foreslog institutbestyreren, at jeg så nærmere på faget *finansieringsret*, hvor der bl.a. manglede lærebøger, der især tog sigte på den forskningsmodel, der var nærmere behandlet af *Børge Dahl* i en – banebrydende, viste det sig – afhandling “Erhvervsjura som ledelsesredskab”, trykt i FSR’s Årsskrift 1990 s. 97 ff. Her introduceredes *den erhvervsjuridiske opgave*, hvor “vægten lægges på den forudgående præventive, anvendelse til forebyggelse af konflikter og indgreb”. Jeg indforskrev mig straks som en af disciplene.

Ole Lando har som bekendt især skrevet om (internationale) kontraktsforhold, men hans interessefelt og bredde er stor. I 1992 tog han initiativ til “Lando-Commission II”, der skulle se på finansielle tjenesteydelser i europæisk sammenhæng. Projektet afventer tilførsel af midler (en traditionel kreditretlig opgave!), men også i anden sammenhæng har han vist interesse for kreditretten. Dette var f.eks. tilfældet under drøftelserne i HA(jur.)-studienævnet, hvor vi sad sammen.

Mit emne er derfor blevet Kreditretten i 1990'erne, hvor jeg omtaler

Lennart Lyngge Andersen

fagets hovedspørgsmål og perspektiv. Kreditretten er ikke som obligationsretten og formueretten en gammel, forholdsvis veldefineret disciplin. Den er – som *Kai Krüger* udtrykte det i *Jussens Venner* 1979 s. 252 – “romslig”, hvilket jeg oversætter på den måde, at kreditretten ikke ønsker og ikke kan operere inden for traditionelle faggrænser: Vi tager i stedet, hvad vi kan bruge fra de kendte fag.

Kreditretten er erhvervsjuraens pulsslag. Uden kreditgivning og betalingsformidling ville det kommercielle liv være ilde stedt. Basalt er det kreditrettens opgave at beskrive, hvorledes virksomheder og personer får tilført fremmedkapital, og hvilke retlige instrumenter kreditgiverne regelmæssigt vil anvende, når de foretager udlån. Denne kortfattede beskrivelse kan føre nogle til den tanke, at det er traditionelle emner som pant og kaution, der står i højsædet. Accénten bliver imidlertid lagt på noget andet.

Jeg kan illustrere det på to måder, dels ved at beskrive den udvikling, der har været i de seneste år, dels ved at ridse op, hvor der sættes ind i disse år.

1. *Udviklingen*

Kreditretten interesserer sig for alle finansielle institutioner og deres kundeforhold, men af flere grunde er der i de seneste år blevet sat mest focus på pengeinstitutterne, allerede af den grund, at den kommer vi alle i forbindelse med, og de vil så gerne i forbindelse med os. Skal man tage en markant udvikling inden for kreditretten, kan man illustrere det på følgende måde: Der er tale om et tog, der blev langsomt sat i gang i midten af 1980'erne, satte farten op i 1988 og 1990 og som ikke er standset siden. Der er i de sidste 10 år sket en udvikling, der har forandret forholdet mellem de finansielle institutioner og kunderne og ganske særligt forholdet mellem pengeinstitut og kunde. Det er ikke lovgivningen som sådan, der har været den primære motor. Langt vigtigere har været tre forhold, der selvsagt ikke kan skilles ad. *For det første* er der gjort en stor indsats fra Forbrugerrådet og forbrugermyndighedernes side for at belyse, hvilke problemer kunderne bliver stillet overfor i det daglige bankliv. Man kan udtrykke det således, at disse organer har givet forholdet til pengeinstitutterne topprioritet i deres bestræbelser på at mildne kårene for bankkunderne – en prioritering, der kan være funderet i flere forhold. Det samfundsmæssige interessante er – som påpeget af *Peter Møgelvang-Hansen* i Festskrift til Børge Dahl

(1994) s. 161 – at det, man i andre sammenhænge har kaldt forbrugerbeskyttelsen, først for alvor er slået igennem på pengeinstitutområdet, efter at forbrugerbeskyttelsessynspunkter på en række andre områder havde mistet noget af sine politiske gennemslagskraft. *For det andet* – forbundet med det første – er der sket det, at såvel domstolene som kunderne (og deres rådgivere, eksempelvis advokater) i langt højere grad er begyndt at interessere sig for pengeinstitutternes dokumenter og formularer – ja ligefrem er begyndt at læse, hvad der står i dem. Jeg har selv i den forløbne tid brugt megen tid – ikke altid med et frugtbart resultat – på at overbevise både yngre og ældre bankfolk om, at der ikke er tale om, at (specielt) juristerne forfølger dem – jeg tager dog gerne et forbehold for enkelte af Forbrugerombudsmandens initiativer – men at “vi” blot ser på, *hvad de har aftalt med kunden, og hvad de har informeret kunden om.*

Det er tankevækkende, at det er Højesteret, der har sagt det stærkest og tydeligst. I en erhvervskautionsag fra 1990 – summarisk refereret i *U 1990.247 H* – hvor problemet var, om to anpartshaveres kaution var flyttet med, da anpartsselskabet skiftede pengeinstitut og dermed kassekredit, hedder det som indledende præmis:¹

“Det må ved sagens pådømmelse tillægges væsentlig betydning, at [Sparekassen] som pengeinstitut har været velbekendt med skyldforhold og kauti-
oner.”

Denne sag er blot en af de mange domme, der i de senere år er blevet afsagt på kreditrettens område. Man kan ved selvsyn konstatere, at der i næsten hvert nummer af Ugeskriftet – nu et nationalt klenodie på linie med Guldhornene – er afgørelser af kreditretlig interesse.

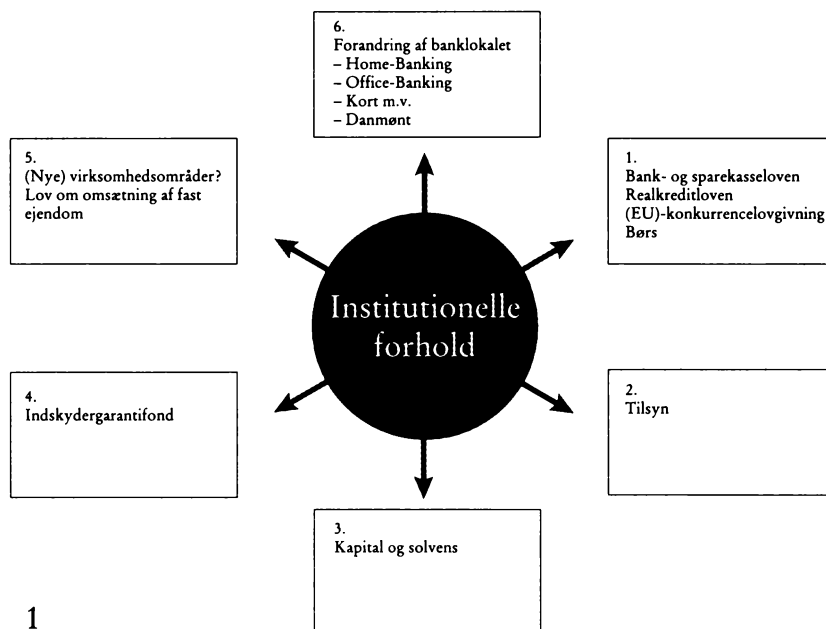
For det tredje har det haft en markant betydning, at der fra 1988 blev etableret et *Pengeinstitutankenævnet* med deltagelse af uafhængige jurister, branchen selv og repræsentanter for forbrugerne. Selv om der – selvsagt – er grund til at forholde sig kritisk til i hvert fald enkelte afgørelser fra Nævnet, har klagebehandlingen ved Pengeinstitutankenævnet – med *Peter Møgelvang-Hansens* ord – givet et indblik i dagligdagens forbrugerproblemer i pengeinstitutterne og i, hvordan problemerne opfattes og håndteres på hver sin side af skranken.²

1. Samme præmis findes i dissensen til Pengeinstitutankenævnets sag 250/1992 om kreditaftalelovens § 8.

Lennart Lyngge Andersen

2. Kreditrettens to søjler

Kreditretten bygger på to søjler, (1) *de institutionelle forhold* og (2) *kundeforholdet*. Forholdet kan illustreres således:

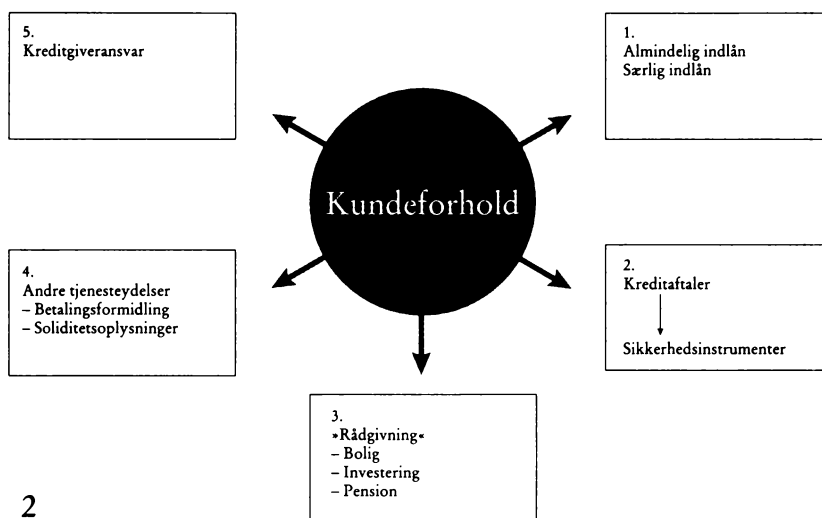


Jeg behandler i det følgende navnlig relationen mellem institution og kunde. Samme prioritering har jeg foretaget i den daglige forskning. Det skyldes ikke ulyst til at behandle de institutionelle forhold – der på flere punkter trænger til en dyberegående retlig vurdering – men at det samlede felt er så stort, at der må prioriteres.

Blandt de emner, der trænger sig på, er *de finansielle institutioners virksomhedsområde*, institutionelle spørgsmål i forhold til *lov om omsætning af fast ejendom*, samt en analyse af *bank- og sparekasselovens § 1, stk. 6*.

2. Fra 1992 er der tillige nedsat et *Realkreditankenævn* på grundlag af samme konstruktion.

Bortset fra “konverteringsbølgen” synes dette ankenævn ikke at være overbelastet med sager.



3. Kunderelationen

Det er herefter spørgsmålet, hvilke emner og problemkredse, der trænger sig på, når det gælder forholdet mellem institution og kunde.

3.1. Dansk ret er godt repræsenteret, når det gælder beskrivelsen og analysen af de traditionelle sikkerhedsinstrumenter *underpant* og *håndpant*. *W.E. von Eybens* Panterrettigheder og *Knud Illums* Dansk Tingsret kan stadig anvendes som opslagsværker – og man vil konstatere, at meget stadig er gældende ret. Bøgerne er undervisningsmæssigt blevet afløst af *Thomas Rørdam* og *Vagn Carstensen*: *Pant* (5. udg. 1993), *Lennart Lynge Andersen* og *Erik Werlauff*: *Kreditretten* (1995) og *Lennart Lynge Andersen*, *Peter Møgelvang-Hansen* og *Henrik Gam*: *Kreditretlige Emner* (2. udg. 1997).³

Hvad angår *kaution* må det med al respekt konstateres, at hovedværket stadig er *Henry Ussings* bog fra 1928. Bortset fra at *Ussing* af naturlige grunde ikke har kunnet forholde sig til de unoder på kautionsområdet, der er kommet for dagen ved en avalanche af kundeklager til Pengeinstitutankenævnet, må det lægges til grund, at *Ussing* meget sjældent underkendes på området.⁴

3. Se også *Nis Jul Clausen*: *Sikkerhed i fordringer* (2. udg. 1996) og *Bent Iversen*: *Sikkerhedsrettigheder* (1995).

Lennart Lynge Andersen

Med *Peter Møgelvang-Hansens* rapport: Privat kaution for banklån – kautionistproblemer og -beskyttelse (1995), der bygger på et fælles-nordisk materiale, har man imidlertid dels fået en meget velkrevet analyse af moderne kautionistproblemer dels grundlaget for den legislative debat, der burde være kommet forlængst. Hidtil er det eneste mærkbare et protokollat til de såkaldt Ethiske Regler,⁵ som vistnok ikke er nået ud til alle filialer i det ganske land. Fra at være et acceptabelt – nærmest maskinmæssigt anvendt – sikkerhedsinstrument kan man i dag få selv hærdede bankfolk til at indrømme, at brugen af kaution i privat kunde-forhold er gået for vidt, og – og det er jo problemets kerne – ikke er ledsaget af den fornødne information til kautionisten om, hvad det er, der skrives under på.

3.2. *Kreditaftaleloven* trådte i kraft den 1. januar 1992. Foruden kendt juridisk gods, der stammer fra afbetalingsloven og kreditkøbsloven, gennemfører loven to EU-direktiver om forbrugerkredit. Sigtet er, at forbrugerne skal have oplysninger om en kreditaftales økonomiske og juridiske indhold, således at de gennem *lending shopping* kan vurdere, hvad der er billigst og mest hensigtsmæssigt for dem. Det er muligt, at lovgiver på dette punkt har overvurderet forbrugernes lyst til at læse.

Nu har vi fået loven, og det påkalder sig derfor opmærksomhed, at Forbrugerombudsmanden – i anledning af en konkret sag – i et hyrdebrev af 7. august 1996 til Advokatrådet, domstolene og en række organisationer inden for den finansielle sektor udtalte følgende:

“Det er uheldigt, at ufravigelige regler til beskyttelse af forbrugerne i kreditaftaleloven og renteloven i et betydeligt antal tilfælde er blevet overtrådt. Det er især uheldigt i tilfælde, hvor advokater og domstole har haft sager vedrørende sådanne låneaftaler til behandling – typisk ved misligholdelse eller skifteretsbehandling – uden at det er påset, at lånedokumenterne opfylder lovgivningens krav, og at manglende overholdelse af lovgivningen får de (økonomiske) konsekvenser for kreditgiveren, som er foreskrevet i lovgivningen.

Det er klart, at det først og fremmest er den enkelte virksomhed, der har ansvaret for, at den overholder lovgivningen. Men det er vigtigt for forbru-

4. I undervisningen anvendes i dag *Hans Viggo Godsk Pedersen: Kaution* (4. udg. 1996), *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten* (1995), sidstnævnte suppleret af *Lennart Lynge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen: Bankretlige emner* (1994).

5. Protokollatet er gengivet af *Peter Møgelvang-Hansen* anf.st. s. 107.

geren, at involverede advokater og domstole er med til at påse, at ufravigelige forbrugerbeskyttelsesregler overholdes, idet forbrugeren ofte ikke har juridisk bistand i forbindelse med bl.a. inkassosager. Og PFA-sagen er efter alt at dømme ikke et enestående tilfælde.”

Hændelsesforløbet giver anledning til at overveje, om loven er for ambitiøs i sine krav til de oplysninger, kunden skal have udleveret som grundlaget for vurderingen. Her må juraen (i et vist omfang?) forsøge at hente hjælp hos finansieringsøkonomerne, der forhåbentlig kan forstå den formel om årlige omkostninger i procent, der er optaget som et bilag til loven.

Kreditaftaleloven trådte i kraft den 1. januar 1991, og loven har således virket i mere end 6 år. I TfR 1994 s. 495 f (i en anmeldelse af den svenske kreditaftalelovskommentar) rejste jeg 4 spørgsmål:

- 1) er forbrugerne interesseret i de mange oplysninger af juridisk og økonomisk art,
- 2) indebærer reglerens kompleksitet, at forbrugerne i almindelighed ikke kan forstå reglerne,
- 3) hvilke omkostninger påtvinger lovens informationskrav erhvervslivet samt
- 4) afsætter samfundet (tilstrækkelige) ressourcer til at kontrollere reglerens efterlevelse?

Det sidste spørgsmål har Forbrugerombudsmanden givet sit bidrag til belysning af gennem indholdet af hyrdebrevet af 7. august 1996. Besvarelsen af de tre andre spørgsmål kræver yderligere forskning, men der er grund til at antage, at de to første spørgsmål må besvares henholdsvis benægtende og bekræftende.

I samspil med andre forbrugerlove giver kreditaftaleloven (og dens forgænger kreditkøbsloven) anledning til at spørge, om det er nødvendigt at praktisere forbrugerdefinitionen så liberalt, som det har været tilfældet i de sidste par år. Der er tale om nogle ulykkelige sager, som vi ikke havde hørt om, hvis investeringen var gået godt. Den stigende velstand har hos en række privatpersoner givet anledning til grådighed, skattemæssige “overvejelser” og dispositioner, som de ikke ville have foretaget, hvis de havde tænkt sig om, og hvis de ikke var blevet bombarderet med aggressiv markedsføring, navnlig fra den finansielle sektors side. Det grænser sig til det absurde, at personer med middelindkomster uden større besvær har kunnet opnå kreditter, der langt overstiger deres økonomiske

niveau, til valutaspekulation, gentagne større handler med værdipapirer, køb af containere o.l. Trods afgørelsens konkrete rimelighed undres jeg over, at Højesteret i *U 1995.432 H* anså en række diamantinvestorer for forbrugere, se tilsvarende *Erik Werlauff* i *Bank og kunde* (1997) s. 19, i en situation, hvor hverken lovens ord eller forarbejderne gjorde det nærliggende, og siden har en afgørelse i *U 1996.1541 Ø* statueret, at en økonom, der lånefinansieret købte 7 transportcontainere for godt 100.000 kr. (praktisk taget hendes bruttoårsindtægt), var forbruger. Præmisserne er modelleret over diamantsagen, hvilket selvsagt viser skyldig respekt for Højesteret, men samtidig antyder manglende blik for, at der faktisk er betydelig forskel på de to dispositioner. Mange forbrugerregler er fornuftige, men de bør ikke skamrides. Forbrugerretten er en del af erhvervsretten og bør forblive dér. Det er stadig min opfattelse, at de nævnte sager ikke naturligt hører hjemme i kreditaftaleloven, idet der er et rimeligt værn i aftalelovens kap. 3.

Kreditaftalelovens kap. 10 indeholder en række regler om ejendomsforbehold og – navnlig – kreditgiverens stilling ved forbrugerens misligholdelse. Hovedprincippet er, at der skal ske en tilbagetagelsesforretning, og at kreditgiver ikke har krav på restfordringen. Hertil knytter sig lovens § 30, hvorefter samme fremgangsmåde kan anvendes ved henholdsvis kredit uden sikkerhed og ugyldige ejendomsforbehold. Bestemmelserne giver kreditgiver krav på restfordringen i det første tilfælde men ikke ved ugyldige ejendomsforbehold. I tiden 1. april 1983–19. december 1994 er der tinglyst en række løsøre pantebreve (specielt i biler og det der ligner), men disse pantebreve er ugyldige i kreditkøb, og *U 1995.192 H* (den såkaldte “vandsengsag”) fastslår, at den fremgangsmåde, der typisk anvendes ved finansiering af biler o.l., skal bedømmes efter kreditkøbsreglerne. Problemet er nu, om kreditgiver, hvis han henvises til at tage genstanden tilbage, har krav på restfordringen. Det ugyldige pant er ikke omtalt i § 30. *U 1995.594 V* anvender § 30, stk. 2, analogt (dvs. at restfordringen ikke kan indtales), men en anden afdeling i Vestre Landsret er i en utrykt kendelse af 3. april 1997 (V.L. B - 2036-96) nået frem til det modsatte resultat.

§ 30 og samspillet med kap. 10 trænger til en analyse, hvor også kreditaftalelovens § 48 om stillingen ved frivillig /ufrivillig tilbagelevering af genstanden bør inddrages.

3.3. Kreditrettens mest aktuelle opgave bliver at bidrage til debatten om det såkaldte rådgiveransvar for (mangelfulde) finansielle ydelser. Debatten vedrører ikke alene de finansielle institutioner, men også ek-

sempelvis advokater og ejendomsformidlere. Der er nedsat et udvalg, der skal overveje tingene.

Der findes selvsagt rådgivning inden for den finansielle sektor – eksempelvis hvor en bank bistår med en virksomhedsoverdragelse eller en børsintroduktion – men det er egentligt ikke den “ægte” rådgivning, man først og fremmest har haft for øje i den hidtidige debat. Problemet er *det der ligner*, dvs. den vejledning og de anbefalinger, der følger med/ikke følger med ved afsætningen af finansielle produkter, navnlig værdipapirer, pensioner og boligfinansiering. Man har forsøgt at klare sig med blød ret i form af de såkaldt *Etiske Regler* for henholdsvis pengeinstitutter og realkreditinstitutter, men værdien af disse er mere end diskutabel.⁶ Det er dog uafklaret, om der er behov for egentlig lovgivning på området, herunder om visse sektorer skal skilles ud, således som det er sket for ejendomsformidlers vedkommende i form af lov om omsætning af fast ejendom fra 1993. Denne lovs § 24, stk. 2, om godtgørelse ved forkerte boligudgiftsberegninger vil selvsagt spille en væsentlig rolle i den legislative debat.⁷

Udvalget skal undersøge, hvilke former for finansiel rådgivning, der tilbydes, og skal klarlægge ansvarsforholdene i forbindelse med sådan rådgivning. Det hedder i udvalgets kommissorium, at man skal vurdere

- “Ansvarsgrundlaget for finansiel rådgivning ydet af revisorer, pengeinstitutter, forsikringsselskaber, realkreditinstitutter, advokater, ejendomsmæglere, investeringsforeninger og andre, der erhvervsmæssigt udbyder investeringsobjekter.
- I hvilket omfang der er eller bør være adgang til kompensation ved en økonomisk forrykkelse i forhold til det, den professionelle rådgiver har beregnet eller stillet i udsigt.”

Bortset fra, at det er en meget blandet skare, der skal vurderes (man kan spørge, om eksempelvis realkreditinstitutter udbyder investerings-

6. Smh. *Finn Thomsen* i Lov & Ret 1994 nr. 6. s. 6, *Lennart Lynge Andersen* i Juristen 1995 s. 89 ff og smh. Pengeinstitutankenævnets sag 530/1995. En mere positiv tone-art anslår *Erik Werlauff* i Bank og kunde (1997) s. 43 f.

7. Bestemmelsen har følgende ordlyd: “Er der til skade for forbrugeren foretaget en forkert beregning af salgsprovenu ved salg, jf. § 20, 3. pkt., og er forbrugeren i god tro, har forbrugeren krav på godtgørelse af forskellen mellem den forkerte og en korrekt beregning. Er der til skade for forbrugeren foretaget en forkert beregning af ejerudgift ved køb, jf. § 19, stk. 1, 2. pkt., og er forbrugeren i god tro, har forbrugeren krav på rimelig godtgørelse af forskellen mellem den forkerte og en korrekt beregning. Har forbrugeren i god tro handlet i tillid til rigtigheden af en værdiansættelse, og afviger denne væsentligt fra en korrekt værdiansættelse, har forbrugeren krav på rimelig godtgørelse af forskellen.”

Lennart Lynge Andersen

objekter?) er det givet, at det er spørgsmålet om sanktionen for dårlig rådgivning, der er problemet. Der er vist ingen – næppe heller de involverede brancher – der forsvarer dårlig rådgivning, men når det kommer til, hvad prisen skal være for dårlig rådgivning, står der af. Se hertil *U 1996.200 H*, der gav Højesteret anledning til at udtale, at sanktionsspørgsmålet er et lovgivningsanliggende.

3.4. En norsk bankkommission udgav for nogle år siden NOU 1994:19 om Finansaftaler og finansoppdrag (delutredning nr. 1), der indeholdt et intensivt oplæg til en bankaftalelov. Også herhjemme debatteres om vi skal have en bankaftalelov, jf. *Erik Werlauff* i TfR 1996 s. 789–861 (Bank og kunde (1997)). Hver eneste gang der er en “sag” i sektoren, lyder der krav om en bankaftalelov. Det er vigtigt, at en sådan lovgivning – i det omfang der er behov – kun bliver gennemført efter seriøse overvejelser. Det forhold, at der er nogle ømme tæer (og det er der) medfører ikke, at hele foden bør hugges af. Den kreditretlige forskning i de kommende år kan og bør medvirke til, at der skabes det fornødne beslutningsgrundlag, men det kan ikke gøres fra dag til dag.

3.5. Pensionsopsparring i pengeinstitutterne savner et juridisk domicil men kan naturligt indplaceres i kreditretten. Der er nu et indestående på mere end 200 milliarder kr. på kapitalpensioner, ratepensioner, selv-pensioneringskonti og indekskonti. De giver anledning til en række problemer, der bør løses.

1) Efter gennemførelsen af lov nr. 293 af 24. april 1996 om visse civilretlige forhold m.v. ved pensionsopsparring i pengeinstitutter er en del spørgsmål om *begunstigelsesindsættelse* løst (og løst tilfredsstillende, idet der er opnået neutralitet mellem pengeinstitutprodukter og tilsvarende forsikringsprodukter). Det må dog antages, at de papirløses forhold ikke er blevet hensigtsmæssigt løst⁸, og der knytter sig tvivlsspørgsmål til pengeinstitutternes standarddokumenter efter lovens ikrafttræden.

2) Pensionskontiene giver ikke sjældent anledning til problemer, når kontohaver søger gældssanering, smh. *Jens Anker Andersen* i Fuldmægtigen 1996 s. 57 f og min artikel sst. 1997 s. 21. Der er navnlig to problemer.

For det første synes landsretterne at føre en uensartet praksis med hensyn til, hvornår en pensionskonto bør inddrages i gældssaneringen,

8. Smh. *Lennart Lynge Andersen: Begunstigelse og Pension* (1996) s. 87 f.

således at nettoindeståendet kommer alle kreditorerne til gode. De seneste trykte afgørelser er *U 1995.409 V*, *U 1995.721 Ø* og *U 1996.357 Ø*. Der foreligger ikke Højesteretsafgørelser på området. For det andet – og tæt forbundet hermed – trænger det til en afklaring, om en bank kan modregne i pensionskontoen, når den gældssaneringsøgende ophæver kontoen (hvilket terminologisk sker “i utide”, hvor der normalt er fuld modregningsadgang). Både bankverden og teorien er gået ud fra, at der kan modregnes, men Pengeinstitutankenævnets praksis har sået tvivl. Her nægtes modregning ud fra synspunkt, at det er en relevant forudsætning, at midlerne kommer alle kreditorerne til gode.

3) Selv om der er stof nok i kreditretten i forvejen, har det også interesse, at pensionskonti og pensionsopsparinger som sådan (inclusive pensionskasser og staten) giver anledning til store problemer ved ægtefælleskifte. Det er kuriøst, at man nu har arbejdet med problemet siden 1950'erne, uden at der er skabt afklaring. Disse spørgsmål kan ikke løses uden lovgivning, og de skal ses i sammenhæng bl.a. med nævnte lov nr. 293 af 24. april 1996 om visse civile retlige forhold m.v. ved pensionsopsparing i pengeinstitutter.

4) Jeg nævner endelig, at også pensionsbeskatningslovens § 30, stk. 2–4, om den skattemæssige behandling af deling af pensionskonti ved ægtefælleskifte og bosondring, hører med til den omhandlede problemkreds. Der er således nok at tage fat på.

4. Afsluttende bemærkninger

Det følger af det jeg har sagt, at kreditretten må ses som led i en samfundsmæssig udvikling, der begyndte i 1980'erne. Kreditretten er ny i sin intensitet og sin interesse for både at se de juridiske og erhvervsøkonomiske spørgsmål fra såvel de finansielle institutioners som kundernes side. Aktørernes adfærd og den information, der gives om kreditaftaler og de sikkerhedsmæssige instrumenter udgør i langt højere grad dagsordenen, end det har været tilfældet i de traditionelle formueretlige discipliner. Hvad særligt angår kravene til information til såvel erhvervs kunder som privatkunder er det mit indtryk, at Danmark er nået væsentlig længere, end de fleste andre europæiske lande. Det skyldes efter min bedømmelse bl.a., at man i den europæiske finansieringsret og -forskning har vist større interesse for sofistikerede arrangementer end for mere basale – dagligdags – problemer. Lidt forenklet sagt –

Lennart Lynge Andersen

men rammende for en række spørgsmål – kan man sige om den danske situation, at der ikke er noget, der er “forbudt” inden for kreditretten. Vi vælger i stedet “aftaleløsningen”: Jeg nævner blot som ét eksempel Højesterets dom i U 1990.21 H om opskrivning af hovedstolen på ejer-pantebreve. Det hed i ejerpantebrevet, at det skulle forrentes med 4% over diskontoen, dog mindst 6%, og i det underliggende gælds-brev hed det, at “stillet sikkerhed indbefatter det pantsattes frugter og anden afkastning, herunder renter og udbytte...” Et flertal i Højesteret fandt, at det ikke med tilstrækkelig klarhed fremgik af bankens dokumenter, at hensigten havde været at opnå en gradvis forhøjelse af pantsikkerheden, og at det ikke over for pantsætter var tilkendegivet, at han kunne komme til at hæfte for mere end den nominelle hovedstol.

Højesteret kunne uden større krumspring være kommet frem til, at panthavere måtte respektere, at man havde angivet et maksimum for pantsikkerheden, men som det ses vælger man at åbne mulighed for at aftale gradvis opskrivning under forløbet. Højesteret lagde herved vægt på, at den førstnævnte løsning ville få vidtrækkende virkninger for eksisterende låneforhold, jf. *Pontoppidan* i U 1990 B s. 247 f.

The Principles of European Contract Law and Harmonisation of the Laws of Contract

Professor Hugh Beale, University of Warwick, U.K.

What has turned out to be one of the great privileges of my working life started just over ten years ago when Ole Lando invited me to join the Commission of European Contract Law. By that date the project was well under way: at the first meeting I attended, the draft texts on Performance, Non-performance and Remedies¹ were in their second reading; the structure and many of the details of this Part of the Principles were already agreed. Nonetheless, much remained to be done. Working with Ole and our other colleagues on the Drafting Group, and later helping him in the final editing of the Comments which explain the texts and the Notes comparing the Principles to the various national laws, were fascinating experiences. No one who has worked with Ole will be surprised to hear that the task was always enjoyable; or that I learned a tremendous amount from Ole in the process. Working on Part II has been just as much a pleasure and, for me, even more instructive, as we were starting to draw up Principles on Formation, Validity and the like from a blank sheet of paper.² My sense of privilege has been heightened by the knowledge that Ole was introducing me, until then an almost

1. These were published in 1995: Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law* (ed. O. Lando and H. Beale), *Part I, Performance, Non-performance and Remedies*. Part I will be re-published with Part II in a revised and re-ordered version.
2. This is something of an exaggeration, since we had access to the work already done by the UNIDROIT Group (See *Principles of International Commercial Contracts* (International Institution for the Unification of Private Law, Rome 1994). The texts on validity drafted for UNIDROIT by our colleague Professor Ulrich Drobnig were especially valuable to me when I became Reporter on this topic to the Commission. See his 'Substantive Validity' (1992) 40 *American Journal of Comparative Law* 617. However we did in fact discuss what position we should take on each point and the Principles have departed from the Unidroit model in some respects.

purely “domestic” contract lawyer with very limited comparative experience, to what in the 1990’s was to prove one of the most exciting fields for contract law: the development of a “European” law of contract. That the Commission had been working on the project since 1980 shows how far ahead Ole’s thinking was as well as the difficulty of the task.

The interest in developing a “European” contract law, or a “European” law of obligations, is currently very great and there are many projects afoot. In the contract field alone, at the softer end of the spectrum there are academic tomes appearing, such as Kötz’s *Europäisches Vertragsrecht*;³ there are comparative projects like that organised by Professor Mattei at Trento, under which groups of lawyers from the various European countries and the U.S. take concrete cases and compare how they would be solved under the various systems; and a group under the leadership of Professor Van Gerven is producing a series of casebooks on the Common Law of Europe, setting out cases and materials from English, French, German and other laws side by side.⁴

Then there are the projects which are designed to have immediate practical value as well as academic interest. Foremost are the attempts to produce Codes of one form or another – the Principles of European Contract Law, and a rival Code being worked on by a group led by Professor Gandolfi.⁵

At the hard end of the spectrum we have a certain amount of actual harmonisation through the various European Directives; and we have calls for the adoption of a uniform European Code of Obligations, or even a European Civil Code.

Of these projects it is to date only the Directives which are completed, and they are not beyond criticism. Firstly it may be said that their content is limited and that they do not really achieve their stated aims of reducing distortions to the competitive market or encouraging the growth of the Single European market by encouraging cross-border transactions.⁶ Secondly, it can be said that they do not lead to harmonisation in any real sense since they are frequently only “minimum re-

3. H. Kötz and A. Flessner, *Europäisches Vertragsrecht I*, 1996.

4. I was lucky enough to be invited to join Professors A. Hartkamp, H. Kötz and D. Tallon in editing the contract volume for this series. It is hoped that it will be published by Oxford University Press in 1998.

5. See G. Gandolfi, ‘Pour un code européen des contrats’ [1992] *Revue Trim. Dr. Civ.* 707.

6. Since the Maastricht Treaty of 1992, Art. 129a, consumer protection has become a Community aim in its own right, but the Directives are commonly presented on the bases stated: see text at notes 13 and 14 below.

quirements” and they may be implemented in quite different ways by the different Member States.

The criticisms of the contents of the Directives have some validity. It is true that the Directives which affect contract law are primarily limited to consumer transactions in a narrow sense (for example, only to contracts made by natural persons acting for purposes which are outside their trade, business or profession⁷), and for many consumers the Directive does not give any rights they do not have under their domestic law; thus the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts does not give German consumers much in the way of private rights that they did not already have under the Standard Contracts Act of 1976. But this is not universally the case. Even a country such as the United Kingdom which has relatively developed laws to protect consumers did not give consumers the chance to challenge such a wide range of unfair terms as is given by the Directive. This is because the previous U.K. legislation, the Unfair Contract Terms Act 1977, despite its name, applies principally only to clauses which exclude or restrict one party’s liability and not, for example, to clauses which would allow the seller to increase the price unfairly before delivery.⁸ Of course, as the problems faced by consumers are tackled one by one, the return that consumers will gain from each one is likely to diminish. British consumers would gain little were the draft Directive on Consumer Guarantees to be adopted.⁹ But even here there would be gains in other countries – for example, in Germany, where the consumer has a remedy only for defects which appear within six months, as opposed the two years required by the draft Directive, and in Italy, where the consumer must notify the seller of a defect within eight days, which the Directive would extend to a month.

What is of more concern is whether the Directives are likely to achieve much in practice. For example, the Products Liability Directive was implemented in the U.K. by the Consumer Protection Act 1987, which on paper made a significant change to the law; but it appears that there has been very little litigation under the Act.¹⁰

7. Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts 91/13/EEC of 5 April 1993, OJ L 95/29, art.2(b).

8. For a brief comparison of the 1977 act and the Directive see Beale, ‘Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts’, in J. Beatson and D. Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law* (1995).

9. See H. Beale and G. Howells, ‘EC Regulation of Consumer Sales – Will It be a Missed Opportunity?’ (forthcoming, *Journal of Contract Law*).

The practical effect of Directives seems even smaller when it is considered that the Directive on Unfair terms in Consumer Contracts¹¹ and the draft Directive on Consumer Guarantees¹² were justified by the Commission on the grounds that consumers are deterred from cross-border shopping by differences in and ignorance about the laws of various Member States. In my view, consumers considering a purchase in a different Member State to the one they live in are much more likely to be concerned with practical issues such as the ease of getting goods repaired or replaced than with their legal rights against a seller in a country they are about to leave. To the extent that consumers exercise their minds about legal matters at all, they are likely to focus on more practical questions of access to justice than on the differences in substantive rules which the draft Directive addresses.¹³

However, I would argue that some of the Directives will have a significant impact on consumers, not because they give consumers greater private rights, but because they require Member States to provide for public or collective action to prevent certain unfair practices, such as misleading advertisements or the continued use by firms of unfair terms. I have argued elsewhere¹⁴ that the most significant article of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts is Article 7, which requires Member States to provide means whereby persons or organisations, having a legitimate interest under national law in protecting consumers, may take action according to national law before the courts or before competent administrative bodies for a decision as to whether terms drawn up for general use are unfair, so that they can apply appropriate and effective means to prevent the continued use of such terms.

I regretted the way in which the U.K. has chosen to implement this Article by conferring the right to challenge unfair terms solely upon the Director-General of Fair Trading, and expressed doubt as to whether the Office of Fair Trading would devote significant resources to the task. I am happy to be proved wrong; it has a team of 15 people

10. See the Commission's report on the experience under the Directive, COM (95) 617, discussed by S. Weatherill, *EC Consumer Law and Policy* (1997), p.100.

11. See Recital 5 to the Directive.

12. See Recitals 3, 4 and 5 of the draft Directive.

13. See U.K. House of Lords Select Committee on the European Communities, 10th Report, Session 1996–97, Consumer Guarantees (HL Paper 57, March 1997) (hereafter, *Select Committee Report*), paras. 22 and 113.

14. See the piece cited in note 9 above and also H. Beale, 'Unfair Contracts in Britain and Europe', [1989] *Current Legal Problems* 197.

working on unfair clauses and it has published bulletins describing the clauses that have been challenged.¹⁵ What is interesting, and proves the point that public controls will achieve much that improving the consumer's private rights will not, is that many of the unfair terms that the Office of Fair Trading has succeeded in having removed from consumer contracts are ones which would almost certainly have been invalid under the Unfair Contract Terms Act 1977 – had an individual litigant ever challenged the clause.¹⁶

The argument that the Directives do little to achieve harmonisation of the law across the Member States contains a great deal of truth; but here I would ask whether it is a bad thing. As to the point that the Directives usually permit Member States to give better rights to consumers,¹⁷ this seems a political inevitability. On the one hand, we cannot expect Member States whose consumers already enjoy a high level of protection to reduce that protection for the sake of uniformity with other countries, nor would that be compatible with the aim stated in the Maastricht Treaty of improving the position of consumers generally. On the other hand, it is too much to expect that all Member States will adopt the highest level of consumer protection to be found anywhere in the EC. As to the fact that the Directives allow States to implement them in different ways, I am going to argue later that this is a good thing, not a bad one, at least if contracting parties have the option, when dealing across national boundaries, of making their contract subject to a pan-European system.

This brings me to the Principles of European Contract Law, the set

15. Office of Fair Trading, *Unfair Contract Terms: a bulletin issued by the OFT*. The latest issue was the third, in March 1997.

16. The draft Directive for cross-border enforcement of injunctions should aid the process further: Proposal for a European Parliament and Council Directive on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions of Member States relating to injunctions for the protection of consumers' interests: COM(95) 712. I would not argue that giving private rights to consumers will never have any impact on their confidence and thus encourage cross-border shopping. The Green Paper which preceded the draft Directive on Consumer Guarantees contained suggestions of "network" liability. If a consumer who has bought goods has rights against the manufacturer or importer and any member of its sales or distribution network in the consumer's home country, that might do a great deal for consumer confidence – not because the consumer would necessarily litigate to enforce her rights if the goods were defective, but because most responsible manufacturers would respond to the new legislation by ensuring that network members had proper procedures for dealing with defective goods wherever they had been bought. See the article by myself and G. Howells, above, n.10.

17. E.g. Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, Art. 8.

Hugh Beale

of rules for private contracts which have been created by the team led by Professor Lando. Even though we may doubt whether private law rights are of much importance to consumers, there are cross-border disputes of sufficient magnitude, commercial or even between non-professionals, and which involve sufficiently large risks, that legal enforcement is important. Here differences between legal systems can cause significant costs, to contract negotiation as well as to settling any dispute which arises. It can be expensive and difficult to find out what the law of another member State is; and for this reason, or reasons of prestige, each party may be unwilling to accept that the contract should be subject to the other's law.¹⁸ Think of the example of the Channel Tunnel: "The construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted in accordance with the principles common to both English and French law; and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals..."¹⁹ A glance at the aims of the Principles, set out in Part I, Art. 1.101, shows how they might help. First, the arbitrator could apply them as a statement of principles applied by national and international courts. Second, the parties could expressly adopt the Principles to govern their contract. Many legal systems now accept the validity of choosing a system other than a national one to govern a contract. Even if the national system which would otherwise apply does not recognise such a possibility, the new version of this article which will appear when Parts I and II of the Principles are published in a combined and revised form, notes that the Principles may apply *when the parties have agreed to incorporate them into their contract* or that their contract is to be governed by them.²⁰

These are not the only uses for the Principles. Art 1.101(1) states:

18. I will not elaborate these points as they have been very fully and clearly explained by Ole Lando himself: see (1983) 31 *American Journal of Comparative Law* 653; [1985] *International Business Lawyer* 17, 17–18; "Principles of European Contract Law" in *Liber memorialis François Laurent* (1989), 555, 559–562; (1992) 56 *Rabels Z* 261, 261–266. See also C. Castronovo, 'I principi di diritto europeo dei contratto e l'idea di codice' (1995) *Rivista de diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione* 21; U. Drobniç, 'Ein Vertragsrecht für Europa, in *Festschrift für E. Steindorff* (1990), 1141; D. Tallon, "Vers un droit européen du contrat?" in *Mélanges offerts à André Colomer*; R. Zimmermann, 1995 *Juristenzeitung* 477.

19. See *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Ltd* [1993] A.C. 334, H.L.

The Principles of European Contract Law

These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities.

This may seem like an empty statement of aspiration; but actually it refers to two real functions. First, the Principles can be applied to disputes involving the EC themselves, e.g. against employees or contractors employed by the Commission. Second, the Principles have a function which I think is much more important. This is to provide a framework and a terminology for the drafting and interpretation of European legislation. Lando made this point long ago but I had not appreciated its strength fully until I served as one of a group of so-called “experts” advising on the consumer guarantees directive.²¹ We found quite a lot of difficulty over such basic questions as terminology. A set of generally accepted principles could help considerably.

Another of the Principles is not expressed in Article 1.101, but is stated in the Introduction.²² This is that the Principles may form a model on which any future harmonisation of contract law may be based. I think this was Lando’s original dream when he set up the Commission and I believe it is one he still cherishes. To my knowledge he has not stated in a publication how or in what timescale he hopes harmonisation – by which I think he means unification in the sense of all Member States adopting a common set of contract rules for domestic as well as international transactions – might happen. But he is certainly not alone in wanting to see something along these lines. As the Introduction to the Principles notes, in 1989 the European Parliament passed a Resolution requesting that a start be made on the preparatory work for drawing up a European Code of Private Law. The preamble to the Resolution states that

“...unification can be carried out in branches of private law which are highly important for the development of a Single Market, such as contract law...”²³.

20. Article 1:101. The text of this Article and all the others cited as being from the revised version are cited as they were agreed by the Commission at its last meeting; they are subject to minor revisions by the Editing Group. To avoid confusion between the two versions, texts from the Part already published are cited thus: 0:000; while texts from the revised and re-ordered version are cited thus: 0:000.

21. I do not feel embarrassed at criticising the final draft Directive because after we had finished the Commission threw away all the best bits!

22. See Part I (above, n.2), page xviii.

Hugh Beale

More recently, the Ministry of Justice of the Netherlands sponsored a conference entitled, "Towards a European Civil Code".

I have to admit that I was surprised when I heard of this conference, because I thought that codification of private law was incompatible with the principle of subsidiarity adopted by the Maastricht Treaty in 1992.²⁴ I have learnt that this is not so to everyone. There are those who think that detailed harmonisation is essential for further economic and political union, and if you accept that premise then subsidiarity is satisfied. At the conference Dr. W. Tilmann, a German practitioner and MEP who has been very supportive of the Commission on European Contract Law, called for a uniform sales law to be introduced, and for it to be done by a Regulation. This would of course have direct effect. I did not hear much other support for this way of proceeding; but it was quite clear that there is great enthusiasm in the Low Countries and elsewhere for the creation and adoption of a uniform Civil Code, or a set of uniform principles with "opt-outs", which could be adopted by Member States by Treaty within a fairly short time frame. Professor W. Van Gerven, for example, would like it ready to be adopted during the next Dutch presidency. I suppose the time it takes for that to come round again depends on how many new members are admitted to the EU, but I don't think he envisages the EU becoming a union of World States in the meantime – so I suppose we are talking about a period of eight to ten years.

If Ole Lando is of the same mind as either of these gentlemen, then it is as well that I believe that a characteristic of true friendship is that friends can agree to differ on a major point and still work well together. For I do not think we will be anything like ready to adopt a uniform law of contract, let alone a Code of Obligations or a full-blown Civil Code, within a decade. Nor am I sure that I ever want to adopt a Code such as Professor Van Gerven, on one interpretation of his words, may be advocating.²⁵ Let me take each point in turn.

I believe we are not ready to adopt a uniform law of contract, even with "opt-outs", because I think there may be striking yet hidden differences between the systems which as yet we are but dimly aware of.

23. Resolution of 26 May 1989, OJEC No. C 158/401 of 26 June 1989. The request was repeated on 6 May 1994.

24. Art. 3b.

25. Privately Professor Van Gerven has assured me that our positions are actually very close. If this is so, then I hope he will forgive me if I continue to refer to what I at first thought was his position in order to contrast it to my own.

There are of course many differences between the various laws of contracts of the various Member States. Some of them are not of great moment. For example, standard comparative law methodology²⁶ tells us to look not at conceptual structures but for functional equivalents in the different systems. The Principles of European Contract Law are full of examples of this. Take a single instance, the provision requiring parties in exercising their rights and performing their duties to act in accordance with good faith and fair dealing.²⁷ It is well known that the common law does not have an explicit concept of good faith in performance; yet there are so many rules in the common law which control the ways in which parties behave in performing or exercising their rights that these rules seem to be the functional equivalent of the good faith principle.²⁸ Indeed, I suspect that what is surprising to the common lawyer is not to find the good faith requirement – after all, it is a well-known element of continental systems and has become a prominent feature of U.S. law – but to see which more detailed provisions are described as being derived from the good faith principle although the common law has the same rule without connecting it to good faith!²⁹

Other differences are to be accounted for by the way the various laws work in practice. For example, there was something of a division of opinion over the proper role of what Art 4.102 of the Principles calls, for want of a more commonly understood word, specific performance. French and German law both see this as the primary remedy for breach, whereas in common law countries it is an exceptional remedy. But firstly their conceptions of specific performance include obtaining performance from a third person at the debtor's expense, which seems to be the functional equivalent of terminating the contract and claiming damages. Secondly, we were told that in practice literal specific performance is not often sought in Germany if there is a practical alternative. So Art. 4.102 adopts the rule that specific performance is available unless (d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.

There are some differences which I call “consequential”. The struc-

26. So clearly expressed in K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (1992), chapter 3.

27. Art. 1.106.

28. For details see the Note to article 1.106.

29. Examples which struck me are the right to cure a defective tender provided the time for performance has not elapsed (Art. 3.104) and the mitigation principle, Art. 5.104.

ture of one rule in a system will often affect another, so that if one is changed the other may be altered also. Elsewhere I have described an example:³⁰ the rule of English law that a builder who only does part of the job cannot recover anything for his work by way of restitution, even if the employer clearly derives a net benefit from what the builder has done (e.g. the cost to the employer getting the work finished off, plus all other loss suffered by the employer, is less than the sum the employer would have had to pay the builder had he completed the job).³¹ The rule penalises the builder, but it seems designed to enable the employer to put pressure on the builder. This is perhaps understandable in a system which will not grant specific performance against the builder. In the light of the decision over specific performance noted above, this rule of the common law was not adopted by the Principles either and the party in default may claim restitution.³²

What concerns me much more is that the different laws of contract may be based on different philosophies which are not readily apparent on the surface of the rules. Any law of contract, including principles drawn up for use as a European contract law, will enshrine certain values. To take a simple example, one system may allow the parties to act individualistically – to seek the maximum advantage it can without committing outrageous forms of behaviour such as fraud or duress, and to take advantage of the other party's weaknesses. Another system might expect each party to behave in a way that respects the other party's legitimate and reasonable interests, not to take undue advantage – a more welfarist philosophy.³³

What are the philosophies of the Principles of European Contract Law? Confining ourselves for the moment to the Part already published on Performance, Non-performance and Remedies, Professor Hugh Collins has justly remarked that the philosophy is not altogether evident.³⁴ Most of the rules appear to be very close to the rules of classical contract law. There are of course some departures. Here I will mention just two. The first is the article which allows a party for whom a contract has become excessively onerous to demand that the contract

30. See H. Beale, *Remedies: Termination* in C. Joustra (ed.) *Towards a European Civil Code II* (forthcoming).

31. *Bolton v. Mahadeva* [1972] 1 W.L.R. 1009, C.A.

32. Art. 4.309.

33. I am adopting the language of J. Adams and R. Brownsword, "The Ideologies of Contract Law" (1987) 7 *Legal Studies* 205.

34. (1996) 21 *European Law Review* 85.

be re-negotiated – or in default of re-negotiation, adjusted or terminated by the court – provided the change has come about because of a change of circumstances which was not foreseeable, could not have been taken into account and was outside the risk the part affected should be required to bear.³⁵ This is seen as reflecting, on the one hand, the decisions in Germany on hyper-inflation, the French rule for administrative contracts and an English case in which, by reasoning which will not really bear examination, the court reached the conclusion that a contract to supply water at a fixed price “at all times hereafter” could be terminated when the price had been rendered derisory by inflation; and, on the other, the fact that many long-term contracts contain hardship clauses allowing for third party adjustment.³⁶ The rule has been criticised³⁷ but it does not seem so very drastic if it is limited to such extreme cases. In any event it may be excluded by contrary agreement.

As Collins points out, it is the article on good faith which at least for the common lawyer is the unknown quantity. I have argued above that it seems to have functional equivalents in the common law; but what use might be made of it? Might it for instance be used to prevent a car manufacturer from cancelling a car dealership contract, even on proper notice, if the cancellation is thought by the court to be somehow unfair, for instance because the manufacturer has simply decided to appoint another dealer although the old one has done a good job? That would be quite a radical change for many legal systems. I doubt it will happen; experience in the United States suggests that even there, where English lawyers almost expect extreme results, the use of the doctrine of good faith in such situations has been quite restrained.³⁸ But the Principles are so open-textured that it would certainly be possible for them to be applied in a radical way if the court or arbitrator so chose.

The provisions of Part II, which cover formation, authority of agents, validity, interpretation and contents of the contract, and which is due to be published in 1998 combined with a revised version of part I, may seem a bit more radical to lawyers from some systems even on

35. Art. 2.117.

36. For details see the Note to Art. 2.117.

37. E. Schanze, ‘Failure of Long-term Contracts and the Duty to Re-negotiate’, paper delivered to the SPTL Conference, Cambridge, September 1996.

38. See H. Beale, “Abus de pouvoir dans les contrats à longue durée et les limites du droit du contrat” in A. Levi (ed.) *Mélanges en hommage à Alain Sayag* (CREDA, Paris, forthcoming)

their face. This is partly a simple reflection of a greater divergence between the national laws in the concepts they use to handle various topics. The articles dealing with the topics of mistake and misrepresentation, for which I am Reporter, are an example. The first problem is to find a terminology and a conceptual structure for the rules even when everyone is agreed that the results are much the same. Suppose a party has entered a contract under a mistake as to the area of a piece of land he is buying; in fact the area is so much smaller than he believes that it will be useless for his purpose. His belief came about because he was given incorrect information by the other party. In the common law, a sharp line is drawn between mistake and misrepresentation, the former seldom being perceived as having any connection with the latter; and this would be seen simply as a case of misrepresentation. But these are the facts of a leading French case on mistake.³⁹ Most of the cases which in common law would be dealt with as cases of misrepresentation, without referring to the fact that the misrepresentee was in fact acting in error, are dealt with in the continental systems as error – without mentioning the fact that there has been a misrepresentation! We may be agreed that the buyer should have a remedy yet how should we explain it? To get away from the conceptual baggage that travels with the words “mistake” or “error”, I tried to employ the neutral word “misapprehension”. It went down about as well as a menu written in Esperanto! We ended up adopting essentially the continental system: a party who has entered a contract as the result of incorrect information given by the other party, and who wants to avoid the contract, will have to do so on the ground of mistake under Art. 4:103, under which one of the grounds is one that I think will be familiar to this audience, namely that the error was induced by the other party. However, there is a separate provision, Art. 4:106, which looks to a common lawyer very much like liability in damages for negligent misrepresentation.

But it is not just a question of getting used to different structures. In addition, in several of the continental systems error has a different and broader content than the very narrow English doctrine of mistake. I have explained some of the differences elsewhere;⁴⁰ but broadly, in French and German law a party may be able to escape a contract on the

39. The ‘Villa Jacqueline’ case, Cass.civ.23.11.1931, D.P.1932.1.129, note Josserand, *Gaz.Pal.* 1932.1.96.

40. See H. Beale, ‘The Europeanisation of Contract Law’, in R.Halson, ed., *Exploring the Boundaries of Contract* (1996), 23–47.

ground of mistake even though the other party had not caused that mistake, nor shared it, nor even knew about it. This seems to many to be too subjective an approach,⁴¹ and the more modern continental codes are more restrictive. The new Dutch BW, for example, limits relief to cases where the other party caused the mistake, shared it or knew or should have known of it.⁴² The Principles take a similar approach.⁴³

But where do the Principles come on the individualist/welfarist scale? Again it is not easy to tell. On the one hand, the new Article 1:102: Freedom of Contract states

- (1) Under these Principles, parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.

On the other, the good faith provision is now expanded to cover all aspects of the relationship:

Article 1:201: Good Faith and Fair Dealing

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.

This is then developed in ways which may not seem obvious to lawyers from all countries. Two examples will suffice. One is that the control over unfair terms in non-negotiated contracts which is familiar to us all from the Consumer Contracts Directive is extended to all parties faced with a contract which they were not able to negotiate on an individual basis.⁴⁴ The second, which will not surprise the civil lawyer but which may be quite striking to the lawyer from the U.K. or Ireland, is that there is a duty to disclose facts which are known to be important to the other party and which he is known to be mistaken about,⁴⁵ or which according to reasonable standards of good faith and fair dealing he should have disclosed.⁴⁶

41. See e.g. Zweigert & Kötz, *Introduction to Comparative Law* (2nd ed., 1992), pp. 443, 452. In German law the apparent ease with which a mistaken party may avoid the contract is off-set by liability under BGB §122 to compensate the other party for its reliance loss if the avoiding party was at fault.

42. BW Art. 6:228; see also Italian CC Art. 1431.

43. Art. 4:103.

44. Art. 4:110.

45. Art. 4:103, Mistake as to Facts or Law.

46. Art. 4:107, Fraud.

Hugh Beale

I have argued in another essay⁴⁷ that English lawyers should not be so shocked by this; the very different traditions over non-disclosure in the various systems may primarily be the result of the different types of case which formed the staple diet of each system, English law, that there is no duty to disclose adverse facts, being very heavily influenced by the high proportion of cases in England involving essentially speculative contracts, such as commodity trades and charters. In such contracts good faith would probably not require disclosure anyway, whereas in cases between private parties the English rule is thought to be harsh.

If this is correct, then though the Principles are an open-textured compromise between different systems, we are not dealing with tremendously deep differences, and we can expect lawyers from the various Member States to understand and apply the Principles in similar ways. But it may not be so simple. The differences over non-disclosure may not be just the result of different types of cases predominating in a given system. They may reflect deeper differences, ones of values.

To take another example, I have argued⁴⁸ that in the area of remedies for breach, there may be a series of these “deeper” questions. One is the degree to which each party is entitled to good faith and co-operation from the other. Another is the extent to which an innocent party should be entitled to get exactly what was promised to her. A strong commitment to this would lead to allowing withholding and termination more readily, at least if it appears that the other party cannot perform exactly in accordance with the contract. A third is the value placed on preserving the contractual relationship even when things have gone wrong – what might be called the principle of contractual solidarity. This pulls in the opposite direction and may require an aggrieved party to be much more tolerant of defaults, to give additional chances to perform, and so on. And there may be at least one more: the degree to which the systems appear to accept litigation or arbitration as a normal way of settling disputes over withholding or termination. Some systems seem to place a greater premium than others on avoiding proceedings, even at the expense of ‘justice’ in the sense of a fair outcome on the particular facts. This may be linked to the extent to which the State, as represented by the legal system, is seen as having an interest in the proper performance of contracts or the maintenance of con-

47. See H. Beale, ‘The Europeanisation of Contract Law’, in R. Halson, ed., *Exploring the Boundaries of Contract* (1996), 23–47.

48. In the paper cited in n. 32 above.

tractual relationships. And I argued that perhaps the French law of contract as a whole reflects a concern that a contract ought to be performed – and that the public has an interest in it being performed as well or even as much as the aggrieved party. The preference for specific performance; the need to serve a notice to perform (*mise-en-demeure*) before any remedy can be claimed, the court procedure for *résolution*, the *délai de grâce*, the lack of anticipatory breach – all might be seen as showing this, in contrast to the great informality with which contracts may be ended in English law, and English law's readiness to allow the aggrieved party to turn to a new contracting partner.

The various systems seem sometimes to give rather different answers to such questions, and it is not always clear whether these are just the result of relatively technical questions, relating to concepts and institutions, or are linked to deeper value choices. I do not assert that the latter is the case; but I think it needs investigation. If actually there is a cultural diversity about the place of contract and contract law, and the role of the state and the judicial system, these questions need to be teased out, and where necessary an agreement reached about the values the new principles should enshrine. Otherwise there is a danger that judges, arbitrators and lawyers from the different systems may apply the supposedly international principles in very different ways. For example, a judge or arbitrator may have to decide whether a non-performance is fundamental, or whether a party attempting to terminate in reliance on an explicit clause in the contract is acting in good faith. The judge is likely to make her decision in the light of whether she thinks the contractual relationship should continue or whether the aggrieved party should be allowed to end it. If two judges have to answer the same question, but they have different attitudes towards the value of preserving the contractual relation, aren't they likely to reach rather different results? Principles of law are necessarily general, and absolute predictability is probably not desirable even were it attainable; but if there are regular and serious differences in application, sooner or later the enterprise will founder.

Of course the Commission on European Contract law has considered how the Articles will be applied and in many cases the Comments contain illustrations. But it cannot have envisaged every situation – even if it had the imagination to do so, it would not have had the time. It is no criticism to say this – without a full-time staff, the work must be done by the members of the Commission as one job among many, and no one of them could devote as much time to it as he or she

Hugh Beale

would have wished. The job could not have been done otherwise. But we do need to know more about how the different systems would solve particular cases, both under their own law and under the Principles themselves. This is why I think the Trento project organised by Professor Mattei which I mentioned earlier is such a good idea.

In other words, even if a group has managed to agree a form of words, a set of Principles, there needs to be a second stage in which there is detailed working out of how concrete cases are solved in the various systems and by application of the texts of the Principles. This would involve comparing the possible solutions in the eyes of lawyers from each system. We should consider all the various possible solutions and which is applied by each law. The Principles will, I think, be very useful for comparing the national systems, as they can be used as a useful guide, a tool for working out what the problems are that need to be compared. We need to work out not just what results the various systems reach, but also why they reach the results they do, to see whether there are differences in underlying philosophy. We need to look at institutional arrangements. Contract cases in England are handled by a very small group of judges – 1200 – drawn from the upper echelons of the profession. In Germany there are 20,000 judges, many of them in their 20's. What does that tell us about the way that the two societies think about contract or civil law generally? And we need to look at the use made of law. We know that in England some trades use contract law all the time to support their gambling habits on the market, while the very limited empirical work done in other trades suggests a very low degree of reliance on law.⁴⁹ We know that litigation rates in the car trade a few years ago were much higher in France than in England.⁵⁰ And Simon Deakin and Reinhard Bachmann have been doing some very interesting comparative empirical work looking at subcontracts for kitchen equipment and for mining equipment in England, Germany and Italy, which suggests that there are significant differences between the countries in the degree of “juridification” of their relationships, which they explain in terms of differences in economic and other institutions.⁵¹

49. H. Beale and A. Dugdale, ‘Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies’, (1975) 2 *British Journal of Law and Society* 45.

50. See ‘The Distribution of Cars: A Complex Contractual Technique’ in D. Harris and D. Tallon (eds), *Contract Law Today* (1989).

51. ‘Trust, Co-operation and the Contractual Environment’ (not yet published; I am very grateful for being allowed to see an advance copy).

There are those who are vehemently against the adoption of a European Civil Code. Professor Legrand⁵² argues that the common law and the civil law represent two very different mentalities, which differ in their understanding of facts, rules and rights. Under a code, lawyers reason from the perspective contained in the Code, whereas the common law, which Legrand claims consciously rejected the civilian perspective, refuses to recognise that the world can be reduced to a determinate, rationalisable order. He links the two different views of society at large. He contrasts the supremacy of the facts of the case in English law making to their virtual erasure from French jurisprudence. He says that supposed administrative convenience and, on the part of civilians, fear of the unknown, are driving a kind of totalitarianism which would not only destroy the common law but which would privilege the particular set of values enshrined in the Code and eliminate alternative visions. He claims that this arrogant in preferring a single system – the Code system – to diversity; fallacious, in trying to re-establish a supposed *jus commune* which never existed; backward, a legacy of the simplified and mechanistic universe of the positivists; and impractical, because the Code provisions will be internalised differently.

I do not accept all of this. A few points must suffice here. (1) It ignores the role of statute in the common law world. A great deal of our practical contract – for example, the law of Sale of Goods – has been enshrined in statute for the last century.⁵³ – A peculiarly rigid statutory regime it is too, given our techniques of interpretation. I think many a lawyer’s vision of hell is a place where all the legislative drafters, and all the judges who interpret the legislation, are English. It’s true the “statutory codes” are incomplete, which gives the alternative vision, the dangerous other, a better chance to escape into the open. But that leads to my second point. (2) Legrand’s image of a Civil code seems to belittle the role of doctrine and jurisprudence under a Code system. Are *culpa in contrahendo* or the ramifications of good faith doctrine in German law, or the duties of disclosure in French law, merely the working out of values unalterably enshrined in the German and French Civil Codes respectively? (3) What Code is complete and coherent in its philosophy? Maybe there is one; but anyone who has studied the German BGB’s provisions on interpretation could think that they are coherent – rather they espouse at once two completely different phi-

52. (1997) 60 *Modern Law Review* 44.

53. Since Sale of Goods Act 1893.

losophies.⁵⁴ I am quite prepared to believe that the Dutch in their new Code have done better, but even there I doubt if a Critical Legal Studies scholar would say there is no scope for an alternative view. I don't think Legrand is discussing a real code but an ideal type which is in danger of turning into a caricature. (4) I also think he ignores the potential for legislation even in a Code country. After all, judicial interpretation is not the only way of inserting an alternative view into the law. It can be done, and often has been done, by legislation. And while legislation may be slow and cumbersome, it doesn't suffer to the same extent as judge-made law from a democratic deficit. (5) Lastly, Legrand does not tackle the problem of exportability. If one does want to achieve a degree of harmonisation, even in limited areas, I don't see how it is to be achieved except by drafting a statement of the agreed harmonisation measures-which is a code.

However, I do think Legrand is right in saying that if the Code is internalised in different ways, it will fail. He is speaking of legal reasoning, but I think the same point holds for the differences in legal values to which I have referred. I think we are far from ready for unification of contract law, or even for a code which individual Governments should seriously consider adopting by treaty; we will not be ready until we have found out what differences exist and have tried to reconcile them into a coherent new philosophy. There is a lot of spade work to be done, and I think academic lawyers will have to do it.

But as I stated before there is another, bigger question. If uniformity were attainable, do we want it? I am happy to work on Principles that can be adopted by private parties, or even applied *faute de mieux* by arbitrators. But a Code in the unification sense is something very different. Do we need one or want one?

First, I am not convinced that uniformity is necessary. A speaker at the conference "Towards a European Civil Code" made the valid point that we think of the United States as having a very well developed and integrated economy; yet the law of contract is a matter for each State, and they are by no means uniform. Of course it is true that with the exception of Louisiana, there are much smaller differences between the laws of the States than among the Member States of the EU, and also that the States have all adopted the Uniform Commercial code, though with some variations. But this does suggest that an economy can function perfectly well despite some local differences.

54. Compare BGB §133 to §157.

Second, is uniformity desirable? Here I find myself in a dilemma. On the one hand, I do believe that we need to try to build a European culture, a sense of identity. I think that may be the only way in which we can avoid a repetition, sooner or later, of the terrible conflicts which racked our continent in the earlier years of this century. And I have no doubt that law and legal culture have a role to play in this. But on the other hand, while differences between national laws do impose additional costs which having a uniform law of contract would lessen, reducing these costs by imposing uniformity would impose other costs. A country's law is a reflection of its culture, just as is its art, its music, its literature.⁵⁵ What we stand to lose by uniformity is the cultural diversity which I for one so much enjoy. I like differences, and am prepared to pay a cost to preserve them. Of course, major obstacles to economic integration, differences which really distort the competitive market, need to be removed. But that can be done by specific legislation. Not only that; by using Directives we can allow Member States to implement the laws in accordance with their national legal traditions and thereby preserve national legal characteristics. Provided the results are not too seriously out of line, not so surprising that a consumer or business person coming on the law for the first time would think, "that is pretty dangerous, I should have been warned about that", do differences really matter? I doubt it. In particular, if we have a set of European Principles which parties can choose to use if they want, I really do not think I want to force everyone into using the same laws everywhere.

This may sound like a recipe for stagnation. It is not intended to be. I certainly do not preclude the gradual convergence of laws across Europe.⁵⁶ I hope that legislators will look to other countries and to internationally agreed instruments like the Principles as models to follow. I am glad to say that this is happening already in the U.K. and probably elsewhere. Even better, courts are beginning to use comparative sources as persuasive authority.⁵⁷ Moreover, legal education has a tremendous role to play. Possibly the biggest single factor behind legal integration in the U.S. has been the role of the leading law schools in teaching not the law of the State in which the school is situated, but the national law – often following the Restatements' lead in considering ex-

55. See H. Collins, 'European Private Law and the Cultural Identity of States' *European Review of Private Law*. In *The Hague* I made the mistake of referring also to our cooking, after which no one took me seriously.

56. See B. Markesinis, 'The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century' (1994).

plicitly the majority and minority positions and debating which seems the better.

But my personal hope is that even if we have a gradual convergence, it will happen by way of absorption and gradual rationalisation rather than by the imposition from on high – whether by Brussels or by the treaty-making of often idealistic politicians. In other words I would like whatever legal culture we develop in Europe to be a natural growth and one that draws on many legal cultures. To some extent that can be done in drafting Principles or a Code, but it is hard to do it in a short time – even within a decade, I suspect – without simply eliminating some solutions without a full understanding of their richness, of their possibilities. I am arguing, in other words, for a legal multi-culturalism to be allowed to flourish, because I am fairly sure that whatever grows from that will be richer and find more ready acceptance than a set of Principles drawn up in a short time by a necessarily small group of persons, however wise and well-intentioned. In this re-run of the debate between Savigny and Thibaut, I am with Savigny.⁵⁸

This may sound as if I have no use for the Principles of European Contract law or similar private codes. Far from it. I think that they are an essential part of the process of comparing our laws, and of finding the balance between the various concepts, values and policies. All I am against is moving too quickly to imposing a text which we do not know the full implications of, which perhaps we do not yet fully understand.

Of course it could be said that a study of the philosophies of the systems should have come first, before any Principles were penned. I disagree. It is not until one attempts such a brave endeavour as drafting Principles of European Contract Law that many of these questions become apparent – and the Principles are at least a start to their solution. Besides, the world is just not like that. We don't always do things in logical order. What is important is that we do them! Ole Lando has instigated the creation of something very valuable. We are all in his debt.

57. See B. Markesinis, 'Five Days in the House of Lords: some Comparative Reflections on *White v. Jones*' and C.v. Bar, 'A Common European Law of Torts', both in the series of lectures published by the Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Rome; and U. Drobnič, 'The Use of Comparative Law by Courts', in K.D. Kerameus (ed.), *General Reports presented to XIVth International Congress of Comparative Law*, Hellenic Institute of International and Foreign Law (1995), 65.

58. See R. Zimmermann, 'Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science' (1996) 112 *Law Quarterly Review* 576.

Domskonventionens opfyldelsesværneting – en kritisk vurdering

Højesteretsdommer, dr. jur. Peter Blok

I. *Indledning*

Art. 5, nr. 1., 1. led, i den mellem EU's medlemsstater indgåede Konvention af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, med senere ændringer – i det følgende Domskonventionen – har følgende ordlyd:

“En person, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges i en anden kontraherende stat ... i sager om kontraktforhold ved retten på det sted, hvor den pågældende forpligtelse er opfyldt eller skal opfyldes”.

Denne bestemmelse har været uændret siden vedtagelsen af den oprindelige konvention, når bortses fra en mindre sproglig ændring af den danske tekst i forbindelse med San Sebastian Konventionen af 1989 om Spaniens og Portugals tiltrædelse samt en tilføjelse – ligeledes ved San Sebastian Konventionen – i art. 5, nr. 1, 2. led, af en særregel om opfyldelsesstedet ved arbejdsaftaler.

For ca. 20 år siden deltog jeg som fuldmægtig i Justitsministeriet i en gennemgang af Domskonventionen som forberedelse til forhandlingerne om Danmarks, Storbritanniens og Irlands tiltrædelse af konventionen. Under dette arbejde blev vi klar over, at art. 5, nr. 1, var betænkeligt vidtgående, og navnlig fandt vi bestemmelsen uacceptabel, hvis meningen var, at også opfyldelsesstedet for pengeforpligtelser kunne danne grundlag for værneting. Vi var nærmest af den opfattelse, at man ved udarbejdelsen af konventionen havde overset, at pengeskyld i nogle lande er bringeskyld, således som det er tilfældet i Danmark. På denne baggrund, og da vi fra dansk side var tilbageholdende med at foreslå videregående ændringer end absolut påkrævet, blev jeg til et møde i arbejdsgruppen vedrørende de nye medlemsstaters tiltrædelse instrueret om at fremsætte forslag om, at pengeforpligtelser (udtrykkeligt!) skulle undtages fra anvendelsesområdet for art. 5, nr. 1.

Jeg forsøgte efter bedste evne at forklare baggrunden for det danske forslag med gennemgang af eksempler på, hvor urimeligt bestemmelsen kunne virke, hvis den fandt anvendelse på pengeforpligtelser, og hvis den anvendelige lov indeholder en regel om, at pengeskyld er bringeskyld. Reaktionen var, at enkelte af de øvrige delegationer gav udtryk for en afvisende holdning med begrundelser, hvis nærmere indhold jeg ikke længere erindrer, medens ingen anden delegation støttede det danske forslag. Dette måtte derfor anses for bortfaldet. Da jeg efterfølgende spiste frokost med et medlem af den britiske delegation, gav jeg udtryk for skuffelse over den manglende forståelse for – efter min vurdering måske snarere forståelse af – det danske forslag. Han svarede noget i denne retning: “Vi har udmærket forstået forslaget og dets baggrund, idet vi selv har gjort os de samme overvejelser, og vi er også enige i, at bestemmelsen vil føre til urimelige resultater. Vi er imidlertid nået til den konklusion, at disse urimeligheder overvejende vil være til fordel for vore egne virksomheder, eftersom pengeskyld også er bringeskyld efter engelsk ret, og derfor fandt vi ikke anledning til at støtte det danske forslag.”(!)

Omkring samme tidspunkt skrev *Lando* en artikel om de første syv afgørelser fra EF-domstolen vedrørende fortolkningen af Domskonventionen, jf. NTIR 1977 s. 77 ff. Ved omtalen af to – fortsat ledende – afgørelser vedrørende fortolkningen af art. 5, nr. 1, *Tessili mod Dunlop* og *de Bloos mod Bouyer*, indtog han en kritisk holdning og fremsatte i forbindelse hermed forslag om, at opfyldelsesstedet med virkning for begge parter burde defineres som opfyldelsesstedet for den for aftalen karakteristiske ydelse (s. 85 f). Dette forslag, som er beslægtet med den danske regerings forslag, er efterfølgende blevet taget op af mange andre, men har trods adskillige forsøg ikke vundet gehør ved EF-domstolen (når bortses fra arbejdsaftaler), efter min opfattelse meget muligt fordi det – selv om intentionen er rigtig – er metodisk forkert.

I fremmed litteratur har art. 5, nr. 1, været genstand for omfattende kritik. Når jeg alligevel har fundet anledning til at fremkomme med endnu et bidrag til kritikken, beror det navnlig på tre forhold. For det første er de problemer, bestemmelsen giver anledning til, så iøjnefaldende og så praktisk betydningsfulde for såvel virksomhederne som de nationale domstole, at kritikken ikke bør ophøre, før en tilfredsstillende reform er gennemført. For det andet har de bestræbelser, der har været gjort på at reformere bestemmelsen ad fortolkningsvejen, og i hvilke forslaget om anvendelse af opfyldelsesstedet for den karakteristiske ydelse har været centralt placeret, som allerede antydet været

Domskonventionens opfyldelsesværneting – en kritisk vurdering

delvis forfejlede. Og for det tredje er den nu foreliggende danske retspraksis vedrørende anvendelsen af art. 5, nr. 1, velegnet til at belyse problemerne.

At art. 5, nr. 1, spiller en betydningsfuld rolle i det praktiske retsliv, hænger sammen med, at Domskonventionen er en såkaldt dobbeltkonvention. Den regulerer ikke alene værnetingsspørgsmålet – dvs. spørgsmålet om, i hvilke tilfælde en virksomhed med hjemsted i en kontraherende stat kan sagsøges i en anden kontraherende stat – men indeholder samtidig bestemmelser om, at domme afsagt i én kontraherende stat skal anerkendes og fuldbyrdes i de øvrige kontraherende stater. En regel, der hjemler et vidtgående undtagelsesværneting i internationale forhold, har mindre betydning, hvis en dom afsagt i det pågældende land ikke anerkendes og ikke kan fuldbyrdes i det land, hvor sagsøgte hører hjemme.

Opfyldelsesværnetinget efter art. 5, nr. 1, er et *fakultativt værneting*, således at vedkommende kontraktspart i givet fald kan vælge mellem at anlægge sag mod medkontrahenten ved dennes hjemting, jf. art. 2, eller ved opfyldelsesværnetinget. I de tilfælde, hvor vedkommende part ønsker at påberåbe sig art. 5, nr. 1, vil baggrunden i reglen være, at opfyldelsesværnetinget er den pågældendes eget hjemting.

Domskonventionen indeholder særregler om værneting i sager om forsikrings- og forbrugeraftaler, i sager om rettigheder over fast ejendom og i tilfælde, hvor parterne har indgået en værnetingsaftale. I disse tilfælde og i tilfælde, hvor der er indgået en voldgiftsaftale, finder art. 5, nr. 1, ikke anvendelse. Til gengæld kan denne bestemmelse have stor betydning i alle andre situationer, hvor der opstår tvist vedrørende et kontraktsforhold.

Ved en til Domskonventionen knyttet protokol har EF-domstolen – i det følgende blot Domstolen – fået tillagt kompetence til at træffe afgørelser om fortolkningen af konventionen efter principper stort set svarende til EF-traktatens art. 177. Spørgsmål vedrørende fortolkningen af art. 5, nr. 1, henhører således i tvivlstilfælde under Domstolen, medens anvendelsen af bestemmelsen er overladt til de nationale domstole.

I 1988 blev der mellem EU-landene og EFTA-landene indgået en konvention, den såkaldte *Lugano Konvention*, som stort set – også med hensyn til artikelnumre – er identisk med Domskonventionen. Lugano Konventionen er ligesom San Sebastian Konventionen trådt i kraft i Danmark den 1. marts 1996 og gælder i forhold til de øvrige nordiske lande, Østrig og Schweiz, idet Sverige, Finland og Østrig

Peter Blok

endnu ikke har tiltrådt Domskonventionen. Lugano Konventionens art. 5, nr. 1, 1. led, er identisk med Domskonventionens art. 5, nr. 1, 1. led (der er små forskelle i 2. led om arbejdsaftaler), og hvad der i det følgende siges om Domskonventionens art. 5, nr. 1, gælder derfor tilsvarende om Lugano Konventionens art. 5, nr. 1. Inden for Lugano Konventionens område findes der dog ingen fælles domstol, som kan sikre en ensartet fortolkning. Vedrørende Lugano Konventionen og San Sebastian Konventionen kan henvises til *Arnt Nielsen* i *Juristen* 1997 s. 64 ff.

Vejen fra konventionsteksten til afgørelsen af kompetencespørgsmålet i den konkrete sag er lang og undertiden ret kompliceret. Jeg har derfor fundet det hensigtsmæssigt i afsnit II at foretage en systematisk gennemgang af de fortolknings- og anvendelsesproblemer, som art. 5, nr. 1, giver anledning til. Dette sker på grundlag af de vigtigste afgørelser fra Domstolen og den foreliggende danske retspraksis. Gennemgangen er dog ikke rent beskrivende og tilsigter heller ikke at være udtømmende, idet hovedsigtet har været at påvise sammenhængen mellem de enkelte problemer og de ændringsmuligheder, som efter min vurdering foreligger, og som er gennemgået i afsnit III.

Der er næppe tvivl om, at art. 5, nr. 1, er den bestemmelse i Domskonventionen, som der foreligger flest afgørelser om, såvel fra Domstolen som fra de nationale, herunder de danske, domstole. Allerede dette indikerer, at der er noget galt!

Af generel litteratur om Domskonventionens art. 5, nr. 1, kan fremhæves: *Svenné Schmidt*: *International formueret* (1987) s. 63 ff, *samme* i *Kommenteret Retsplejelov*, bind II (5. udg. 1994) s. 463 ff, *Philip*: *EU-IP* (2. udg. 1994) s. 46 ff, *Lookofsky*: *Transnational Litigation and Commercial Arbitration* (1992) s. 33 ff, *samme*: *International privatret på formuerettens område* (1993) s. 30 ff, *Pålsson*: *Bryssel- og Lugano-konventionerna* (1995) s. 75 ff samt *Hertz* i *U* 1997 B s. 48 ff.

II. Fortolknings- og anvendelsesproblemer

1. Kontraktforhold

Domstolen fastslog i *Peters mod ZNAV*, Saml. 1983.987, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et kontraktforhold, skal afgøres efter fællesskabsretlige regler og ikke efter den nationale lov, der finder anvendelse på forholdet – der er således tale om et “selvstændigt begreb” (præmis 9 og 10).

Domskonventionens opfyldelsesværneting – en kritisk vurdering

Sagen angik en hollandsk forenings sagsanlæg i Holland mod et tysk medlem af foreningen med påstand om betaling af et beløb, der udsprang af medlemskabet. Domstolen antog, at der mellem parterne var opstået “en nær forbindelse ... af samme art som mellem parterne i en kontrakt”, og at art. 5, nr. 1, derfor fandt anvendelse (præmis 13). Der var således tale om en analog anvendelse (udvidende fortolkning), hvilket ikke harmonerer med den af Domstolen i andre sammenhænge fremsatte udtalelse om, at de specielle kompetenceregler (undtagelsesværnetingene) skal fortolkes restriktivt, smlg. *Pålsson* s. 74.

Til støtte for resultatet anførte Domstolen, *at* alle spørgsmål, der kan opstå i forbindelse med en kontraktsforpligtelse (eller en lignende forpligtelse) bør kunne indbringes for samme ret, og *at* opfyldelsesstedet for foreningsretlige forpligtelser efter national ret oftest er foreningens hjemsted (præmis 12 og 14). Disse argumenter er misvisende. Det første, fordi fælles behandling af samtlige forpligtelser også kan sikres ved sagsanlæg ved sagsøgtens hjemting, jf. nedenfor 3. Det andet, fordi opfyldelsesstedet for medlemmernes betalingsforpligtelser beror på, om pengeskyld er henteskyld eller bringeskyld efter den anvendelige lov, jf. nedenfor 5.

I *Handte mod TMCS*, Saml. 1992 I.3967, udtalte Domstolen, at køberen af en løsørengstand ikke kan påberåbe sig art. 5, nr. 1, i et søgsmål mod sælgerens hjemmelsesmand (“springende regres”). Afgørelsen udelukker ikke, at en sag vedrørende produktansvar i medfør af deliktsværnetinget i art. 5, nr. 3, kan anlægges ved skadelidtes hjemting, jf. *U 1994.342 Ø*.

2. “Den pågældende forpligtelse”

Efter art. 5, nr. 1, kan en kontraktspart sagsøges “ved retten på det sted, hvor den pågældende forpligtelse er opfyldt eller skal opfyldes”. Den danske tekst blev – uden at begrundelsen er omtalt – ændret ved San Sebastian Konventionen, idet bestemmelsen tidligere var formuleret således: “... ved retten på det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes”. En realitetsændring er næppe tilsigtet, jf. *Svenné Schmidt* i *Kommenteret Retsplejelov II* s. 464. Måske har man med den sproglige ændring ønsket at forebygge den misforståelse, at den relevante forpligtelse er den forpligtelse, som sagen “reelt” angår, jf. nedenfor om *U 1993.802 Ø*.

De Bloos mod Bouyer, Saml. 1976.1497, angik en belgisk eneforhandlers sagsanlæg i Belgien mod en fransk leverandør med påstand dels om erstatning for opsigelse uden kontraktmæssigt varsel, dels om

goodwill-erstatning (en sådan er udtrykkeligt hjemlet ved en belgisk lov). Domstolen udtalte, at “den forpligtelse, der skal tages i betragtning ved bestemmelsen af det i den nævnte artikel 5 omhandlede opfyldelsessted, (er) den forpligtelse, der svarer til den kontraktmæssige retlighed, sagsøgeren påberåber sig som grundlag for søgsmålet” (præmis 13), og at den relevante forpligtelse i tilfælde, hvor sagsøgeren rejser krav om erstatning for misligholdelse, “altid (er) den forpligtelse, der følger af kontrakten, og hvis misligholdelse påberåbes som grundlag for kravene.” Umiddelbart kan disse udtalelser synes selvfølgeligelige. De præciserer imidlertid art. 5, nr. 1, på to punkter, som – også efterfølgende – har givet anledning til diskussioner og misforståelser:

a) Den relevante forpligtelse er en forpligtelse, der påhviler *sagsøgte* og kan således ikke være en forpligtelse, der påhviler sagsøgeren selv (det er omtalt nedenfor, at Domstolen senere for så vidt angår arbejdsaftaler har fraveget dette grundprincip og derved givet anledning til yderligere diskussioner og misforståelser).

b) Den relevante forpligtelse er en *primær* kontraktsforpligtelse, således at opfyldelsesstedet for en forpligtelse til at betale erstatning (eller forholdsmæssigt afslag) som følge af misligholdelse af den primære kontraktsforpligtelse ikke kan begrunde værneting efter art. 5, nr. 1.

Det under a) anførte grundprincip blev tilsidesat i *U 1993.802 Ø*, og denne dom er derfor efter gældende ret givetvis forkert, jf. *Lookofsky: International privatret* s. 32, *Martin Jensen og Arnt Nielsen* i *U 1994 B* s. 288 ff og *Lookofsky* i *U 1994 B* s. 428 ff. Et dansk selskab, som havde leveret edb-software til et engelsk selskab og havde installeret det i England, sagsøgte det engelske selskab ved sit hjemting i Danmark til betaling af købesummen. Såvel byretten som landsretten afviste, at der var værneting i Danmark i medfør af art. 5, nr. 1, landsretten med henvisning til, at det måtte lægges til grund, “at sagen angår en forpligtelse til at levere Software til indkæredes virksomhed i England, og at tvistepunktet er, om det leverede Software er kontraktmæssig.” Hermed sigtes imidlertid til opfyldelsesstedet for *sagsøgerens* primære kontraktsforpligtelse. Den relevante forpligtelse i relation til art. 5, nr. 1, var den engelske købers forpligtelse til at betale købesummen, og denne forpligtelse skulle efter alt at dømme opfyldes på sælgerens forretningssted, idet købekontrakten formentlig var underlagt dansk ret, således at enten dennes almindelige regel om, at pengeskyld er bringeskyld, eller CISG art. 57 førte hertil, jf. nedenfor 5 (i øvrigt er pengeskyld også bringeskyld efter engelsk ret).

Noget andet er, at man kan have sympati for dommens resultat, idet

Domskonventionens opfyldelsesværneting – en kritisk vurdering

det efter gældende ret korrekte resultat – adgang til at inddrive købesummen ved sagsanlæg i Danmark – hverken er rimeligt eller hensigtsmæssigt. Man kan også notere sig, at det var en ganske tilsvarende situation, som foranledigede den tyske Bundesgerichtshof til at forelægge spørgsmål for Domstolen i *Custom Made*, antagelig ud fra et ønske om at foranledige en ændring af den gældende retstilstand, jf. nedenfor. *Philip* s. 47 synes at acceptere dommen, idet han blot anfører, at sagen blev afvist, da den “reelt angik rigtig opfyldelse af kreditors ydelse i England.” Det er imidlertid efter gældende ret ikke afgørende for anvendelsen af art. 5, nr. 1, hvad sagen “reelt” angår.

Det under b) anførte grundprincip kan illustreres ved *U 1990.295 H*. En dansk køber anlagde ved Vestre Landsret sag mod en tysk sælger med påstand om erstatning for tab som følge af mangler ved leverede ventilsække. Såvel landsretten som Højesteret lagde korrekt til grund, at afgørende for spørgsmålet om opfyldelsesværneting var det sted, hvor de solgte sække skulle leveres – opfyldelsesstedet for sælgerens primære kontraktsforpligtelse – og problemet var herefter, om parterne havde aftalt cif eller frit leveret. Højesteret antog det første, således at leveringsstedet var i Tyskland, hvorfor sagen blev afvist. En alvorlig skønhedsfejl ved kendelsen var dog, at retten anvendte retsplejelovens § 242 og ikke Domskonventionens art. 5, nr. 1, jf. *Svenné Schmidt* i *U 1990 B* s. 273 ff. Sagen kan tillige illustrere spørgsmålet, om det er velbegrunderet at lade det køberetlige leveringssted danne grundlag for opfyldelsesværneting, jf. nedenfor III.3.

U 1992.920 SH angik en situation, hvor en tysk køber af gummihandsker leveret omkring årsskiftet 1988/89 havde anlagt sag mod den danske sælger ved Sø- og Handelsretten med påstand om betaling af et større beløb i anledning af mangler. Parterne fortsatte imidlertid samhandelen, og efter at sælgeren havde fremsendt faktуре for varer leveret omkring årsskiftet 1991/92, fremsatte køberen erklæring om modregning af fakturabeløbet i det under retssagen rejste krav. Sælgeren (sagsøgte) nedlagde herefter under anbringende af, at modregningen var uberettiget, påstand om selvstændig dom for fakturabeløbet og om erstatning for et tab på ca. 34.000 kr. som følge af den manglende betaling af dette. Sø- og Handelsretten antog korrekt, at købeaftalen var undergivet danske ret, at opfyldelsesstedet for købesummens betaling herefter var i Danmark, og at der derfor efter art. 5, nr. 1, var værneting i Danmark for sagsøgtes modkrav om betaling af fakturabeløbet. I nærværende sammenhæng er det imidlertid rettens stillingtagen til spørgsmålet om værneting for erstatningskravet på ca. 34.000 kr., som er af

interesse. Retten fandt, at der for dette krav var værneting i medfør af art. 5, nr. 3. Dette var ikke korrekt, idet der klart var tale om et kontraktretligt erstatningskrav. Resultatet blev dog rigtigt, idet der var tale om et krav om erstatning for tab ved misligholdelse af den primære betalingsforpligtelse, hvorfor der efter art. 5, nr. 1, tillige var værneting for erstatningskravet. Som her *Lookofsky* i U 1993 B s. 310 f, anderledes (som retten) *Philip* i U 1993 B s. 186.

Domstolens afgørelse i *de Bloos mod Bouyer* blev kritiseret for at føre til tilfældige og uhensigtsmæssige resultater, dels fordi den ikke lægger vægt på den reelle tilknytning til det sted, hvor retssag kan anlægges, dels fordi hver parts primære kontraktsforpligtelse skal behandles for sig. Det er med udgangspunkt i denne kritik blevet anført, at art. 5, nr. 1, burde fortolkes således, at opfyldelsesstedet er det sted, hvor den for aftalen *karaktéristiske ydelse* skal opfyldes, smlg. art. 4, stk. 2, i lovvalgskonventionen (Romkonventionen af 1980). Som nævnt i indledningen er *Lando* blandt de første, som har fremsat dette forslag, jf. NTIR 1977 s. 85 f. De hensyn, som søges tilgodeset med dette, er særdeles tungtvejende. Som det fremgår af det følgende, har forslaget alligevel ikke vundet gehør hos Domstolen, når bortses fra særreglen om arbejdsaftaler.

Dette kan hænge sammen med, at forslaget lider af en grundlæggende skavank, som gør det sårbart for en modargumentation. Det bygger på den opfattelse, at der bør defineres ét opfyldelsessted, som af begge parter kan påberåbes som grundlag for opfyldelsesværneting. Det er imidlertid ikke indlysende, at opfyldelsesstedet for den karakteristiske ydelse bør kunne påberåbes af den part, som skal præstere denne ydelse (realdebitor). Dette ville tværtimod være i strid med det foran under a) anførte grundprincip, at kun en forpligtelse, der påhviler sagsøgte, kan danne grundlag for opfyldelsesværneting, og forslaget ville – sammenhængende hermed – føre til uheldige resultater for så vidt angår søgsmål fra realdebitors side. Eksempelvis ville det ved køb indebære, at sælgeren kunne sagsøge køberen i sit eget land i alle tilfælde, hvor leveringsstedet er i dette land.

Ivenel mod Schwab, Saml. 1982.1891, angik en *arbejdsaftale*. En fransk ikke-selvstændig (ansat) repræsentant anlagde i forbindelse med den tyske arbejdsgivers ophævelse af aftalen sag mod denne i Frankrig med påstand om betaling af provision, løn til opsigelsesperiodens udløb, feriepenge samt goodwill-erstatning. Domstolen antog, at den i relation til art. 5, nr. 1, relevante forpligtelse i denne situation var den for aftalen karakteristiske ydelse, dvs. repræsentantens arbejdsforpligtelse

Domskonventionens opfyldelsesværn timer – en kritisk vurdering

(præmis 20). Da arbejdsforpligtelsen skulle opfyldes i Frankrig, var sagen med rette anlagt i dette land. Dette var en *meget* fri fortolkning af art. 5, nr. 1, som jo ellers såvel efter sin ordlyd som efter de præciseringer, som var fastslået i de Bloos mod Bouyer, skal forstås således, at den relevante forpligtelse er sagsøgt primære kontraktsforpligtelse, her arbejdsgiverens betalingsforpligtelser. Afgørelsen er i virkeligheden kun i formen udtryk for en fortolkning af art. 5, nr. 1, idet der reelt var tale om indførelse af en socialt begrundet særlig værn timerregel for arbejdsaftaler på linie med Domskonventionens særregler for forsikrings- og forbruger aftaler, som Domstolen da også henviser til (præmis 16). Herudover henviser Domstolen til den – ligeledes socialt begrundede – særregel om arbejdsaftaler i lovvalgskonventionens art. 6.

Som konsekvens af denne dom gennemførtes først i Lugano Konventionen og derefter i San Sebastian Konventionen en udtrykkelig særregel om "opfyldelsesstedet" ved arbejdsaftaler, begge steder som art. 5, nr. 1, 2. led, og begge steder med lovvalgskonventionens art. 6 som forbillede. For så vidt angår tilfælde, hvor arbejdstageren ikke sædvanligvis udfører sit arbejde i ét land, begik man i Lugano Konventionen den fejl at formulere særreglen således, at arbejdsgiverens forretningssted kan påberåbes som opfyldelsessted af begge parter med den konsekvens, at arbejdsgiveren (efter ordlyden) kan sagsøge arbejdstageren på sit forretningssted. Dette er blevet korrigeret i San Sebastian Konventionen. Denne detalje illustrerer det foran anførte om det metodisk forkerte i at tage udgangspunkt i et fælles opfyldelsessted. Vedrørende særreglerne om arbejdsaftaler i Lugano Konventionen og San Sebastian Konventionen kan henvises til *Arnt Nielsen* i *Juristen* 1997 s. 68 og 71.

Problemstillingen i *Shenavai mod Kreischer*, Saml. 1987.239, var, om det princip om anvendelse af opfyldelsesstedet for den karakteristiske ydelse, som for arbejdsaftaler var anerkendt i *Ivenel mod Schwab*, kunne udvides til andre typer af aftaler, eller om de Bloos mod Bouyer skulle fastholdes for andre aftaler end arbejdsaftaler. En tysk arkitekt havde i Tyskland anlagt sag mod en person med bopæl i Holland med påstand om betaling af honorar for et projekt vedrørende nogle feriehus, som skulle bygges i Tyskland. Der var ingen tvivl om, at arkitektens arbejde var den karakteristiske ydelse, og at tysk ret derfor skulle anvendes på aftaleforholdet. Opdragsgiverens betalingsforpligtelse skulle efter tysk ret opfyldes i Holland, idet pengeskyld er henteskyld (sendeskyld) efter tysk ret. Såvel den tyske som den britiske regering afgav indlæg, i hvilke der argumenteredes til fordel for en regel om an-

vendelse af opfyldelsesstedet for den karakteristiske ydelse, om end den tyske regering efter forarbejderne til art. 5, nr. 1, fandt det udelukket at nå til dette resultat. Domstolen udtalte, *at* resultatet i Ivenel mod Schwab var begrundet i sociale hensyn (præmis 10, 11 og 16), *at* en generel regel om anvendelse af opfyldelsesstedet for den karakteristiske ydelse ikke ville være hensigtsmæssig, men ville give anledning til usikkerhed (præmis 17), og *at* opfyldelsesstedet for sagsøgtets kontraktsforpligtelse “normalt (er) det forhold, der stærkest knytter et søgsmål på grundlag af kontrakten til den stedligt kompetente ret” (præmis 18). Herefter blev spørgsmålet – i forlængelse af de Bloos mod Bouyer – besvaret således, at den relevante forpligtelse også i dette tilfælde var “den aftaleforpligtelse, der konkret ligger til grund for sagen” (præmis 20).

Afgørelsen er efter min opfattelse velbegrundet. Der bør ikke åbnes op for en generel regel om, at realdebitor i alle tilfælde, hvor realydelsen skal præsteres i hans eget land, kan inddrive sit tilgodehavende ved sagsanlæg i dette land, jf. foran. Der er derimod behov for at afskaffe den lidet rimelige forskelsbehandling, som følger af, at pengeskyld i nogle lande er henteskyld, i andre bringeskyld. Hvis en dansk arkitekt havde udført et tilsvarende arbejde for en hollænder vedrørende et planlagt byggeri i Danmark, ville han kunne inddrive sit betalingskrav ved sagsanlæg i Danmark, fordi pengeskyld er bringeskyld efter dansk ret.

Custom Made mod Stawa, Saml. 1994 I.2913, angik en situation, hvor en tysk virksomhed til en engelsk virksomhed havde leveret døre og vinduer til et bygningskompleks i London, og nu i Tyskland havde sagsøgt den engelske virksomhed til betaling af restkøbesummen. De tyske domstole lagde til grund, at aftalen var undergivet tysk ret, hvilket indebar, at bestemmelserne i den uniforme købelov af 1964 (ULIS) skulle anvendes. Efter ULIS art. 59, stk. 1, er opfyldelsesstedet for køberens betalingspligt sælgerens forretningssted (jf. CISG art. 57, stk. 1, litra a). Med lettere omformuleringer forelagde Bundesgerichtshof bl.a. følgende spørgsmål (der blev tillige stillet spørgsmål vedrørende art. 17): a) Skal art. 5, nr. 1, også anvendes i den foreliggende situation med den konsekvens, at opfyldelsesstedet for køberens betalingsforpligtelse giver grundlag for opfyldelsesværnet i Tyskland?, og b) Såfremt spørgsmål a) besvares benægtende, hvorledes skal opfyldelsesstedet efter art. 5, nr. 1, da bestemmes? Baggrunden for spørgsmål a) var formentlig ikke selve det forhold, at ULIS og ikke intern tysk ret skulle anvendes, men konsekvensen af ULIS art. 59, stk. 1, sammenholdt med

den almindelige forståelse af Domskonventionens art. 5, nr. 1. Man havde åbenbart ikke i Tyskland, hvor pengeskyld som nævnt er henteskyld (sendeskyld), vænnet sig til den urimelige konsekvens af en regel om bringeskyld, at kreditor kan inddrive sin fordring ved sagsanlæg ved sit eget hjemting.

Generaladvokat *Lenz* argumenterede i sit meget indgående og tankevækkende forslag til afgørelse for at besvare spørgsmål a) benægtende og for at besvare spørgsmål b) således, at bestemmelsesstedet for leverancen (London) skulle anses for opfyldelsessted. Hans begrundelse for, at spørgsmål a) burde besvares benægtende, var, at opfyldelsesstedet for en pengeforpligtelse ikke skaber nogen reel tilknytning, som kan begrunde opfyldelsesværneting, og hans begrundelse for forslaget til svar på spørgsmål b) var, at det samme gælder det køberetlige leveringssted, jf. nedenfor afsnit III.2 og 3. Generaladvokatens indlæg led imidlertid af den svaghed, at han ikke nøjedes med at foreslå spørgsmål a) besvaret benægtende, men lagde op til, at det i hvert enkelt tilfælde gælder om at finde et opfyldelsessted, som skaber en reel tilknytning.

Såvel Bundesgerichtshof som generaladvokaten lagde til grund, at der *måtte* findes et opfyldelsessted, som den tyske sælger kunne påberåbe sig som grundlag for opfyldelsesværneting. Dette er imidlertid en fejkagtig opfattelse af problemstillingen: der er intet mærkeligt eller forkert ved, at der for en part i et kontraktsforhold ikke findes noget opfyldelsesværneting, han kan påberåbe sig. Det er mit indtryk, at sagen måske kunne have fået et andet udfald, såfremt generaladvokaten efter at have foreslået en benægtende besvarelse af spørgsmål a) havde foreslået spørgsmål b) besvaret på den måde, at den tyske sælger herefter ikke kunne påberåbe sig noget opfyldelsesværneting. I øvrigt gik hans forslag til besvarelse af spørgsmål b) jo reelt ud på det samme, da bestemmelsesstedet for leverancen var London, som var sagsøgtes hjemting.

Dette indtryk støtter jeg på Domstolens begrundelse for at besvare spørgsmål a) bekræftende. Det er tydeligt, at Domstolen har forståelse for det synspunkt, at opfyldelsesstedet for en betalingsforpligtelse ikke skaber nogen reel tilknytning (præmis 13, 14 og 16). Det, Domstolen vender sig imod, er tanken om, at man i hvert enkelt tilfælde skal finde frem til det opfyldelsessted, hvortil den stærkeste tilknytning består. Over for en sådan omfortolkning af art. 5, nr. 1, anfører Domstolen med rette, at den ville gøre det "vanskeligt at forudse, hvilken ret der er rette værneting, og dette vil være uforeneligt med konventionens formål" (præmis 18), og at "resultatet heraf (vil) blive, at den ret, ved hvil-

ken sagen er anlagt – når den skal undersøge, om der består en sådan tilknytning – tvinges til at tage andre momenter i betragtning, navnlig de af sagsøgte fremsatte anbringender, og artikel 5, nr. 1, vil herved blive uden indhold” (præmis 19).

3. Flere forpligtelser. Modkrav

Det kan tænkes, at der påhviler sagsøgte flere primære kontraktsforpligtelser, som har forskellige opfyldelsessteder. Herom udtalte Domstolen i *Shenavai mod Kreischer*, at den ret, ved hvilken sagen er anlagt, må “hente vejledning i sondringen mellem accessoriske krav og hovedkrav, hvilket medfører, at hovedforpligtelsen blandt flere omtvistede forpligtelser bliver afgørende for kompetencen” (præmis 19). Der kan heraf udledes, at en accessorisk forpligtelse ikke kan danne grundlag for opfyldelsesværneting, i hvert fald ikke, når sagsøgeren tillige påberåber sig en hovedforpligtelse. Men det kan jo tænkes, at der påhviler sagsøgte flere hovedforpligtelser, og i så fald bør hver af disse formentlig kunne påberåbes som grundlag for opfyldelsesværneting. En løsning, hvorefter domstolen skulle findes frem til “den vigtigste hovedforpligtelse”, forekommer ikke holdbar.

I *de Bloos mod Bouyer*, der som nævnt angik en belgisk eneforhandlers sagsanlæg i Belgien mod en fransk leverandør med påstand dels om erstatning for opsigelse uden kontraktmæssigt varsel, dels om goodwill-erstatning, anså den belgiske domstol sig efterfølgende for kompetent med henvisning til, at det første krav udsprang af en påstået misligholdelse af leverandørens forpligtelse til at iagttage opsigelsesvarslet, hvilken forpligtelse antoges at skulle opfyldes i Belgien (se herom nedenfor 5). Kravet om goodwill-erstatning antoges derimod at være modstykket til en primær betalingsforpligtelse, som – da pengeskyld er henteskyld efter belgisk ret – skulle opfyldes i Frankrig. Da kompetencen imidlertid kunne støttes på den førstnævnte forpligtelse, anså domstolen sig tillige for kompetent til at behandle kravet om goodwill-erstatning, jf. *Pålsson* s. 79. Denne afgørelse stemmer således med det foran anførte.

Sagsøgte kan fremsætte alle modkrav, som udspringer af den samme kontrakt, herunder også til selvstændig dom, jf. art. 6, nr. 3. Dette gælder, hvad enten sagen er anlagt ved sagsøgtes hjemting eller ved en anden domstol i medfør af art. 5, nr. 1.

Af det anførte følger, at en domstol, som er kompetent som hjemting eller opfyldelsesværneting, altid vil kunne behandle alle krav, der udspringer af kontrakten. Det ønskelige heri udgør således ikke, som for-

skellige udtalelser fra Domstolen ellers kunne give indtryk af, noget argument for, at en part altid bør kunne påberåbe sig et opfyldelsesværn timer, eller for at foretrække en bestemt løsning med hensyn til bestemmelsen af opfyldelsesværn timeret.

4. Lovvalget

Domstolen udtalte i *Tessili mod Dunlop*, Saml. 1976.1473, at opfyldelsesstedet for den relevante kontraktsforpligtelse skal fastlægges efter den lov, som skal anvendes i henhold til lovvalgsreglerne i det land, i hvilket sagen er anlagt (præmis 13). Den afviste således den mulighed at fastsætte opfyldelsesstedet efter selvstændige, fællesskabsretlige regler, en løsning, som også ville have været meget vanskelig at gennemføre, eftersom der ikke findes nogen fælles kontraktsret.

Den valgte løsning kan således ikke kritiseres, men man kan ikke komme uden om, at også denne giver anledning til praktiske vanskeligheder og usikkerhed ved anvendelsen af art. 5, nr. 1. Selv om Romkonventionen af 1980 har givet et godt grundlag for løsning af lovvalgsspørgsmålene, giver dens regler langtfra altid klare og entydige svar. Jeg tænker herved specielt på den generelle regel i art. 4, hvorefter der gælder en formodning for anvendelse af loven på det sted, hvor den part, der skal præstere den for aftalen karakteristiske ydelse, har sin bopæl. I tilfælde, hvor lovvalget er afgørende for opfyldelsesstedet – hvilket navnlig forekommer ved søgsmål mod pengedebitor, jf. nedenfor – og hvor løsningen på lovvalgsspørgsmålet er usikker, virker art. 5, nr. 1, konfliktskabende. For den nationale domstole er det selvsagt en belastning, at den er nødsaget til at tage stilling til et måske vanskeligt lovvalgspørgsmål for at kunne afgøre, om den overhovedet har kompetence til at behandle sagen.

Heldigvis frembyder internationale køb, som er langt de mest almindelige internationale kontrakter, i reglen ikke større problemer med hensyn til udpegningen af den anvendelige lov, i hvert fald ikke i dansk ret. Loven om lovvalget ved internationale løsøre-køb (lovbkg. nr. 722 af 24. oktober 1986) indeholder i § 4 faste og klare regler om lovvalget i mangel af aftale herom. Såfremt parterne er hjemmehørende i stater, som begge har tiltrådt CISG, følger det direkte af konventionens art. 1, stk. 1, litra a, at dennes regler skal anvendes. I *U 1992.920 SH* (omtalt foran under 2) nåede retten til det korrekte resultat, at sælgers lov, dvs. dansk ret, skulle anvendes, men resultatet udledtes tilsyneladende af lovvalgskonventionens art. 4. Det rigtige havde været at finde løsningen i den nævnte lovs § 4, stk. 1, eller – måske snarere – i CISG art. 1,

stk. 1, litra a, jf. *Philip* i U 1993 B s. 184 ff og *Lookofsky* i U 1993 B s. 308 ff.

Der *kan* dog også ved køb opstå mere komplicerede lovvalgsproblemer, f.eks. i relation til vedtagelsesspørgsmål. I *U 1990.295 H* (ligeledes omtalt foran under 2) erklærede parterne, at de var enige om, at det var uden betydning, om dansk eller tysk ret fandt anvendelse. Denne enighed dækkede over en forkert antagelse, hvilket illustreres af, at landsretten løste tvisten om, hvorvidt cif eller frit leveret var vedtaget, ved anvendelse af aftalelovens § 6, stk. 2, som imidlertid ikke har noget modstykke i tysk ret, jf. *Svenné Schmidt* i U 1990 B s. 274, note 5, og s. 276.

Ved andre aftaler end køb vil der jævnligt opstå mere vanskelige og tvivlsomme lovvalgsspørgsmål. Som eksempel kan nævnes *U 1996.937 H*. Et dansk malerfirma, der havde udført arbejde for et tysk selskab i forbindelse med et byggeri i Tyskland, anlagde sag mod det tyske selskab ved Vestre Landsret med påstand om betaling af restentreprise-summen, idet malerfirmaet gjorde gældende, at entrepriseaftalen var undergivet dansk ret. Lovvalget var afgørende for kompetencespørgsmålet, fordi pengeskyld er bringskyld efter dansk ret, men henteskyld (sendeskyld) efter tysk ret. Såvel landsretten som Højesteret antog, at dansk ret skulle anvendes på aftalen, idet der henvistes til en række konkrete omstændigheder, herunder *at* kontraktsforhandlingerne og aftaleindgåelse havde fundet sted i Danmark, *at* personkredsen bag det tyske selskab var danske statsborgere, og *at* selskabet havde været repræsenteret af en projektleder med bopæl i Danmark. Man kunne i dette tilfælde ikke uden videre basere resultatet på formodningsreglen i lovvalgskonventionens art. 4, stk. 2, fordi meget taler for i almindelighed at anvende udførelsesstedets lov på entrepriseaftaler, altså for i almindelighed at fravige formodningsreglen, jf. den i noten til dommen anførte litteratur.

En situation af speciel karakter forelå i *U 1996.786 H*. Et dansk investeringselskab havde i en periode købt japanske aktier gennem et danske børsmæglerselskab med pligt for dette til på et bestemt senere tidspunkt at tilbagekøbe aktierne til en forud fastsat kurs (såkaldte "holderforretninger"). Det danske børsmæglerselskab havde erhvervet aktierne gennem et engelsk vekselererfirma, som var datterselskab af et stort japansk vekselererfirma, og ifølge det danske børsmæglerselskab var der mellem dette og det engelske vekselererfirma indgået tilsvarende aftaler om tilbagekøb. En række vidner forklarede, at en medarbejder i det engelske vekselererfirma under et møde med repræsentanter for det danske investeringselskab havde bekræftet, at det engelske vekselerer-

firma “stod bag” holdeforretningerne. På et tidspunkt afviste det engelske vekselererfirma over for det danske børsmæglerfirma at foretage tilbagekøb, hvilket resulterede i, at det danske børsmæglerfirma var ud af stand til at opfylde sin tilbagekøbspligt over for investeringsselskabet. Dette anlagde herefter retssag i Danmark mod det engelske vekselererfirma med påstand om betaling af ca. 55 mio. kr. mod tilbagelevering af aktierne. Hvad angår sagens realitet var hovedspørgsmålet, om det engelske vekselererfirma havde påtaget sig en kontraktlig forpligtelse over for investeringsselskabet, og dette rejste et særligt problem i relation til Domskonventionens art. 5, nr. 1, jf. nedenfor 6.

Landsretten anførte, at de omstændigheder, som det af sagsøgeren påstaaede aftaleforhold byggede på, i det væsentlige havde udspillet sig i Danmark, og anså herefter dansk ret for anvendelig på spørgsmålet om aftalens eksistens og indhold, herunder opfyldelsesstedet, jf. lovvalgskonventionens art. 4 og art. 8, stk. 1. Den udtalte videre, at der var “ført et for bestemmelsen af værn timer tilstrækkeligt bevis for eksistensen af et aftaleforhold mellem sagsøger og sagsøgte”, og at opfyldelsesstedet for en eventuel forpligtelse måtte anses for at være i Danmark, da holdeforretningerne stedse havde været opfyldt i Danmark. Højesteret fandt det ikke sandsynliggjort, at der mellem parterne var indgået aftale om, at det engelske vekselererfirma direkte fra det danske investeringsselskab skulle tilbagekøbe de omhandlede værdipapirer, men det fandtes at være “tilstrækkelig sandsynliggjort”, at det engelske vekselererfirma over for det danske investeringsselskab havde påtaget sig en kontraktlig forpligtelse til at sikre, at det danske børsmæglerfirma ville være i stand til at opfylde sin tilbagekøbsforpligtelse over for investeringsselskabet, altså havde påtaget sig en art garanti- eller kautionsforpligtelse. Med disse bemærkninger og i øvrigt af de grunde, der var anført af landsretten, tiltrådte Højesteret, at landsretten havde anset sig for kompetent i medfør af art. 5, nr. 1.

I U 1997 B s. 50 anfører *Hertz*, at det er vanskeligt at se, hvordan Højesteret kunne nøjes med i øvrigt at henvise til landsrettens præmisser, da opfyldelsesstedet for en forpligtelse til at sikre opfyldelse af en andens forpligtelse er et temmelig komplekst spørgsmål, som nok kunne fortjene nogle bemærkninger fra Højesterets side. Højesterets henvisning til landsrettens præmisser vedrørende spørgsmålene om lovvalg og opfyldelsessted skal dog nok forstås som udtryk for den opfattelse, at opfyldelsesstedet for en garanti- eller kautionsforpligtelse i hvert fald som udgangspunkt er det samme som opfyldelsesstedet for den sikrede forpligtelse, smlg. *Philip* s. 48, note 13.

De to nye højesteretsafgørelser illustrerer, at den afgørelse af lovvalgsspørgsmålet, som kan være nødvendig for at tage stilling til kompetencespørgsmålet, efter omstændighederne nødvendiggør en relativt omfattende bevisførelse, og at der ikke sjældent kan blive tale om særskilt appel af afgørelsen i 1. instans vedrørende kompetencespørgsmålet. I sådanne tilfælde må art. 5, nr. 1, siges at trække store vekslers på de nationale domstole.

Den foreliggende danske praksis illustrerer tillige et andet forhold, som er værd at notere sig: interessen for lovvalgsspørgsmålet gør sig i første række gældende i tilfælde, hvor det er en *betalingsforpligtelse*, som påberåbes som grundlag for opfyldelsesværneting. Dette beror på, at der er store forskelle mellem landenes regler om opfyldelsesstedet for pengeforpligtelser, medens lovvalget i de fleste tilfælde er uden betydning for fastlæggelsen af opfyldelsesstedet for en realforpligtelse. Det sidste er for købs vedkommende en følge af, at leveringsstedet i reglen vil være fastlagt gennem parternes vedtagelse af en transportklausul, og at landenes deklatoriske regler ikke afviger synderligt fra hinanden, jf. *Lando: Udenrigshandelens kontrakter* (4. udg. 1991) s. 229 ff. Ved entrepriseaftaler og lignende giver opfyldelsesstedet for realydelsen i reglen sig selv. Og for flere af de øvrige vigtige typer af internationale aftaler, som eksempelvis eneforhandlings-, handelsagentur- og licensaftaler, gælder, at bestemmelsen af opfyldelsesstedet for parternes realforpligtelser typisk må ske ud fra mere frie overvejelser, uanset hvilket lands lov der skal anvendes, og i øvrigt ofte vil give anledning til problemer, jf. det følgende afsnit i slutningen.

5. Opfyldelsesstedet

Som det fremgår af det allerede sagte, spiller opfyldelsesstedet for (primære) *pengeforpligtelser* en central rolle ved anvendelsen af Domskonventionens art. 5, nr. 1. Efter dansk ret skal en pengeforpligtelse opfyldes på kreditors bopæl (forretningssted), jf. grundsætningen i gældslovens § 3, stk. 1, og det samme gælder i nordisk ret i øvrigt og efter engelsk, irsk, hollandsk, italiensk og græsk ret. Derimod er debtors bopæl opfyldelsessted efter tysk, fransk, belgisk, luxembourgsk og spansk ret. For så vidt angår tysk ret er det ikke ganske dækkende at betegne pengeskyld som henteskyld, idet debitor – uden at opfyldelsesstedet ændres – for egen regning og risiko skal bringe pengene til kreditor (sendeskyld), jf. BGB § 270. Se om disse spørgsmål *Lando: Udenrigshandelens kontrakter* s. 244 f, *Svenné Schmidt* i *Kommenteret Retsplejelov II* s. 465, *Pålsson* s. 81 og *Hertz* i *U 1997 B* s. 49 med note 30.

Konsekvensen af art. 5, nr. 1, er, at en dansk pengecreditor (realdebitor) i tilfælde, hvor medkontrahenten er hjemmehørende i en stat, som har tiltrådt Domskonventionen eller Lugano Konventionen, og hvor kontrakten er undergivet dansk ret eller en anden lov, efter hvilken pengeskyld er bringeskyld, vil kunne inddrive sin fordring ved sagsanlæg i Danmark, med mindre parterne måtte have truffet anden aftale vedrørende betalingsstedet. Dette gælder, selv om baggrunden for den manglende betaling er påståede mangler ved realydelsen, og selv om opfyldelsesstedet for denne er i udlandet. At denne mulighed i betydeligt omfang udnyttes, vidner den foreliggende praksis om, jf. de allerede omtalte domme *U 1992.920 SH*, *U 1996.786 H* og *U 1996.937 H* samt *U 1992.886 V* og *U 1996.616 Ø*, se også *Hertz* i *U 1997 B* s. 48 ff og *Sagawe* i *Advokaten 1997* s. 8 f. Omvendt vil en dansk pengedebitor i tilfælde, hvor kontrakten er undergivet dansk ret eller en anden lov, efter hvilken pengeskyld er bringeskyld, f.eks. engelsk ret, være udsat for at blive sagsøgt ved kreditors hjemting.

For så vidt angår *køb*, hvor *sælgeren er dansk*, bliver den almindelige regel, at sælgeren kan inddrive købesummen ved sagsanlæg i Danmark. Dette følger af, at det som hovedregel er sælgers lov, som skal anvendes på købeaftalen, jf. § 4 i loven om lovvalget ved internationale køb, sammenholdt enten med dansk rets almindelige regel om, at pengeskyld er bringeskyld, eller med bestemmelsen i CISG art. 57, stk. 1, litra a, hvorefter betalingsstedet er sælgers forretningssted. I de fleste tilfælde vil det være den sidstnævnte bestemmelse, som finder anvendelse, jf. CISG art. 1, stk. 1, litra a og b, som indebærer, at dansk rets almindelige (interne) regel kun kommer til anvendelse, når køberen har hjemsted i et af de andre nordiske lande (idet CISG i så fald som følge af nabolandsforbeholdet ikke finder anvendelse), eller såfremt parterne udtrykkeligt har fraveget CISG til fordel for intern dansk ret.

En *dansk køber* vil som almindelig regel kunne sagsøges til betaling af købesummen ved sælgers hjemting dels i tilfælde, hvor pengeskyld er bringeskyld efter sælgers interne lov, dels i tilfælde, hvor CISG finder anvendelse. Det sidste er vigtigt, fordi det indebærer, at eksempelvis en tysk sælger vil kunne sagsøge den danske køber ved sit hjemting i Tyskland, selv om pengeskyld er henteskyld (sendeskyld) efter intern tysk ret, smlg. *Costum Made mod Stawa*. Ikrafttrædelsen og den stadig øgede udbredelse af CISG indebærer således en tilsvarende øget adgang til at udnytte Domskonventionens art. 5, nr. 1, i forbindelse med sagsanlæg til betaling af købesummen.

Ved *entrepriseaftaler* bliver den almindelige regel, at en *dansk entre-*

prenør vil kunne inddrive sit krav på entreprisensummen ved saganlæg i Danmark i tilfælde, hvor byggeriet har fundet sted (eller skulle finde sted) i Danmark eller i et andet land, hvor pengeskyld er bringeskyld, idet det må antages, at en entrepriseaftale i almindelighed er undergivet udførelsesstedets lov. Omvendt vil en *dansk bygherre* som almindelig regel kunne sagsøges ved entreprenørens hjemting i tilfælde, hvor byggeriet har fundet sted i Danmark eller i et andet land, hvor pengeskyld er bringeskyld.

Som nævnt i afsnit 4 vil fastlæggelsen af opfyldelsesstedet for *realforpligtelsen* sjældent give anledning til problemer ved køb og entrepriseaftaler, medens det forholder sig noget anderledes ved andre typer af internationale kontrakter.

I *U 1991.244 SH* gjorde en dansk forhandler over for en tysk producent gældende, at han – uden at en kontrakt herom var oprettet – faktisk gennem en længere årrække havde været eneforhandler af den tyske producents campingvogne i dele af Danmark. Da den tyske producent antog en anden dansk forhandler som eneimportør, anlagde den tidligere forhandler sag i Danmark mod producenten med påstand om dels erstatning for opsigelse uden varsel, dels goodwill-erstatning. Retten lagde i relation til det førstnævnte krav (det andet omtales ikke) korrekt til grund, at den i relation til art. 5, nr. 1, relevante forpligtelse var den påståede forpligtelse påhvilende producenten til at indrømme et passende opsigelsesvarsel. Denne forpligtelse antoges at skulle opfyldes i Danmark, således at retssagen med rette var anlagt her.

Resultatet svarer til den belgiske domstols afgørelse i *de Bloos mod Bouyer*, jf. foran 3, og støttes af *Hertz* i *U 1997 B s. 48 f.*, som dog samtidig nævner, at spørgsmålet er omtvistet og har givet anledning til stærkt divergerende afgørelser ved de nationale domstole, jf. note 29. Personlig er jeg nærmest af den opfattelse, at det savner fornuftig mening at søge at fastlægge opfyldelsesstedet for en forpligtelse til at iagttage et opsigelsesvarsel. Det samme gælder antagelig for mange andre typer af forpligtelser i eneforhandlings-, handelsagentur- og licensaftaler.

6. Eksistensen af den relevante forpligtelse omtvistet

Et særligt problem opstår i situationer, hvor selve eksistensen af den forpligtelse, som påberåbes til støtte for opfyldelsesværmning, bestrides af sagsøgte. I *Effer mod Kantner*, Saml. 1982.825, havde den italienske producent Effer tyske forhandler efter drøftelser med Effer anmodet den tyske rådgivende ingeniør Kantner om at foretage en undersø-

gelse vedrørende et patentspørgsmål. Efter at den tyske forhandler var gået konkurs, sagsøgte Kantner i Tyskland Effer til betaling af honoraret under anbringende af, at forhandleren havde bestilt arbejdet i Effer's navn, hvilket blev bestridt af Effer. Domstolen udtalte, at art. 5, nr. 1, også kan påberåbes i tilfælde, hvor der mellem parterne er tvist om eksistensen af den aftale, som det indtalte krav støttes på (præmis 8).

En situation af denne karakter forelå i den foran under 4 omtalte sag *U 1996.786 H*, hvor spørgsmålet var, om det engelske vekselererfirma havde påtaget sig en kontraktlig forpligtelse over for det danske investeringselskab, og hvor Højesteret fandt, at dette "i relation til anvendelsen af værnetingsbestemmelsen i Domskonventionens art. 5, nr. 1" var "tilstrækkelig sandsynliggjort". I *U 1997 B s. 50* bemærker *Hertz*, at "Effer kun (siger) det i og for sig selvfølgelig, at art. 5, nr. 1, ikke bliver uanvendelig, blot fordi sagsøgte bestrider, at der er indgået en aftale", og at "det derfor (ville) have været meget spændende, hvis Højesteret havde beskrevet nærmere, hvad der menes med "tilstrækkelig sandsynliggjort"".

Denne beskrivelse af, hvad Domstolen gav udtryk for i *Effer*, er nu ikke ganske fyldestgørende, eftersom Domstolen tillige anfører, at det påhviler den domstol, ved hvilken sagen er anlagt, at foretage en (vis) prøvelse af, om der foreligger en kontrakt (præmis 7). Ligesom det vil være uholdbart at lægge vægt på den blotte bestridelse fra sagsøgte side, vil det være uholdbart at lægge vægt på den blotte påberåelse fra sagsøgerens side. Den nationale domstol må derfor nødvendigvis stille krav om en vis sandsynliggørelse af, at der faktisk er påtaget en kontraktlig forpligtelse. Når eksistensen af den påberåbte forpligtelse samtidig er afgørende for sagens afgørelse i realiteten, må domstolen ved sin afgørelse af kompetencespørgsmålet være tilbageholdende med herudover at give udtryk for sin vurdering, og dette gælder i særlig grad for en appeldomstol, som har fået værnetingsspørgsmålet forelagt til særskilt afgørelse.

En problemstilling af samme art opstår, når der i forbindelse med et søgsmål om ugyldighed af en forvaltningsakt fremsættes begæring om opsættende virkning, og for så vidt angår denne situation har Højesteret udtalt, at det bl.a. må tillægges betydning, "om der efter en foreløbig vurdering foreligger et rimeligt grundlag for påstanden om ugyldighed", jf. *U 1994.823 H* og hertil *Walsøe* i *U 1995 B s. 128 ff.* Noget lignende kan måske siges om anvendelsen af art. 5, nr. 1: der må efter en foreløbig vurdering foreligge et rimeligt grundlag for at antage, at den påberåbte forpligtelse er kommet til eksistens. Men nogen mere præcis

Peter Blok

angivelse af, hvad der forlanges i denne henseende, kan man af de anførte grunde ikke forvente.

I den foran under 5 omtalte kendelse *U 1991.244 SH* anførte retten ikke udtrykkeligt, at der måtte stilles krav om en vis sandsynliggørelse af eksistensen af den påberåbte eneforhandlingsaftale, men det lå i selve situationen, at denne betingelse var opfyldt.

III. *Behovet for at foretage begrænsninger i reglens anvendelsesområde*

1. *De reale grunde*

Reglen om, at en retssag i almindelighed skal anlægges ved sagsøgtes hjemting, er formentlig anerkendt i alle retssystemer. Dens begrundelse skal søges i de samme hensyn, som ligger bag det almindelige princip om, at den, som gør et krav gældende, som udgangspunkt selv må bevise dets eksistens. I *Jenards* rapport om Domskonventionen anføres i bemærkningerne til art. 2 indledningsvis: "Reglen "actor sequitur forum rei" har som beskyttelsesbestemmelse endnu større betydning for sagsøgte i det internationale retssamkvem end inden for den nationale lovgivning. For det er i almindelighed vanskeligere for sagsøgte at varetage sine interesser for en fremmed ret (læs: en ret i et fremmed land) end for retten i en fremmed by i hans eget land" (EFT 1979 C 59 s. 18).

Det naturlige udgangspunkt for en regel om opfyldelsesværneting – og ikke mindst for en regel om opfyldelsesværneting i internationale forhold – må på denne baggrund være, at en kontraktspart kun bør have adgang til at anlægge retssag på opfyldelsesstedet for medkontrahentens forpligtelse, såfremt denne forpligtelse klart må anses for nærmere knyttet til opfyldelsesstedet end til medkontrahentens hjemting. Domstolen har gentagne gange udtrykt sig i overensstemmelse hermed, senest i *Custom Made mod Stawa*, hvor det i præmis nr. 12 hedder: "Denne valgmulighed er af hensyn til en hensigtsmæssig påkendelse af tvisten optaget i konventionen, fordi der i visse velafgrænsede tilfælde består en særlig snæver tilknytning mellem en tvist og den ret, som denne tvist kan indbringes for ..."

Der er navnlig to – til dels sammenfaldende – forhold, som kan udgøre reelle begrundelser for at indrømme en kontraktspart adgang til at anlægge retssag mod medkontrahenten på opfyldelsesstedet for dennes forpligtelse. For det første, at opfyldelsen forudsætter medkontrahentens eller hans folks tilstedeværelse på opfyldelsesstedet med henblik på

Domskonventionens opfyldelsesværneting – en kritisk vurdering

at udføre arbejde eller foretage lignende handlinger, idet medkontra-
henten i sådanne tilfælde har tilkendegivet at være indstillet på at virke
på opfyldelsesstedet. For det andet, at sagen angår mangler ved med-
kontrahentens ydelse og derfor typisk vil nødvendiggøre bevisførelse
herom i form af vidneforklaringer og/eller afholdelse af syn og skøn, jf.
Jenards rapport a.s.s. 24.

At det er en lettelse for en kontraktspart at kunne sagsøge sin med-
kontrahent ved sit eget hjemting, kan selvsagt ikke i sig selv begrunde
opfyldelsesværneting. Ud fra en systematisk og lovteknisk synsvinkel
bør dette fastholdes også i tilfælde, hvor et ønske om at indrømme en
kontraktspart denne begunstigelse beror på, at denne part anses for den
typisk svagere part i et kontraktsforhold af den pågældende art. Hvis
dette er baggrunden, bør behovet tilgodeses ved særregler om værneting
i sager om kontraktsforhold af den omhandlede art, jf. Domskon-
ventionens regler om forsikrings- og forbruger aftaler, ikke ved “mani-
pulation” med den almindelige regel om opfyldelsesværneting. Dom-
stolens afgørelse i *Ivenel mod Schwab* og de som konsekvens af denne
indføjede særregler om arbejdsaftaler i Domskonventionens og Luga-
no Konventionens art. 5, nr. 1, 2. led, må således ud fra denne synsvin-
kel anses for forfejlede, jf. afsnit II.2.

Det fra mange sider fremsatte forslag om også for andre aftaler end
arbejdsaftaler at fortolke art. 5, nr. 1, således, at opfyldelsesstedet defi-
neres som stedet for opfyldelsen af den for aftalen karakteristiske ydel-
se, og de gentagne forsøg – senest ved *Custom Made mod Stawa* – på at
formå Domstolen til at tilslutte sig denne fortolkning, vidner om, at det
er en udbredt opfattelse, at art. 5, nr. 1, i vidt omfang fører til uaccepta-
ble resultater. Bestræbelserne har imidlertid haft karakter af forsøg på
at fravige de almindelige grundprincipper for udpegningen af den rele-
vante forpligtelse, hvilket er metodisk forkert, jf. afsnit II.2.

En tilfredsstillende ordning kan derfor, så vidt jeg kan se, kun opnås
ved, at der foretages begrænsninger i bestemmelsens anvendelsesområ-
de efter forpligtelsernes art. Det skal herved fremhæves, at hverken lig-
hedsbetragtninger eller andre hensyn kan føre til, at en kontraktspart
skal have adgang til at påberåbe sig et opfyldelsesværneting. Konse-
kvensen af, at et sådant ikke findes, er jo blot, at vedkommende part må
henvise til at benytte hovedreglen om sagsanlæg ved sagsøgtes hjem-
ting.

2. Pengeforpligtelser

En kontraktlig forpligtelse til at betale et vederlag i penge eller til i øv-

rigt at betale et pengebeløb kan ikke med rimelighed begrunde, at kreditor kan anlægge retssag mod debitor på det sted, hvor forpligtelsen skal opfyldes. Opfyldelsesstedet for en pengeforpligtelse har alene betydning for spørgsmålene om risiko, rettidighed og omkostninger og skaber ikke en tilknytning til opfyldelsesstedet, som kan begrunde værneting. I sit forslag til afgørelse i *Custom Made mod Stawa* anfører generaladvokat Lenz bl.a.: “Det materielle opfyldelsessted for pengeforpligtelser indebærer i de fleste tilfælde kun en bestemmelse af, hvorledes de risici og byrder, der er forbundet med pengeoverførsler, skal fordeles, idet det må bemærkes, at rådigheden over penge ikke beror på ydelsesstedet. Det ses ikke, hvad denne rent økonomiske risikofordeling har at gøre med spørgsmålet om, hvorvidt skyldneren må acceptere at blive sagsøgt af fordringshaveren på det ene eller det andet sted.” Jeg kan ikke se, hvorledes rigtigheden af dette udsagn skulle kunne anfægtes. Når hertil føjes, at en meget stor del – vel størstedelen – af alle retssager inden for konventionens område angår opfyldelse af en pengeforpligtelse, forekommer det berettiget at sige, at anerkendelsen af, at pengeforpligtelser kan danne grundlag for opfyldelsesværneting efter art. 5, nr. 1, indebærer en så ubegrundet og vidtgående fravigelse af hovedreglen i art. 2, at retstilstanden nærmer sig det absurde.

Den danske regel om opfyldelsesværneting findes i retsplejelovens § 242, der også finder anvendelse i internationale forhold, jf. § 246, stk. 1, 1. pkt. § 242, stk. 1, er formuleret med Domskonventionens art. 5, nr. 1, 1. led, som forbillede, men efter stk. 2 finder bestemmelsen i stk. 1 ikke anvendelse på pengekrav, medmindre kravet er opstået under ophold i retskredsen under sådanne omstændigheder, at det skulle opfyldes, inden stedet forlades. Undtagelsen fra undtagelsen i slutningen af stk. 2 er af meget begrænset rækkevidde og kræver ingen omtale i nærværende sammenhæng. Det centrale er, at opfyldelsesværneting efter retsplejelovens § 242 som altovervejende regel ikke finder anvendelse ved pengeforpligtelser, og at § 242 – som ellers er udformet med udgangspunkt i et ønske om at tilpasse de danske regler til Domskonventionens – herved på et helt afgørende punkt fraviger konventionens art. 5, nr. 1.

I forarbejderne, jf. Betænkning 1052/1985 s. 49, anføres, at denne fravigelse “skyldes, at kreditors bopæl efter dansk ret i modsætning til de fleste andre EF-lande almindeligvis er opfyldelsesstedet for pengekrav, og en regel af den pågældende karakter ville derfor have den uheldige og uønskede virkning, at kreditor ville kunne anlægge sag mod skyldneren ved sit hjemting”. Hvad specielt angår internationale for-

hold, anføres samme sted: “Konventionens bestemmelse gælder som nævnt ... også med hensyn til pengeforpligtelser. Uden for konventionens anvendelsesområde vil det næppe være rimeligt at gennemføre en så vidtgående regel”.

Det i betænkningen anførte om, at pengeskyld er henteskyld i de fleste andre EF-lande, gælder i hvert fald ikke længere, og også udbredelsen af CISG, jf. dennes art. 57, stk. 1, litra a, forrykker udtalelsen herom, jf. afsnit II.5. Endvidere kan “en så vidtgående regel” ikke være mere rimelig inden for end uden for konventionens område. Som følge af, at Domskonventionen er en dobbeltkonvention, er den tværtimod *mere* betænkelig inden for konventionens område, end den ville være uden for dens område. Reelt er udtalelserne i betænkningen – og selve gennemførelsen af § 242, stk. 2 – således udtryk for en indirekte, men utvetydig kritik af Domskonventionens art. 5, nr. 1.

Ved – udtrykkeligt eller gennem fortolkning – at undtage pengeforpligtelser fra anvendelsesområdet for art. 5, nr. 1, vil man ikke alene fjerne en ubegrundet og meget vidtgående undtagelse fra hovedreglen i art. 2. Man vil samtidig ophæve den lidet rimelige forskelsbehandling, som følger af, at pengeskyld i nogle lande er bringskyld, i andre henteskyld, jf. eksemplet i afsnit II.2 i tilknytning til omtalen af *Shenavai mod Kreischer*. Endvidere vil de lovvalgsproblemer, som art. 5, nr. 1, giver anledning til, blive reduceret i meget betydeligt omfang, jf. afsnit II.4.

Endelig vil man herved opnå, at retssager, som formelt angår en sælgers krav om betaling af (rest)købesummen, men reelt angår en tvist om påståede mangler, jf. eksempelvis *U 1993.802 Ø* (omtalt i afsnit II.2), i almindelighed vil blive ført på det sted, hvor salgsgenstanden befinder sig. En ophævelse af adgangen til at påberåbe sig en pengeforpligtelse som grundlag for opfyldelsesværneting vil jo henvise sælgeren til at anlægge sag på køberens hjemsted, hvor salgsgenstanden typisk befinder sig. I vidt omfang gør det samme sig gældende ved entrepris-aftaler og lignende. Dette illustrerer samtidig, at den gældende ordning ikke alene indebærer en ubegrundet begunstigelse af sælgeren, henholdsvis entreprenøren, men er direkte uhensigtsmæssig.

Konklusionen kan kun blive, at der består et påtrængende behov for i det mindste at begrænse anvendelsesområdet for art. 5, nr. 1, således, at pengeforpligtelser undtages fra bestemmelsens anvendelsesområde.

3. Sælgerens forpligtelse i køb

Køberettens leveringssted anses i relation til Domskonventionens art.

5, nr. 1, for opfyldelsesstedet for sælgerens forpligtelse. Leveringsstedet er imidlertid et teknisk-juridisk begreb, som – på samme måde som opfyldelsesstedet for pengeforpligtelser – har til formål at regulere en række spørgsmål i forholdet mellem køber og sælger, herunder navnlig spørgsmålet om risikoen for salgsgenstanden, spørgsmålet om rettidig levering og spørgsmålet om fordelingen af transportomkostninger. Det er på denne baggrund ikke indlysende, at leveringsstedet tillige bør være afgørende for, hvor køberen kan anlægge retssag mod sælgeren vedrørende mangler eller andet. Ganske vist vil det *typisk* være hensigtsmæssigt, at retssag vedrørende mangler kan anlægges på det sted, hvor salgsgenstanden befinder sig, hvilket normalt vil være hos køberen, og ganske vist vil den gældende ordning i *nogle* tilfælde føre hertil, nemlig hvor parterne har vedtaget transportklausulen franco købers plads eller en anden transportklausul, efter hvilken leveringsstedet er hos køber. Men dels forekommer det tvivlsomt, om det typisk hensigtsmæssige udgør en tilstrækkelig vægtig begrundelse for at begunstige køberen med en adgang til at anlægge retssag ved sit eget hjemting, dels forekommer det ikke velbegrundet at knytte en afgørende processuel konsekvens til parternes vedtagelse af transportklausul, som jo i reglen vil ske ud fra helt andre overvejelser, smlg. *U 1990.295 H* omtalt i afsnit II.2.

Ud fra lignende synspunkter foreslog generaladvokat *Lenz* i sit forslag til afgørelse i *Custom Made mod Stawa*, at opfyldelsesstedet burde defineres som “det i kontrakten aftalte bestemmelsessted for leverancen, uafhængigt af, hvem af parterne der skal bære faren for transporten af varerne til dette sted” (Saml. 1994 I.2934). Det køberetlige leveringssted skulle således efter dette forslag ikke være afgørende.

Forud for reformen af retsplejelovens værnetingsbestemmelser ved lov nr. 324 af 4. juni 1986 var dansk rets opfyldelsesværneting af meget begrænset rækkevidde, idet det efter bestemmelsen (§ 243) krævedes, at medkontrahenten på tidspunktet for stævningens forkyndelse var til stede på opfyldelsesstedet, og idet bestemmelsen fortolkes således, at den kun kunne påberåbes i tilfælde, hvor medkontrahenten skulle foretage egentlige (fysiske) opfyldeshandlinger. Dette indebar, at hverken opfyldelsesstedet for en pengeforpligtelse eller det køberetlige leveringssted i sig selv kunne danne grundlag for værneting, jf. *Hurwitz og Gomard: Tvistemål* (4. udg. 1965) s. 52 og Betænkning 1052/1985 s. 15. Ved udformningen af den gældende bestemmelse i retsplejelovens § 242 accepterede man trods betænkeligheder og alene med henblik på at opnå overensstemmelse med Domskonventionens art. 5, nr. 1, at også

Domskonventionens opfyldelsesværneting – en kritisk vurdering

det køberetlige leveringssted kan danne grundlag for opfyldelsesværneting, jf. Betænkning 1052/1985 s. 49 (den hidtidige betingelse om medkontrahentens tilstedeværelse ved forkyndelsen blev opgivet uden bemærkninger).

Efter min opfattelse må en afvejning af de forskellige hensyn føre til den konklusion, at det ikke er velbegrunder, at det køberetlige leveringssted skaber opfyldelsesværneting. Jeg stiller mig samtidig tvivlende over for, om det – som (implicit) foreslået af generaladvokat *Lenz* – ville være tilstrækkeligt begrundet i stedet at give køberen adgang til sagsanlæg på det aftalte bestemmelsessted, altså i almindelighed ved sit eget hjemting. En sådan ordning ville være mere logisk og konsekvent end den gældende, men spørgsmålet er, om den ikke ville indebære en for vidtgående begunstiggelse af køberen.

Undtagelsen skulle herefter – på linie med undtagelsen for pengeforpligtelser – udformes som en bestemmelse om, at art. 5, nr. 1, ikke finder anvendelse på sælgerens forpligtelse i køb. Tilsammen ville de to undtagelser indebære, at køb i det hele var undtaget fra bestemmelsens anvendelsesområde.

4. Opfyldelsesstedet kan vanskeligt bestemmes

Som omtalt i afsnit II.5 vil man ved en række mere specielle – men i international sammenhæng vigtige – typer af aftaler som eksempelvis handelsagentur-, eneforhandlings- og licensaftaler ikke sjældent være i den situation, at opfyldelsesstedet for den påberåbte forpligtelse, eksempelvis medkontrahentens pligt til at iagttage et opsigelsesvarsel, i realiteten ikke lader sig bestemme på meningsfuld måde.

I en sådan situation vil det rigtigste formentlig være at drage den konsekvens, at den pågældende forpligtelse slet ikke kan danne grundlag for opfyldelsesværneting. Herfor taler dels det almindelige princip om indskrænkende fortolkning af undtagelsesværnetingene, dels ønsket om i videst muligt omfang at sikre en ensartet anvendelse af art. 5, nr. 1, ved de nationale domstole. Som tidligere fremhævet har en kontraktspart ikke krav på at kunne påberåbe sig et opfyldelsesværneting.

5. Positiv afgrænsning af anvendelsesområdet

Når der foran argumenteres for, at pengeforpligtelser, sælgerens forpligtelse i køb samt tilfælde, hvor opfyldelsesstedet vanskeligt kan bestemmes, bør undtages fra anvendelsesområdet for art. 5, nr. 1, kan man spørge, om det så ikke ville være mere hensigtsmæssigt at foretage en positiv afgrænsning af bestemmelsens anvendelsesområde. Hertil kan for det

første siges, at medens de foreslåede begrænsninger i anvendelsesområdet for den gældende bestemmelse – herunder navnlig undtagelsen for pengeforpligtelser – stadig kan tænkes gennemført ved indskrænkende fortolkning, vil en positiv afgrænsning af anvendelsesområdet givetvis forudsætte en ændring af konventionen. Det er for det andet lettere at angive, i hvilke tilfælde art. 5, nr. 1, ikke bør kunne påberåbes, end at overskue, hvorledes en positiv afgrænsning burde foretages.

Hvis der skulle foretages en positiv afgrænsning, ville mit bud være, at bestemmelsen alene skulle finde anvendelse i tilfælde, hvor medkontrahenten har påtaget sig at udføre arbejde eller foretage lignende handlinger på opfyldelsesstedet, altså svarende til den tidligere danske regel bortset fra, at der ikke skulle stilles krav om medkontrahentens tilstedeværelse på opfyldelsesstedet ved stævningens forkyndelse. Det *kunne* overvejes til fordel for købere at medtage varens bestemmelsessted, men det forekommer tvivlsomt, om dette ville være tilstrækkeligt begrundet, jf. foran 3.

Såvel de foreslåede begrænsninger i anvendelsesområdet for den gældende bestemmelse som en positiv afgrænsning af anvendelsesområdet efter de skitserede retningslinier vil indebære en radikal indskrænkning af anvendelsesområdet. Dette er også tilsigtet. De erfaringer, som er indhøstet siden Domskonventionens ikrafttræden, dokumenterer éntydigt, at den gældende bestemmelse er alt for vidtgående, og at der er behov for en reform, som gør art. 5, nr. 1, til et virkeligt *undtagelsesværn*ing. Generaladvokat Lenz nævner i forslaget til afgørelse i *Custom Made mod Stawa*, at der fra mange sider er stillet forslag om en fuldstændig ophævelse af art. 5, nr. 1 (Saml. 1994 I.2931, note 66). I dette forslag ligger det rigtige, at en fuldstændig ophævelse ville etablere en væsentligt mere rimelig og hensigtsmæssig ordning end den gældende.

IV. *Hvorledes kan ændringer gennemføres?*

1. *Ændring af konventionsteksten*

Det bedste ville naturligvis være at gennemføre de påkrævede ændringer ved ændringer af eller tilføjelser til selve konventionsteksten. Behovet for en reform er så påtrængende, at forslag herom bør fremsættes ved først givne lejlighed, vel mest naturligt i forbindelse med fremtidige forhandlinger om nye staters tiltrædelse af konventionen. Hvis ingen andre lande tager initiativ hertil, bør Danmark gøre det.

Overvejelser af forskellig karakter kan spille ind ved fastlæggelsen af

forslagets præcise indhold, men forslaget bør under alle omstændigheder indebære, at pengeforpligtelser undtages fra bestemmelsens anvendelsesområde. På baggrund af de indlæg, som blev afgivet af den tyske og den britiske regering i *Shenavai mod Kreischer*, jf. afsnit II.2, synes der at være udsigt til, at i hvert fald et forslag, som er begrænset hertil, vil opnå tilslutning fra disse lande. At der kan tænkes mange indvendinger af forskellig art, herunder vedrørende forholdet til Lugano Konventionen, bør ikke afholde nogen regering, heller ikke den danske, fra at stille forslag om en reform.

2. Indskrænkende fortolkning

Selv om Domstolen til stadighed har forudsat, at art. 5, nr. 1, finder anvendelse på alle typer af kontraktlige forpligtelser, er de nationale domstole ikke afskåret fra at forelægge spørgsmål for Domstolen med henblik på at opnå dennes tilslutning til indskrænkende fortolkninger af den gældende bestemmelse af den i afsnit III.2-4 omtalte karakter, herunder ikke mindst en indskrænkende fortolkning bestående i, at pengeforpligtelser ikke anses for omfattet af bestemmelsen.

Gode grunde taler tværtimod for at forelægge sådanne spørgsmål for Domstolen. Der er et udtalt behov for en reform, denne kan formentlig hurtigst og lettest gennemføres ad fortolkningsvejen, og Domstolen har tidligere vist, at den, når argumenterne er tilstrækkeligt tungtvejende, ikke viger tilbage for at udøve en retsskabende virksomhed.

En væsentlig omstændighed i den konkrete situation er, at Domstolen aldrig har fået forelagt de rigtige spørgsmål. De forsøg, der har været gjort på at reformere art. 5, nr. 1, ad fortolkningsvejen, har som omtalt taget sigte på en omfortolkning af de grundlæggende principper for fastlæggelsen af den relevante forpligtelse, ikke på en begrænsning af anvendelsesområdet efter forpligtelsens art.

Det er klart, at de nationale domstole ikke på egen hånd kan gennemføre indskrænkende fortolkninger af art. 5, nr. 1, og det vil næppe heller være rigtigt af en national domstol på eget initiativ at forelægge spørgsmål herom for Domstolen. Men hvis en part eksempelvis gør gældende, at art. 5, nr. 1, ikke kan (bør) finde anvendelse på en betalingsforpligtelse, og anmoder om, at der stilles spørgsmål til Domstolen herom, bør den nationale domstol ikke holde sig tilbage ud fra den opfattelse, at gældende ret er klar, og at der ikke er udsigt til, at Domstolen vil foretage en ændring. Det sidste er slet ikke så sikkert, som man måske umiddelbart skulle tro, jf. navnlig bemærkningerne i afsnit II.2 vedrørende Domstolens begrundelse i *Custom Made mod Stawa*.

Common law versus civil law in international development aid

Professor Michael Bogdan, University of Lund, Sweden

1. *Introduction*

In January 1994, the author of this paper visited Cambodia in order to obtain first-hand knowledge about recent legal developments in the country and study the prospects and effects of foreign development assistance in the legal field. The programme included meetings and interviews with a number of persons, both government officials and representatives of foreign donors and of non-governmental organizations. A young legal expert from a common law country, whom I asked whether common law implants would not create problems in the Cambodian legal system which is traditionally based on French law, answered with a bright, delighted smile that almost all Cambodian lawyers had been killed by the Pol Pot (Khmer Rouge) regime,¹ thus giving Cambodia the chance of a fresh start without too much of the French legal burden! On the other hand, American offers to provide courses in English about the elements of common law within the then recently reopened Faculty of Law in Phnom Penh had been rejected, in a less than friendly manner just short of physical violence, by the French leadership of the Faculty, which was composed of French professors teaching French law using French textbooks. In this conflict between legal cultures it was an obvious advantage to be from Sweden, a small and distant country with no ambitions to implant Swedish law in Cambodia. I felt that Sweden was considered a potential ally by both sides; the French liked the fact that Sweden has a legal system belonging to the continental European legal family (also called the civil law family), while the experts from the common law world appreciated the fact that Swedes prefer to speak English rather than French.

1. This appears to be an accurate statement. According to the United Nations Programme of Human Rights Activities in Cambodia, in 1992 there were less than ten (10) qualified lawyers in the whole country.

Development aid in the field of law has become a large-scale industry connected to the transition of many Third World countries and former communist states from the disastrous socialist experiments towards some kind of market economy and political democracy. From a lawyers viewpoint, it is of course very satisfactory that the importance of law as a precondition to desirable economic and social development is now generally recognized, which has not always been the case. Traditional recipients of Swedish development aid, while previously coveting factories, hospitals or roads, have suddenly become interested in obtaining a bankruptcy act or a law school curriculum.

Development aid in the field of law, nevertheless, gives rise to a number of problems.² Some of these complications are well-known from other areas of development assistance, such as the phenomenon of symbiosis between foreign aid bureaucrats in the donor countries and politicians and bureaucrats in the recipient countries, making both groups look after their own and mutual interests rather than strive to attain the official goals of the assistance projects. Other problems are specific to the legal area, such as the battle between legal ideas coming from the donor country and local legal traditions. This battle is sometimes made even more intricate when several donors, with different legal cultures, contribute simultaneously with expertise to the same project or related projects. The local legal tradition in the recipient countries is usually of a continental European (often French) descent,³ while the foreign experts come often from the common law world, regardless of whether they are employed by international organisations, charitable foundations and other similar institutions, or offer their services on a freelance basis. The legal thinking of these experts is seldom shared by the specialists provided by the former colonial power (France, Portugal, etc.). The recipient country usually lacks the expert knowledge that would enable it to make a qualified choice between the solutions suggested by the various foreign advisors and donors. Because of political reasons, or simply in order not to offend anybody,

2. See, e.g., M. Bogdan, "Some Reflections on Development Aid in the Field of Law", in *Essays in Honour of Jan Stepán*. Publications of the Swiss Institute of Comparative Law no. 23, Zürich 1994, pp. 7–15.

3. Many of the recipient countries after independence have gone through a period of Soviet influence, but socialist law was in most "technical" respects similar to continental European law. The core of Soviet law was, for instance, found in a civil code, penal code, code of civil procedure and code of criminal procedure, while court precedents were not recognized as a source of binding legal rules.

the recipient country may distribute its favours between various donors, thus turning its legal system into a mixture of various, at times mutually incompatible, legal principles and rules. Such mixtures are, in themselves, not a completely new phenomenon. Small mixed legal systems have been in existence for centuries, and it is submitted that their experience is of great value when dealing with the new small mixed legal systems that are currently being created by means of foreign development assistance in the legal field.

2. Classic Small Mixed Legal Systems

It is not always the big and practically important legal systems that attract the attention of legal scientists, especially those interested in comparative legal research. For example, the extremely small legal systems are a fascinating subject of study. "Small" in this context refers to the legislative, judicial, scientific and other juridical resources rather than to square miles or the number of inhabitants.

Even the very small legal systems are nowadays confronted with most of the complicated legal issues arising in the modern world, ranging from copyright for computer programmes to protection of the environment. Obviously, a country with very limited legal resources may have great difficulties coping with all such problems unless it copies, more or less uncritically, the solutions that have been elaborated elsewhere. A small jurisdiction has very few legally trained experts and cannot appoint committees to investigate all the legal implications of each particular social problem and draft its legislation on the basis of such investigations. Its courts are too few and the number of decisions is too limited to make it possible to fill all the legal gaps with local precedents. Its legal scholars are few or none, it has no resources to carry out a full legal education programme of its own, etc. The study of such small legal systems gives comparative legal scholars an idea, *inter alia*, of how transplanted legal solutions function in a different environment, which and how many local legal ideas can be carried out in spite of limited resources, and how imported and local legal thinking influence each other.

The mixed jurisdictions are another fascinating object of study for comparative lawyers. These legal systems are mixtures of elements characteristic of more than one "family of law". The families of law are the outcome of dividing the world's legal systems into groups, mainly

for pedagogical purposes. In spite of their somewhat varying classification criteria, most comparative legal scientists have arrived at very similar divisions, distinguishing between the civil law family ("continental European law" or "Romano-Germanic law"), the common law family, the remainders of the family of socialist law, and a family (or families) consisting of more exotic legal systems.⁴ Each of the families of civil law, common law and what is left of socialist law has originated in a mother country or mother countries in Europe (France/Germany, England and the Soviet Union, respectively), but they have spread throughout the world through ideological and colonial expansion. Thus about one third of all mankind, including the United States and almost all member countries of the British Commonwealth of Nations, live under legal systems that have their roots, at least to an important extent, in the common law of England, whereas Latin America, the previous French possessions in Africa and a number of countries and territories in the Far East can trace their legal concepts and legal thinking back to the traditions developed by the Western European continental legal systems.

The space constraints make it impossible to present a detailed analysis here of the difference between the legal systems of the common law family and those of the civil law type. Only a few main features will be mentioned here in a simplified manner. The civil law systems are characterized by the dominant position of statutory law, usually (albeit not always) including voluminous and systematic codifications of the main fields of law, such as a Civil Code, Commercial Code, Penal Code, Code of Civil Procedure and Code of Criminal Procedure. Judicial decisions of the higher courts are usually published and studied carefully, but they are not binding for future decisions on the same issue: their authority is merely persuasive. The role of courts and judges is to interpret and apply the law as expressed in statutes and not to create law on their own. The statutes tend to state the legal rule as such in general terms, and the judges in their reasoning proceed from the general rule by deductive reasoning to find the proper holding for a particular case. The private law of the leading civil law legal systems is highly inspired by Roman law.

4. See, e.g., O. Lando, *Kort indføring i komparativ ret*, København 1986, pp. 11–77; M. Bogdan, *Comparative Law*, Göteborg 1994, pp. 82–91; R. David & J.E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 3rd ed., London 1985; K. Zweigert & H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, ed. 3, Tübingen 1996, pp. 62–313 (all with further references).

The common law legal systems, on the other hand, are characterized in the first place by the creative role of the courts, which have the power to create legal rules by precedents. Even in the common law systems there are many statutes, but these are used mainly for the purpose of codification of the judge-made law and for changing such judge-made rules that are not satisfactory from the point of view of the legislator (normally the parliament). The judge-made law forms the backbone of the legal system, while statutory law is looked upon with suspicion; once there is a sufficient amount of case law interpreting a particular statute, the courts look for guidance in the case law and not in the wording of the statute itself. The thinking of the judges is basically casuistic, starting from the circumstances in the particular case and finding the relevant legal rule through the process of declaring the pending case to be sufficiently similar to or distinguishing it from the facts in previous judicial decisions. Due to the historical fact that all common law systems are descendants of the law of England and Wales, they have usually inherited certain legal concepts and institutions that are characteristic of English law, such as consideration, trust and the division of judge-made law into common law itself and equity.

There are a few legal systems which, due to their complicated history, have been shaped by both common law and civil law traditions. Usually, though not always, their parentage is shared by English law and French law (in South Africa, for example, it is Roman-Dutch law and English law). It should be noted that in almost all mixed legal systems, the English influence came substantially later than the older element, which is mostly French. There appears to be no mixed jurisdiction where an established common law legal system has been exposed to the dominant influence of a civil law legal system. This does not, of course, mean that such a situation would be theoretically impossible, but is merely a reflection of the historical changes in the balance of power of the two main colonial empires.

The mixed legal systems are of great interest to comparative legal scholars, since they can *inter alia* provide us with information on how two different ways of legal thinking can co-exist or even merge into a single system. Some mixed legal systems, for example Québec, Louisiana and South Africa, have such ample legal resources that they are basically self-sufficient as far as the continuous development of their law is concerned, although, of course, hardly any country today is totally isolated from the legal ideas of the outside world (it is sufficient to mention the quick spread throughout the world of such legal inven-

tions as leasing, credit cards, and the ombudsman). Small legal systems, on the other hand, depend to a large extent on a continuous import of law from abroad, normally from their old colonial master. This appears to function smoothly as long as their heritage is not mixed. For example, section 5 of the Singapore Civil Law Act provides that in all questions of mercantile law, the law to be administered in Singapore shall be the same as would be administered in England in a similar case, during the corresponding period, if such a question had arisen or had to be decided in England, unless other rules apply due to a Singapore statute.⁵ Such continuous and automatic reception of law certainly has its advantages, since it enables the recipient country to enjoy the benefits of a modern legal system without having to spend much effort on the creation of its own legal rules. However, such far-reaching reception is only acceptable in some fields of law, such as business law, while being politically hard to accept in other fields, such as criminal or family law. A reception of law of this magnitude presupposes, furthermore, that the law of the recipient country is of the same stock as the law of the country from which the legal transplants are taken, so that the reception does not cause disharmony between the transplanted and the purely domestic rules. Legal systems that are both small and mixed are in a more complicated situation, since they are not simple appendices of one particular great system and yet, at the same time, they cannot manage on their own.

As could be expected, there are not many legal systems that are both mixed and small. Most examples that can be given are small islands or archipelagoes. In Europe, the Channel Islands between England and France (mainly the Bailiwick of Jersey and the Bailiwick of Guernsey) have legal systems constituting mixtures of law transplanted from England and indigenous legal traditions going back many hundreds of years to the customs of Normandy.⁶ In the small Caribbean island of St. Lucia, a pre-revolutionary French legal heritage (*Coutume de Paris*) survives under layers of subsequently imported English law.⁷ In the Pacific area, the island nation of Vanuatu (the former British-French Condominium of New Hebrides) operates a legal system that is based

5. See M. Bogdan, "Rättsordningen i Singapore – några intryck från en studieresa", *Svensk Juristtidning* 1984, pp. 620–625.

6. See M. Bogdan, "Om Europas tre minst kända rättssystem", *Svensk Juristtidning* 1988, pp. 155–162.

7. See M. Bogdan, "St. Lucias rättsarv: från Pariskutymer till common law", *Vetenskapssocietetens i Lund Årsbok* 1990, pp. 5–16.

on the law of both of its former colonial masters.⁸ Last but not least, the Republic of Seychelles and the State of Mauritius, both far out in the Indian Ocean, have legal systems based on post-revolutionary French law (including the Code Napoléon) and a substantial importation, since 1814, of English law and English legal thinking.⁹

3. *Some Experiences of Mixing Civil and Common Law*

The space constraints permit only a few random examples of co-existence of various legal cultures in small, mixed jurisdictions. The examples are taken from Mauritius and the Seychelles.

A relatively recent judgment of the Supreme Court of Mauritius, *Sewnarain v. The Queen*,¹⁰ shows how English-based and French-based law must at all times be adapted to each other by the courts, for example, when the substantive law is of French origin but the law of procedure is of English extraction. Pursuant to Art. 1341 of the Code Napoléon, contracts exceeding a certain value must be proved in writing and this rule is followed in France not only in civil litigation but also in criminal proceedings, for example, if the existence of a contract is necessary for proving embezzlement of entrusted money. The Supreme Court refused, however, to follow this principle in Mauritian criminal proceedings, on the ground that it was not suited to a criminal procedure following the English pattern. The French approach of using the same rule for proving contracts in both civil and criminal cases was, according to the Court, logical in a system where “la partie civile” was often represented at the criminal trial and could even obtain reparation for his loss there, while in Mauritius the criminal procedure and the civil liability question could not be combined. Furthermore, in an accusatorial procedure, in contrast to the French inquisitorial one, the exclusion of oral evidence on contracts would lead to a number of very difficult practical problems, exemplified by the Court. The Court held accordingly that the civil law rules of proof regarding contracts had no place in cases of embezzlement and that oral evidence would be acceptable in such criminal proceedings.

8. See M. Bogdan, “Vanuatu: slutet på ett juridiskt “pandemonium”?”, *Svensk Juristtidning* 1992, pp. 431–439.

9. See M. Bogdan, *The Law of Mauritius and Seychelles*, Lund 1989.

10. Judgment no. 231 of 1986.

Another example follows from the fact that the English division between “common law” and “equity”¹¹ is not part of the Mauritius legal system. The English concept of “trust”, based on the rules of equity, is not known in Mauritian law except in the cases of bankruptcy (bankruptcy law has been copied from English law). Strangely enough, it is stressed in Mauritius that the Supreme Court has the same powers and jurisdiction as the High Court in England and that this means that it is a court of “both law and equity”. This principle of English procedural law, which is of great importance in England where prior to the Judicature Acts (1873–1875) there were separate courts of law and courts of equity, appears to be meaningless in a country where equity does not exist in substantive law.

Similarly in the Seychelles, the Code Napoléon prior to 1977 (when the country adopted its own civil code) was repeatedly changed by English-style legislation, but this legislation disregarded the principles of the amended provision, so that the new rule became incompatible with the rest of the code. An example is that the position of married women was changed by English-inspired legislation, which *inter alia* granted women the right to become a trustee or administratrix of an estate, without taking into account that the institution of trust did not exist in the Seychelles law and that the assets of an intestate estate did not, according to Seychelles law at the time, devolve upon an administrator.¹² Such a confusing state of law was naturally a cause of many legal traps for the unwary. Furthermore, the French Code Napoléon was used by practising lawyers who had to be members of the English Bar but who were not required to have any formal training either in the French language of the Code or in the principles on which the Code was based. On the one hand, there was not even an official English translation of the Code while, on the other hand, the bulk of French case law and literature was not available.

A reference to English law which has caused interpretation difficulties is section 12 of the Evidence Act which stipulates that the English law of evidence shall be applied except where Seychelles law provides otherwise. In the case *Teemooljee & Co. Ltd. v. Pardiwalla*,¹³ decided in 1975 by the Mauritius Court of Civil Appeal acting on an appeal

11. See, e.g., M. Bogdan, *Comparative Law*, Göteborg 1994, pp. 102–114.

12. See A.G. Chloros, “The Projected Reform of the Civil Law of the Seychelles: an Experiment in Franco/British Codification”, 48 *Tulane Law Review* 815–845 (1974), at p. 818.

13. 1975 *Seychelles Law Reports* no. 8.

from the Seychelles (there is a corresponding provision in Mauritian law too), the Court had to deal with the English rules of estoppel, both legal and equitable. The point was raised that legal estoppel was an exclusionary rule of evidence and, as such, part of the Seychelles law by virtue of section 12. However, the Court said that if the English rules of estoppel were examined as they operated in different branches of English substantive law, it became apparent that they already had counterparts in Seychelles law, namely in the Civil Code, leading often to identical, but sometimes opposite, results. The question then was whether by virtue of section 12 the English rules of estoppel had become part of the local law of evidence, the courts being left to ascertain each time if and how far they were ousted by the code. The Court concluded that section 12 (and its Mauritian version) permitted "the reception of grafts but not of transplants" and continued:

Their purpose is to insert into the stock of our law of evidence buds that may grow in harmony with it, not to introduce into the body of our substantive law an organ of proof which has been severed from a foreign body of law and which can only live and properly function in that body. That organ should, we think, be rejected, at least in all those cases where the subject-matter of the litigation is governed by specific provisions of our substantive law which are not of English origin.

This decision illustrates very well the difficulties arising when elements taken from different legal systems not only have to coexist but are expected to form a functioning whole. The English rules on estoppel would often come into conflict with the civil code and it was, therefore, reasonable to restrict their operation to those cases where the substantive rules of Seychelles law were of English origin, regardless of the fact that section 12 made no such distinction. This means, however, that the judges, attorneys, etc. must in each particular case take into consideration whether the particular substantive rule to be applied in *casu* is of French or English origin, which may be a difficult task if, for example, the rule is not a direct copy of English or French law but a local creation vaguely inspired by English and/or French models.

4. Development Assistance as a Creator of Small Mixed Legal Systems

The example of Cambodia can, again, be used as an illustration. At the time of my visit (January 1994), common law legal thinking was gain-

Michael Bogdan

ing influence in the country, in particular by means of international assistance coming either directly from common law countries such as the United States or Australia, or channelled through international organizations. The Field Office of the United Nations Centre for Human Rights in Phnom Penh, whose importance exceeded by far the field of human rights as such, was staffed exclusively with English-speaking lawyers from a common law background. The situation was similar in non-governmental organizations, such as the Human Rights Task Force in Cambodia or the Asia Foundation. Young Cambodians today clearly prefer learning English to learning French. An English-speaking and American-sponsored law school was to be opened later that year. I was told that the new school was supposed to take into consideration Cambodia's legal background, including its French heritage, but it was reasonable to assume that its teaching staff would consist mainly of professors from common law countries and that most of the teaching would be based on common law legal thinking. The conflict between Cambodia's French legal heritage and common law existed in the area of legislation as well. At the time of my visit, a French legal expert was attached to the Ministry of Justice, while some parliamentary committees had American legal advisors. These experts did not seem to have a deeper understanding of each other's legal thinking and possessed very limited, if any, knowledge of the basic concepts of comparative law. One example should suffice to illustrate the point. Some time before my visit, a foreign expert submitted a report on certain aspects of the Cambodian legal system. The report was rightly very critical, but one disparaging remark regarding the highest judicial body of the country, the Supreme Court, which had then just been re-established on paper but did not yet function in practice, seemed to me rather unfair, namely that the Supreme Court was powerless, since it had "no power to make any judgments", but only the power to send back a case for re-hearing in the law courts. The expert in question, coming from a common law country, seemed to believe that this was some kind of Cambodian peculiarity and a sign of an underdeveloped legal system, while the Cambodians had simply copied the French system of cassation, where the Cour de cassation can annul the decision of a lower court, but normally is not allowed to replace it with its own final decision in the case and must, consequently, remand the case to a lower court.¹⁴

During my discussions with Cambodian lawyers I found out that they were painfully aware of the battle for their minds and legal souls,

which complicated the process of legal reconstruction while, at the same time, giving them a certain amount of flexibility and freedom of choice. It seemed inevitable that Cambodia would become a mixed jurisdiction, with a rather uncoordinated mixture of imported civil law and common law legal methods and principles. There were signs of a certain division of influence regarding certain fields of law: French legal thinking permeated certain areas, such as administrative law, while Anglo-American law gained weight in some other legal fields, such as business law. This process of mixing has, to my knowledge, been going on even after my visit in Cambodia, but it remains to be seen how it will work out.

The experience of other developing nations is not always encouraging. I have heard of a draft bankruptcy law, submitted by an expert from a common law country in a developing country with a mainly French-inspired legal background. The draft defined the bankruptcy administrator as “trustee in bankruptcy”, and appeared to assume that the liabilities of this trustee would, at least partly, be governed by the general rules on trusts. Unfortunately, the concept of trust was totally unknown in the country in question and no such rules existed.

A legal system must be seen as an organic whole and should not resemble an attempt to assemble a car from parts that are quite adequate as such but do not fit because they come from different manufacturers and are intended for different models. A mixed legal system imposes, furthermore, high demands on legal education, demands that are difficult to fulfill in a poor and small nation. Legal professionals in a mixed jurisdiction have to master the legal techniques of both common law and civil law systems and apply them alternatively depending on the provenience of the rule they are to interpret or apply. A proper understanding of the imported law requires lawyers to be proficient in both English and French¹⁵ (in addition to the national language of the country), since they have to look for guidance in the case law, legal writing, etc., of the countries of the origin of the rules. It becomes substantially more expensive to procure a basic legal library. The law becomes more difficult to grasp for lawyers, let alone for the general public. The quality of legal work suffers and, consequently, so does the rule of law.

It is therefore submitted that development aid in the legal field

14. Such remanding is not unknown in the common law world, but the supreme courts there have normally the right to render a final decision if they prefer to do so.

15. Or Portuguese, etc.

Michael Bogdan

should try carefully to avoid the creation of new small mixed legal systems, where different branches of law, or even various details within the same branch, have been produced under the influence of legal experts and advisors coming from different countries with very different legal cultures. The experience of the classic small mixed jurisdictions (see section 3 above) demonstrates that such mixtures may cause difficulties even after many decades of attempted coexistence of the various traditions. It is, therefore, desirable to coordinate the efforts of various donors in the legal field. Such coordination can be carried out through direct contacts and consultations between donors, but it may be preferable to provide the recipient country with expert advice enabling it to avoid the negative consequences of uncoordinated reception of foreign legal principles.

The final decision rests, naturally, with the recipient country, which may form its legal system in any way it wishes. There may be cases where mixing legal cultures is the best or unavoidable solution, for example in those countries with a French legal tradition where a common law-oriented business law has become a necessity due to the geographical location of the country and the law of its main investors and trading partners. A good example is Vanuatu, where common law is more and more displacing French law, due to the proximity of Australia and the English-speaking South Pacific islands, as well as the country's ambition to become a tax haven and an important off-shore banking centre. When Vanuatu advertised its highest judicial office (Chief Justice) in 1991, a knowledge of English was declared to be necessary while a knowledge of French was merely desirable; the advertisement also stated that applicants should be familiar with "the law of Commonwealth countries", without mentioning French law at all. A similar phenomenon can be noted in Indochina, where the interest for common law legal systems seems to have become a serious competitor to the French heritage, at least in the field of business law.

This does not, of course, mean that development assistance in the field of law should be discouraged. Quite the contrary, it is extremely valuable and a necessary condition for the creation of efficient legal structures and the rule of law in many small jurisdictions. It is submitted that small donor countries, such as Sweden, can do better in this respect than some of the large donors, who consciously or instinctively deal with development assistance as if it were a vehicle for promoting their own legal culture and their own language. For example, Sweden would in principle be willing to finance non-Swedish legal experts or

Common law versus civil law in international development aid

provide scholarships for study in countries other than Sweden, and generally offers advice and assistance that is, in the experience of this author, relatively free from encumbrances of national prestige. Sweden definitely has no ambition to spread Swedish law across the globe, and is more interested in helping the recipient country in identifying and following those foreign models that are most suited to the country in question. This is, in my experience, felt by the recipients who appear to be more at ease and speak more frankly when talking to Swedish experts than when confronting some of the larger donors.

The Vienna Sales Convention and English Law: Curing Defective Performance by the Seller*

Professor M.G. Bridge, University Park, U.K.

*MG Bridge, Hind Professor of Commercial Law, University of Nottingham

(a) *Introduction*

The United Kingdom has not yet ratified the Vienna Convention on the International Sale of Goods 1980 (the CISG), which came into force in 1988 and has now secured the ratifications of nearly fifty states. Displaying no outward sense of urgency, the UK Government has indicated in Parliamentary answers that the matter is under continuing review.¹ No evident reason exists for opposition to the ratification of the CISG.² The CISG permits contracting parties who would otherwise be caught by its provisions to exclude it in whole or in part.³ If the CISG were adopted by the United Kingdom, commodities traders wishing to continue using English law to resolve their disputes would still avail themselves of the standard forms issued by London-based trading associations. These forms invariably exclude the application of the CISG alongside a number of other conventions.⁴ It should be observed that the majority of commodities litigants involved in reported disputes in England are overseas companies based in Europe. Many United Kingdom trading companies do business on the basis of their own standard forms containing English choice of law provisions. As

1. *Hansard*, H.L. Vol. 563, cols. 1457 *et seq*, 3 May 1995.

2. But see the opposition of the Law Society of England and Wales expressed in 1981: Law Reform Committee of the Council, *1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (cited in Lee, "The UN Convention on Contracts for the International sale of Goods: OK for the UK?" [1993] *Journal of Business Law* 131).

3. Article 6.

4. This is true of at least the standard grain, cocoa, sugar and oilseeds contracts.

long as the United Kingdom remains outside the CISG, an English court will apply its own law and not the CISG. But more importantly perhaps, courts in countries that have ratified the CISG should see in a clause choosing English law a clear intention to oust the provisions of the CISG. These countries will in many instances be bound by private international law conventions to accord recognition to the parties' choice of law in the contract.⁵

The attitude of the UK Government is even more curious in that the United Kingdom was one of only nine countries that ratified the predecessors of CISG, namely, the Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) and the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFC).⁶ Admittedly, the UK legislation enacting ULIS provided that it was to apply "only if it has been chosen by the parties to the contract as the law of the contract."⁷ This provision rendered ULIS a dead letter in the United Kingdom. If the UK Government is not as such opposed to the CISG, perhaps the reason for its inactivity resides in the lack of any clear will to have the implementing legislation passed. Parliamentary time is a scarce resource and has in recent years been difficult to find for legislation in the field of private law reform.

Despite all this, English lawyers, both academic and practising, should be turning their attentions to the CISG. The case for the former group need hardly be made: insularity is the enemy of intellectual advancement. Other, cognate developments in the field of private law, such as the Lando Principles⁸ and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, compel it. As for the latter, the clients of English lawyers may enter into contracts whose proper law is that of a country that has pledged itself to apply the CISG. Alternatively, an appointed arbitrator given a broad discretion to settle disputes under a sales contract⁹ is likely to find inspiration in the provisions of the

5. Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods 1985, Article 7.1; EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (The Rome Convention), Article 3.1.

6. Both concluded at The Hague 1964.

7. Uniform Laws on International Sales Act 1967, section 1(3), made pursuant to a dispensation given by Article V of the Convention Relating to a Law on the International Sale of Goods.

8. The work of the Second Commission on European Contract Law is drawing to a close and the Third Commission is shortly to begin work.

9. A reference of this sort is now permitted under English law by the Arbitration Act 1996, section 46(1)(b).

CISG even if it is not in its terms directly applicable to the contract. No convention that has been adopted by nearly fifty countries in all six inhabited continents is likely to be ignored by arbitrators guided by considerations of the *lex mercatoria*.

In this paper, I wish to make a comparison of the CISG and the United Kingdom Sale of Goods Act 1979, my intention being to draw out the character of the former and to present some of the more prominent features of the latter. The substantive area of law that I have selected as the vehicle for the comparison is the cure by the seller of a defective tender or delivery of goods. In the process, I shall make references to Article 2 of the Uniform Commercial Code, which was particularly influential in the development of the CISG and thus serves as a bridge between the Act and the CISG. The subject of cure interacts in an intricate way with other provisions in the CISG on remedies. It is my purpose to locate cure in the matrix of remedies provisions dealing with damages, avoidance and specific performance.¹⁰ To a common lawyer, it is an everyday observation that substantive legal rights are often seen most clearly through the optic of the remedies that enforce them. Despite the simplicity of the driving idea behind it, cure is very complex. Complexity excites divergent solutions to disputes and is therefore the enemy of uniformity. Before I touch upon cure, however, I should wish to say something about the legal environment in which each instrument, the CISG and the Sale of Goods Act, is implanted.

(b) *Legal Environment and Character*

The genesis of the Sale of Goods Act is wholly different from that of CISG. As it was first enacted in 1893, the Act was a codification of case law almost all of which dated from the 19th century. It was a case law, moreover, that did not systematically separate the special contract of sale from other common law contracts,¹¹ such as work and materials and hire (as well as the latter's variant, hire purchase). And yet one sharp feature, entrenched in the Act, served to cut off sale from other

10. See the way that Canadian proposals for the introduction of cure gave rise to remedial complications in a report I drafted for the Alberta Law Reform Commission (then called the Alberta Institute of Law Research and Reform): *The Uniform Sale of Goods Act* (Report No.38, October 1982), pp. 184–92.

11. I say common law to exclude sale of land contracts, largely the preserve of courts of equity.

special contracts and, to a degree, from the general law of contract. It was the inclusion of, and central importance accorded to, the passing of property from seller to buyer. A striking feature of the Act, which sharply differentiates it from Article 2 of the Uniform Commercial Code, is the pivotal position occupied by the passing of property in defining the contractual rights and duties of the parties. Karl Llewellyn once asked; “Whoever saw a chattel’s title?”¹² In Article 2, there is a passing of property (or title) provision, but it is a residual one included mainly to serve non-sale purposes.¹³ Consequently, in Article 2, property plays no part in determining the transfer of risk, which turns rather upon the transfer of possession to the buyer.¹⁴ Another example is the seller’s debt action for the price, as opposed to the action for damages for the buyer’s non-acceptance of the goods. Again, the transfer of possession is a necessary precondition to the seller’s eligibility¹⁵ but, as will be explained below, it is not of itself sufficient.

In contrast with UCC Article 2, the Sale of Goods Act makes risk¹⁶ and the action for the price¹⁷ turn mainly upon the passing of property, an abstract notion. It does so because of the scientific way that the law of sale was organised around the passing of property in the 19th century, principally by Lord Blackburn in his magisterial treatise on the law of sale, first published in 1845.¹⁸ The rigidity threatened by such a yoking together of contract and proprietary transfer was avoided by the consensualism underlying the passing of property in English sales law. From an early date, property has passed according to the intention of the contracting parties.¹⁹ Even though the Act lays down rules of presumed intention,²⁰ courts are willing enough to depart from them in the presence of even an implied contrary intention.²¹ The role of consensualism has always been, however, subject to the requirement that the goods must first have been ascertained, or individuated, before as a

12. For Llewellyn’s views on property (or title), see “Through Title to Contract and a Bit Beyond” (1938) 15 *New York University Law Review* 159.

13. UCC 2-401.

14. UCC 2-509.

15. UCC 2-709.

16. Section 20.

17. Section 49.

18. *A Treatise on the Effect of the Contract of Sale on the Legal Rights of Property and Possession in Goods, Wares and Merchandise*.

19. *Cochrane v. Moore* (1890) 25 QBD 57 (Fry LJ).

20. Section 18 *Rules 1–5*.

21. Section 17; *Re Anchor Lines (Henderson Bros) Ltd* [1937] Ch 1.

matter of law the property *can* pass.²² Since, where the contract goods are contained in a larger fungible mass, ascertainment is not recognised until the contract quantity is separated from the mass, problems were presented by sales out of bulk consignments of commodities.²³ The response of the UK Parliament in recent years to this issue displays the receptiveness of the legal process to commercial, particularly international commercial, practice.²⁴ The criticism of certain national sales laws, that they are too parochial in orientation to be a suitable vehicle for international sales and so were ripe for supersession by the CISG, is not one that can fairly be levied against English law.

Apart from using party intention to define the time that the property passes, rigidity is avoided under the Sale of Goods Act by the way that the transfer of risk is only *presumptively* based on the *agreed* passing of property,²⁵ a case of consensualism piled upon consensualism. If the Act were to be reformed along the lines of UCC Article 2 by dethroning the passing of property, the effect would be far less dramatic than might be supposed. Similarly to Article 2, the CISG unhitches important contract issues from the passing of property. Indeed, it does not even have the residual property rule contained in Article 2. Turning to the examples of risk and price eligibility taken above, risk under the CISG, with some exceptions, passes to the buyer when he “takes over” the goods,²⁶ an inelegant neologism, in a convention that is designed to ride free of domestic legal connotation and preconception, for taking delivery (or possession) of the goods. This is not dissimilar to Article 2.

As for the seller’s action for the price, the position under the CISG is not entirely clear. A seller permitted to sue for the price is accorded certain forensic advantages in that the claim is not constrained by rules of remoteness of damage in Article 74. This is an advantage that should not lightly be conferred if the policies served by those rules are thought to serve a useful purpose. Article 62 sets out in simple terms that the seller “may require the buyer to pay the price...”,²⁷ it says nothing about the goods having already been handed over to the buyer or agent

22. Section 16.

23. *Re Wait* [1927] 1 Ch 606.

24. The Sale of Goods (Amendment) Act 1995 gives a buyer of goods out of an agreed bulk a proprietary right, in common with other interested parties, to the extent of that buyer’s share and of any payment already made by that buyer. See M.G. Bridge, *The Sale of Goods* (1997), pp. 86–90.

25. Section 20.

26. Article 69.

of the buyer. It seems that the CISG is content to have the matter treated as an aspect of specific performance and hence subject to the discretionary and other considerations surrounding that remedy in domestic legal systems.²⁸ Although Article 28, a concession to the common law countries, states that a court is not bound to enter a judgment for specific performance when a party “is entitled to require performance by the other party”, it by no means follows that courts and arbitrators in common law countries will avoid the literal, undiscretionary application of Article 62. UCC Article 2, founded on the premise that the seller is normally the party best able to dispose of unwanted goods, takes a very strict line and makes the seller’s price action turn upon events subsequent to delivery, namely the buyer’s acceptance of the goods.²⁹ From the seller’s point of view, the sting in this provision is mollified by the fact that the seller will in very many cases already have been paid at or before delivery.

The absence of rules on the passing of property, coupled with the effect this absence has on the rights and duties of the parties, is by no means the only fundamental difference between the CISG and the Sale of Goods Act. Much more important is the fact that the Act summarised a century of case law and is a codification rather than a code. It was not a reforming statute, though the adoption of Scottish proposals in the legislative process (in particular) means that it cannot be assumed without inquiry that a text in the 1893 Act was based upon prior English case law. The Sale of Goods Act therefore has antecedents. Furthermore, it is not emancipated from the developing general law of contract and of personal property, especially the former. It is embraced by the culture of an active legal tradition with a past as well as a present and future. In 1968, the process that led to the conclusion and ratification of the CISG was started on its way by UNCITRAL. But it should be understood that the CISG already existed in embryonic form. UNCITRAL’s action consisted of requesting the Secretary-General of the United Nations to submit the text of ULIS and ULFC to Member

27. As will be explained below, this provision is seen as pertaining to specific performance. National courts need not specifically enforce obligations in this way if they would not do so in an equivalent domestic case: Article 28. An interesting question is whether an English court would be allowed to introduce its domestic limitations on the recovery by the seller of the unpaid price. Such an action is not seen in English law as a type of specific performance but rather as a debt action.

28. See J. Honnold, *Uniform Law for International Sales* (2nd ed 1991), pp. 435, 438.

29. UCC 2-709.

States for a statement of their positions on these conventions.³⁰ In the light of the replies received, UNCITRAL set up a working group to consider necessary amendments to them. These conventions of 1964 therefore served as the basis for deliberations that eventually produced the CISG. And the conventions themselves were the outcome of a process launched in 1929 by Rabel. This of course is much less than the history of the Sale of Goods Act. Furthermore, there is no general law of contract to lend sustenance to the CISG which must therefore be developed by other means.

The use of general contract law to support the Sale of Goods Act is promoted through the medium of section 62(2), which incorporates in sales law various sources including the rules of the common law and of the law merchant to the extent that they are not inconsistent with the provisions of the Act.³¹ This exocentricity is essential in an Act replete with presumptive rules and incomplete in certain areas such as formation and vices of consent. One of the problems of a non-codal system of law is that it is dependent upon a critical and widely spread mass of cases to achieve a balanced and organic development. Section 62(2) is an engine that works to prevent an unhealthy divergence of Act and underlying common law. It assists the statutory law of sale to march along with the (principally) case-based law of contract. Consequently, to take one example, the dilution of the doctrine of conditions and warranties by means of intermediate stipulation analysis has been extended to express terms in sales contracts,³² though the language of the Act does not give it room to operate among the important statutory implied terms.³³

In the case of the CISG, there is no general law. Resort is permitted to usages in Article 9, which plays the part of the reference to the law merchant in section 62(2) of the Sale of Goods Act.³⁴ But the real engine for development of the CISG lies in its most important provision, Article 7, which issues instructions to courts and arbitrators in the interpretation of the convention. There is no similar provision in the Sale of Goods Act: rules of statutory interpretation are not to be found in individual statutes but in special legislation and the common law itself, which highlights the dependent character of the Act. In contrast, the

30. J. Honnold, *Uniform Law for International Sales* (2nd ed 1991), p. 53.

31. M.G. Bridge, *The Sale of Goods* (1997), pp. 6–10.

32. *Cehave NV v. Bremer Handelsgesellschaft GmbH* [1976] QB 44.

33. Sections 11(3), 12–15.

34. Section 62(2).

CISG is to a large extent free-standing. According to Article 7(2), a court or arbitrator applying the CISG should look to the general principles on which the CISG is based when matters not expressly settled by it are in issue. This compels an endocentric, internal examination of the CISG for signs of a broader principle of which individual articles provide instances. So, for example, the rules relating to cure and fundamental breach³⁵ might be seen as evidencing a principle that contracts should not be avoided opportunistically for minor breaches of contract. Together with the provisions concerning the preservation of rejected goods,³⁶ they could also be seen as antipathetic to economic waste. The rules concerning the assessment of damages for non-delivery and non-acceptance, which refer to concrete transactions of cover and resale,³⁷ along with the provision on the mitigation of loss,³⁸ encourage self-help and initiative on the part of the party injured by the other's breach. In this respect, the CISG, although it lacks a general part, is very much a civilian code and not a common law codifying statute.

Nevertheless, if a court cannot fill a gap by reference to the CISG itself, Article 7(2) allows a reference to the *lex causae* pursuant to the private international law rules of the forum.³⁹ This should be very much a last resort for, even if the private international law rules of the forum are based upon international convention, the substantive law chosen by different forums in different disputes may create divergent applications of the CISG: matters not expressly settled by CISG are, under Article 7(2), seen as impliedly settled by it and therefore within its scope. Divergence is therefore destructive of uniformity.

Although Article 7 does not say so expressly, the unstated general principles of the CISG should also guide a court in interpreting its express language. This approach could usefully supplement the language of Article 7(1) which, in matters of interpretation, reminds courts that the CISG is international and should be interpreted in a way that conforms to its international character. The obvious way for a court to obey this provision is to take account of the decisions on the CISG handed down by other national courts. A less obvious and unstated,

35. Discussed below.

36. Articles 85–88.

37. Articles 75–76.

38. Article 77.

39. Whose private international law rules are these if the forum is a non-localised arbitrator?

but no less valid, way is to look assiduously at other international instruments like the Unidroit and Lando Principles, especially the former in view of their commercial and multicontinental character. They provide added detail in certain areas covered by the CISG as well as a general regime of contract law that could provide support for the CISG's treatment of the special contract of sale. There is, furthermore, the growing body of international literature on the CISG. Although Article 7 makes no mention of it, this can in gross, if not always in individual cases, provide great assistance to courts.

A court should also instruct itself on the comparative law of sale and not surrender to the easy temptation of taking a lead from its own domestic law. Article 7(2) also contains a strange command – the product of a compromise during the legislative process – to interpret the CISG so as to foster the observance of good faith in international trade. In view of the inherent uncertainty of good faith, a national court giving a broad reading to these words runs the risk of creating varying strands of judicial opinion on the meaning of the CISG if other courts take a more restrained view. It almost runs against the spirit of the CISG to say it, but the more enterprising and enlightened the interpretation accorded to the CISG, the greater is the risk that its uniform character will be destroyed. UNCITRAL has already published a body of more than a hundred abbreviated reports of courts and arbitrators on the CISG. It would be interesting, if not a little ironic, if the compelling need for uniformity were to bring about the emergence of something like a doctrine of precedent, even in the absence of a supranational court like the European Court of Justice. It would, of course, not be a doctrine in the formal, normative sense involving clear rules of precedence in a hierarchical system. If an American district court, loyal to the dictates of Article 7(1), were to think long and hard before departing from an interpretation of the CISG adopted by a French tribunal de commerce, this would be a significant breaching of language and cultural barriers.

(c) *Cure of defective tender and delivery of goods*

Definition. First of all, cure needs to be defined as action by the seller that corrects a performance falling short of the standard required by the contract. Without yet stating how far it may be available in any system of sales law, cure by the seller may extend from repairing or modi-

M.G. Bridge

fyng the goods to substituting them with new goods that conform to the contract. A difficult question is whether breaches of time obligations lend themselves to being cured: no one has the power to turn back the clock. In English law, further difficulties arise concerning description and the passing of property. Under Article 35 of the CISG, the former should be free from the technicalities attaching to it in English law; the latter, as we have seen, has no existence under the CISG.

Background in English Law. The following questions point to some of the obstacles to cure in English law.⁴⁰ May a seller repair goods if the effect of such action is that they can no longer be described as new? May the seller demand a right to cure by substituting new goods when the property in the original goods has already passed to the buyer? May specific goods be substituted by the seller? These difficulties will be explored in further detail below but we should note for the moment that the concept and terminology of cure find their clearest antecedents in Article 2 of the Uniform Commercial Code. There is no express statement of a right to cure in the Sale of Goods Act and it takes legal ingenuity to find in the Act, and in the underlying common law, any implied recognition of it. The English Law Commission, in its recent work on sales law, concluded that there should be no legislative provision for cure. In consumer sales, the right to cure would give the seller leverage against a consumer buyer who would otherwise have the potent right to reject non-conforming goods and terminate the contract.⁴¹ This leverage would tilt the balance of power further in favour of the seller. In commercial sales, the difficulties in defining cure (at least according to the exacting standards of the Westminster parliamentary draftsman) would introduce harmful uncertainty into the law.⁴² But of course the Law Commission cannot deny the existence of cure if in some form it is already impliedly recognised in law.

Over the years, the subject of cure has excited relatively little attention in English law. This might be because cure takes place informally and without acrimony in myriad unrecorded cases. An alternative explanation stems from the strict way in which the common law has viewed time provisions in commercial contracts.⁴³ Outside sale of land

40. M.G. Bridge, *The Sale of Goods* (1997), pp. 197–201.

41. Law Com. No.160, *Sale and Supply of Goods* (1987), paras. 4.13 ff.

42. Consultative Document No.58, *Sale and Supply of Goods* (1983), paras. 4.52 ff; Law Com. No.160 (above), paras. 4.16 ff.

contracts, dealt with in courts of equity and therefore largely insulated from the common law,⁴⁴ the case law feeding the strict approach to timely delivery has come from the volatile markets surrounding charterparty contracts and commodity sales. Consequently, if a seller has no time left in which to cure a non-conforming tender or delivery, the question of whether there was a right to do so in the first place never arises. If, in the case of early delivery, it were to be held that the seller may cure before the onset of the due delivery date, then all breaches of contract by the seller could be collapsed into a single conceptual breach - the failure to deliver conforming goods in the time allowed by the contract. But, as will be explained, it is unlikely that even the uncertain state of English law on cure provides much encouragement for this view.

The Sale of Goods Act. It remains to be seen whether a right to cure can be scraped out of unpromising materials in the Sale of Goods Act 1979. Before this can be done, it is instructive to discover *when* a breach of contract by the seller occurs, a matter not dealt with by the Act. Obviously, the problem of defining when breach occurs does not lie with late delivery. Rather, it lies with the principal implied terms of description, fitness for purpose and satisfactory quality. It is important to know when the breach occurs because, under the Act, these terms are all accorded the status of conditions, which means that each and every breach of them, no matter how minor the injury suffered, entitles the buyer to terminate the contract. There is little case law authority on when the breach occurs. As regards fitness for purpose – and there is no reason to suppose that the other implied terms are different in this respect – Lord Denning has said that the breach occurs at the moment of sale.⁴⁵ Although Lord Denning was concerned to refute the proposition that the breach occurred on the breakdown of the goods supplied, and therefore was not intent on defining with scientific rigour the very moment of breach, “sale” in technical terms means when the property in the goods passes to the buyer. On the other hand, Lord Diplock has stated that the breach occurs on delivery.⁴⁶ It may be that

43. *Bunge Corpn v. Tradax Export SA* [1981] 2 All ER 513; *The Mihalis Angelos* [1971] 1 QB 164.

44. *Seton v. Slade* (1802) 7 Ves Jun 265; *Stickney v. Keeble* [1915] AC 386; *United Scientific Holdings Ltd v. Burnley Borough Council* [1978] AC 904.

45. *Crowther v. Shannon Motors Ltd* [1975] 1 WLR 30.

46. *Lambert v. Lewis* [1982] AC 225.

this is a distinction without much of a difference in that for practical purposes, for specific and unascertained goods alike, the property in goods supplied usually passes upon delivery if not by reason of delivery. It is possible that it should pass before delivery and likely, in such a case, that the seller thereupon commits a breach of the relevant implied term. Alternatively, the property might pass after delivery, upon later payment for example. An English court would almost certainly conclude in such a case that the breach occurred on delivery. Now, the significance of the breach occurring on delivery is that the implied terms in sections 13–14 of the Act do not prevent the seller from taking curative action *before* delivery, that is, before the seller's tender has been accepted.

The next issue is to determine exactly the buyer's permissible response to the seller's breach. Certain of the provisions of the Sale of Goods Act need to be examined. First of all, as stated earlier, the implied terms of description, fitness for purpose and satisfactory quality are all classified as conditions of the contract. According to section 11(3), the breach of a condition "may" give rise to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated. There are two points here that give some slender hope to advocates of cure. First, there is the tentative character of the word "may". Nevertheless, there is no shadow of doubt in the case law that upon a breach of condition the injured party has a right to terminate the contract. In English law, termination is a self-executing remedy and is not governed by any judicial discretion.⁴⁷ And secondly, there is the separate enunciation of rejection and termination, the latter put in terms of treating the contract as repudiated. This opens up the prospect of a buyer being entitled to reject goods without yet having the right to terminate the contract. According to this logic, the buyer might not terminate without the seller having a further chance to perform. Yet the Act is obscure on the meaning, scope and effect of rejection; it gives more detail on the loss of this right that occurs when the buyer accepts the goods. It is doubtful whether rejection and termination were meant to be separated in this way. Moreover, if the Act were designed to be read in the manner just stated, it is impossible to see how unwanted further performance from

47. The contract is not terminated automatically, the injured party having instead an election to terminate or affirm the contract: *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 (overruling *Harbutt's "Plasticine" Ltd v. Wayne Tank & Pump Co Ltd* [1970] 1 QB 447).

the seller can be forced on the buyer out of time in a case where timely delivery of the goods is of the essence of the contract. It is precisely because the seller's performance is measured by the strict standards of contractual conditions that any cure after rejection would have to take the form of a fresh delivery, whether it be of new goods or of the original goods as modified or repaired.

Cure and English Case Law. Attempts have been made to show support for the idea of a wide-ranging cure in the cases.⁴⁸ It is worth seeing what the cases actually do tell us before turning to certain intractable difficulties in finding a place for cure in the present structure of English sales law. Some of them deal with the giving of notices by a seller prior to performance. In c.i.f. contracts, for example, modern contract forms require the seller to give, in a declaration of shipment or notice of appropriation, details of the shipment out of which the seller undertakes to perform the contract. Once the buyer accepts this notice, the seller is locked into performance in accordance with the notice. If the buyer justifiably rejects the notice, it is clear law that a fresh notice can be given in respect of a different shipment.⁴⁹ Similarly, subject to compliance with a prior notice, the seller may make a fresh tender of shipping documents when the original documents are rejected by the buyer.⁵⁰ In c.i.f. sales, the buyer has very little time to reject non-conforming documents. As soon as the seller's tender is accepted, the buyer is precluded from rejecting the documents. But once the tender of goods is accepted, there is a further period in which the buyer of non-conforming goods may accept or reject them. The significance of this is that the above authorities give no support to the proposition that the seller may cure once *tender* of the goods themselves has been accepted by the buyer.⁵¹ In *McDougall v. Aeromarine of Emsworth Ltd*,⁵² which con-

48. R.M. Goode, *Commercial Law* (2nd ed 1995), pp. 363–66. Cf M.G. Bridge, *The Sale of Goods* (1997), pp. 197–201.

49. *Ashmore & Son v. CS Cox & Co* [1899] 1 QB 436, 440–41; *Borrowman Phillips & Co v. Free & Hollis* (1878) 4 QBD 500.

50. *EE & Brian Smith (1928) Ltd v. Wheatsheaf Mills Ltd* [1939] 2 KB 302, 314; *The Playa Larga* [1983] 2 Lloyd's Rep 171, 186; *SIAT di del Ferro v. Tradax Overseas SA* [1980] 1 Lloyd's Rep 53, 62–63.

51. In cases where the seller delivers the wrong quantity, this is more likely to be apparent at the point of tender than would be a defect in the goods. The practical scope for a cure by the seller is therefore greater. It is also interesting to see that section 30 of the Sale of Goods Act, dealing with quantitative failings by the seller, makes no mention of the seller yet being in breach.

cerned a yacht constructed for the buyer, Diplock J said that the seller could remedy defects in the yacht. But it was clear that he was referring to faults arising during “acceptance trials”, a sort of extended tender period. In *The Kanchenjunga*,⁵³ a charterparty case, Lord Goff stated that the seller of non-conforming goods was entitled to make a fresh tender after the buyer had rejected the goods. On the face of it, this right would exist after delivery had been accepted by the buyer. Nevertheless, the case Lord Goff relied upon to support this *dictum* deals only with cure occurring before delivery by the seller. Moreover, he used sale of goods as an example to support his earlier statement that a party aggrieved by an uncontractual *tender* of performance was entitled to call for a fresh performance. The case law therefore provides little comfort for a seller’s right to cure after delivery has taken place.⁵⁴ In addition, all of the above cases state that any cure permitted must take place within the time allowed by the contract for performance by the seller.

English Law Summary. As a matter of commercial expediency, the drawing of a line between tender and delivery is hard to justify, but it would seem to require reforming legislation to obliterate it. English law may not be unique in this respect. It has been remarked that the CISG, in allowing cure after delivery, was innovative from the point of view of European codal systems “mainly because the delivered goods are already outside of the disposal powers of the seller”.⁵⁵ The need to give scope to the operation of cure by overcoming the divide between tender and delivery is clearly recognised in the short title of UCC Article 2-508, which embraces both in the words “Cure by Seller of Improper Tender or Delivery”. There is no prospect of legislation similar to UCC 2-508 for English law, given the Law Commission’s rejection of legislation introducing cure in English law. If the above English cases had crossed the delivery line, they should have had to deal with a number of technical difficulties presented by current English sales law.

52. [1958] 3 All ER 431.

53. [1990] 1 Lloyd’s Rep 391, 399, relying upon *Borrowman Phillips & Co v. Free & Hollis* (1878) 4 QBD 500.

54. See also G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract* (1988), pp. 371–72 (carefully limiting cure in English law to the putting right of a defective tender).

55. Bianca, in C.M. Bianca and M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law* (1987), p. 291. G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract* (1988) notes at p. 374 that in civil law systems cure is more a feature of particular contracts than of the general law of contract.

For example, if a seller of new goods is allowed to repair a non-conformity in them, this may mean that the buyer has to forgo a right to reject goods that can now no longer fit the contractual description of new goods. The seller's cure, in other words, may well trigger a fresh breach of condition, this time of the description condition in section 13. Again, in some cases, the consensual process of appropriating goods to a contract, for example, a cargo on a named ship, will endow the goods with a descriptive character that the seller may not unilaterally alter, by a fresh appropriation of a cargo on a different ship, without again breaching section 13. There is a further difficulty concerning specific goods, which are particular goods that are identified to the contract before or at the moment of contracting. The seller cannot in any circumstances, even immediately after the contract has been concluded, substitute them with other goods. Specific goods are unique: goods in all other respects identical to the specific goods are no substitute. Article 2 has abandoned the distinction between specific and unascertained goods and has played down description so that it is only a subsidiary feature of express warranty.⁵⁶ These changes created the necessary base for cure in UCC 2-508. It is hard to resist the conclusion that a doctrine of cure could not be manufactured for English sales law without a complete revision of the Sale of Goods Act. However much English sales law needs to break out of its 19th century mould, the prospects of this happening are very slight.

Cure in the CISG. The position under the CISG is wholly different. Cure is dealt with principally in two articles: Article 37 concerns cure before the delivery date and Article 48 cure after the delivery date.⁵⁷ The distinction is not between cure before delivery and cure after delivery. Article 37 appears in the section that deals with the conformity of the goods and Article 48 in the section on remedies for breach by the seller. The position of cure in the CISG is like UCC Article 2 in that there is no distinction between specific and unascertained goods and there are no signs of description bearing the technical and strict meaning that it has in the Sale of Goods Act. Furthermore, avoidance of the contract for breach requires that the breach be fundamental.⁵⁸

56. UCC 2-313(1)(b).

57. There is also a documentary cure provision in Article 34 corresponding to Article 37. Other provisions may have an impact on cure, for example, Article 46.

58. Or that a late performing party fail to perform in an extension period set by the other party: Articles 47 and 63.

There is nothing corresponding to the doctrine of conditions and warranties, or to the perfect tender rule in UCC 2-601. The CISG, moreover, does not even have a residual passing of property rule. It appears, therefore, that the ground has been cleared to allow cure to operate free of obstruction from long-standing features of sales law. The primary goal of cure in the CISG appears to be “avoiding the waste that results from the needless destruction of the contract”.⁵⁹

Articles 37 and 48. Honnold has written that the rules on cure in Article 48 are “more strict” than those in Article 37.⁶⁰ With respect, it is not easy to see a difference in strictness, though there are certainly differences of detail between the two articles. First of all, the type of cure that may be effected is expressed in Article 48 in very broad terms: the seller may “remedy...any failure to perform his obligations”. Article 37 is, surprisingly, much more specific. Cure includes making up a quantitative deficiency, replacing a defective part and providing replacement goods. There is also the catchall phrase “remedy any lack of conformity in the goods delivered”, which should include repair and alteration. Despite the difference in wording, there is no reason to suppose that the type of acceptable cure differs between the two articles. The key word in both articles is “remedy”. The words “any failure to perform [the seller’s] obligations” in Article 48 do appear broader than “any lack of conformity in the goods delivered” in Article 37. One explanation for this is that Article 48 includes the case of non-conforming documents, excluded from Article 37 and made the subject of a separate provision. This is just a matter of legislative housekeeping. Another is that Article 48 may include curing a late delivery, assuming for the moment that that is possible. Article 37, of course, is posited upon an early delivery.

Both articles confine cure to those cases where the buyer is not unduly prejudiced by the seller’s intervention. Article 37 requires the seller not to “cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense”. Article 48 permits the seller to cure “without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of reimbursement by the seller of expenses advanced by the buyer”. The reference in only Article 48 to delay is understandable in that the time for delivery has not expired when the seller launches a

59. J. Honnold, *Uniform Law for International Sales* (2nd ed 1991), p. 324.

60. *Uniform Law for International Sales* (2nd ed 1991), p. 323.

cure under Article 37. Nevertheless, it would have done no harm to include delay in Article 37 to meet the case of a cure started before the delivery date but lingering on afterwards. The difference between the two expense formulas is hard to justify. If the buyer incurs expenses because of the seller's cure, they should be recoverable as damages under Article 74. The seller's breach of the quality standard in Article 35 led to the cure, which caused the buyer to incur expense. But the buyer would have to demand reimbursement from the seller and would have to instigate proceedings if the seller refused. It is easy to see how incurring unreasonable expense would increase the burden and risk of litigation for the buyer. Article 48, curiously, does not impose a bar on cure in the case of unreasonable expense but looks, while Article 37 does not, to uncertainty of reimbursement. It may be that the differences in the two articles concerning the type of permissible cure and the bars to cure will amount to very little in practice. It is, however, difficult to justify the existence of two principal articles on cure expressed in different language which can only serve to encourage litigation.

Who Defines the Cure? The CISG defines in more or less detail the nature of the cure that the seller is permitted to make. It is perhaps curious that it does not qualify the seller's efforts as reasonable, except in the indirect way of imposing a bar when the buyer's position is unreasonably prejudiced. Furthermore, the CISG scheme clearly contemplates that the cure may take more than one form. This prompts two related questions. First, is it the seller or the buyer who chooses between two or more types of cure? An example would be the seller who wishes to repair goods and the buyer who would prefer a replacement. Secondly, how good must the cure be? Must it be perfect or, for example, would it be sufficient if a seller were able to transform a fundamental breach of contract into a lesser breach sounding only in damages?

As a matter of first impression, the seller should be the master of the cure where, objectively, there is nothing to choose between alternative types of cure. The line has to be drawn between the two parties and there is no good reason to introduce transaction costs by compelling them to negotiate a solution. Articles 37 and 48 create a seller's right to cure, not a buyer's right to demand cure.⁶¹ In particular, the buyer may

61. *Cf.* the buyer's right in Article 46 to require performance, discussed below. Even here, the buyer may not "require" the seller to deliver substitute goods if the lack of conformity of those delivered does not infringe the fundamental breach standard.

not convert a minor breach into a fundamental breach by demanding a cure that the seller will not provide. It is arguable that the introduction of cure, coupled with a test of fundamental breach that makes it hard for a buyer to avoid the contract, has tilted the balance in the CISG too much in favour of the seller. This criticism could have been met to a large extent if the buyer had been given a right to demand cure on pain of a fundamental breach being inferred from the seller's refusal to cooperate. If the cure were required to be less than perfect,⁶² the case for introducing a buyer's right to demand cure becomes all the stronger. From the seller's point of view, there is nothing in the CISG to limit cure to fundamental breaches and no reason to introduce any such limitation. The buyer's duty to cooperate with the seller in effecting cure could in many instances be equally explained as action taken to mitigate loss. Mitigation will usually, though not invariably, proceed from initiatives coming from the contract-breaker. In sum, the indicators in the CISG point to the seller having the choice.

Must the Cure Be Perfect? A more difficult question is whether the seller can compel the buyer to accept substandard performance, so as to prevent the buyer from avoiding the contract for fundamental breach. Honnold's view is that the buyer cannot insist on a perfect cure, but he is careful to ground his opinion in an example of "slightly imperfect" cure. By this line of reasoning, a seller could almost make up a quantitative deficiency, or could insist on repairing goods so as to make them almost as good as new.⁶³ Now, this line of thought invites a discussion of how slight the shortcoming has to be in order to qualify as an effective cure. Unless certainty is a discredited virtue with no place in the CISG, there is much to be said for the view that a seller who wants a second chance should perform at the contract standard and should not put the buyer in the invidious position of having to decide whether the seller's cure goes far enough.⁶⁴ The CISG requires a seller to "remedy" the breach. With the possible exception of the *de minimis* principle, which rarely makes an appearance in reported litigation, it is not possible to see any general principle, to be drawn through the skein of Article 7(2), that would support substandard cure by the

62. See the discussion of this point below.

63. The buyer would be left with a damages claim for the shortcoming.

64. But the *delay* in correcting performance to the contractual standard could still leave the buyer with a damages claim.

seller. Where the seller's cure overcomes a substantial breach but leaves intact a serious breach, there is no good reason for saying that the seller has validly exercised the right to cure.

An interesting question is whether a substandard cure would be acceptable if it were accompanied by a money allowance that saved the buyer from having to pursue the seller for the balance of performance in the shape of a damages award. UCC 2-508 contemplates that a cure may be accompanied by a money allowance. This might satisfy certain objections that a cure leaving the buyer with an outstanding claim for damages would be unacceptable since it would cause the buyer "unreasonable inconvenience". Yet, as attractive as this line of reasoning is, a substandard cure does not of itself cause inconvenience if it leaves the buyer having to pursue a smaller claim than the one the buyer would have pursued if no cure at all had been attempted.⁶⁵ The type of case that appears to be contemplated, by language preventing cure where the buyer is put to unreasonable inconvenience or unreasonable expense, is one where the buyer is made to wait a long time for replacement goods or has a production schedule held up by disruptive attempts by the seller to repair or adjust machinery. The incorporation of a money allowance might, however, be an attractive expedient for those courts prepared to permit a reasonable instead of a perfect cure.

Late Delivery. If a money allowance could be accepted as contributing to a "remedy" for non-conforming performance, it may assist in answering the perplexing question whether a late delivery can ever be cured. Non-delivery can be cured by a late delivery from the seller⁶⁶ but curing the lateness itself is a different matter. It is difficult to see *how* action by the seller accomplishes a cure for lateness: the fact of eventual delivery will not alone suffice. If the clock cannot be turned back, it is intriguing to ask if a money allowance might make up for lateness. An argument in favour of curing a late delivery can be constructed in the following way. First of all, it would be unreasonably restrictive to deny cure, by repair or replacement of goods already deliv-

65. If there is no cure, a buyer might be seeking the return of the price paid as well as damages.

66. See para 12 of the Secretariat Commentary on the 1978 Draft Convention (Document A/Conf.97/5), in J. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (1980), p. 430. Also available in A.H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1989), pp. 360–62.

ered, on the ground that the delivery date had expired. Article 48 would then be given very little scope to operate, being confined to cases where the buyer condoned a premature delivery and where the cure could be completed by the agreed delivery date. From this position, it seems entirely logical to ask what is the difference between the replacement of wholly defective goods and the delivery of late but conforming goods. Cure ought to be allowed in both cases: Article 48 does refer to “any failure” by the seller to perform and the difference in language, referred to above, between Articles 37 and 48 suggests that lateness might be cured under the latter provision. Now, if the seller is merely late, and the delay does not yet amount to a fundamental breach, the seller has no incentive to cure apart from the relief that comes from settling a dispute. The real problem then is whether a seller should be allowed to cure where the delay constitutes a fundamental breach under Article 25 or where, pursuant to Article 47, the seller has failed to deliver within a further period set by the buyer. In both cases, the buyer has grounds for avoiding the contract under Article 49.

It is submitted that there is no clear answer to this problem but that the problem may not be a real one after all. If the buyer has reasonably⁶⁷ taken advantage of Article 49 to avoid the contract and has already contracted for substitute goods, then any belated offer by the seller to cure, requiring the buyer to take the agreed goods, would impose hardship on the buyer and fall foul of the restrictive language in Article 48 that reins in cure. This leaves the case of the buyer who has not yet taken action. If time is agreed to be of the essence of the contract, the parties have surely in matters of time excluded, as they are permitted to do under Article 6, both the fundamental breach rule in Article 25 and any right the seller may have to cure a late delivery under Article 48. Moreover, if the buyer has given the seller additional time under Article 47, the introduction by means of cure of a further extension period would nullify the operation of the machinery in that Article.⁶⁸ Finally, if the seller’s delay has caused the buyer the degree of prejudice required to satisfy the test of a fundamental breach, the tender of a sum of money supposedly equal to a loss that the buyer cannot yet have calculated seems too implausible to consider as curing the

67. See below.

68. See G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract* (1988), p. 373 (asserting that cure cannot be invoked after the expiry of the Article 47 period but noting that a seller, by offering to cure, may preempt a buyer minded to issue such a notice); B. Audit, *La Vente internationale de marchandises* (1990), p. 129.

breach.⁶⁹ Like a number of other speculations involving cure, this one leads us up a blind alley.

Fundamental Breach. There yet remains the question whether the commission by the seller of a fundamental breach, late delivery apart, can be cured at all.⁷⁰ If it cannot, cure would have very little room in which to operate independently of the mitigation rule in Article 77. This issue was discussed in the legislative process. Honnold notes the “widespread agreement” among delegates at the 1980 diplomatic conference that whether a breach should be regarded as fundamental at all ought to depend upon the seller’s offer to cure.⁷¹ Superficially, this response meets the objection that contractual avoidance, a self-executing remedy,⁷² must take effect from the time of the buyer’s declaration, so that there is no subsisting contract when the seller later attempts to invoke his right to cure under the CISG.⁷³ Article 81 states that “[a]voidance of the contract releases both parties from their obligations under it...”. The seller cannot have a right to cure if the buyer is under no corresponding duty to accept a cure. Nevertheless, this solution comes at the expense of certainty. A buyer, avoiding a contract for what appears objectively to be a fundamental breach and without waiting for the seller’s response, will find that the seller, by the simple expedient of offering a cure, deprives the buyer’s action of its effect as an avoidance of the contract.⁷⁴ The same undermining effect can be seen on Article 72, which entitles a party to avoid a contract when, prior to the date of performance, it is “clear” that the other will commit a fundamental breach.

69. An earlier version of what became Article 48(1) (Article 44(1)) deprived a seller of the right to cure when the delay in effecting cure amounted to a fundamental breach. See the Secretariat Commentary on the 1978 Draft Convention (Document A/Conf.97/5), in J. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (1980), p.430.

70. See the First Committee Deliberations on the 1978 Draft Convention, in J. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (1980), pp.562–65.

71. *Uniform Law for International Sales* (2nd ed 1991), p. 375.

72. Article 49: “The buyer may declare the contract avoided...”.

73. But see Will, in C.M. Bianca and M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law* (1987), p. 357, who argues that this approach would take away from the buyer the right to demand under Article 46(2) the delivery of substitute goods.

74. B. Audit, *La Vente internationale de marchandises* (1990), p. 130 (Article 48 provisionally checks avoidance under Article 49).

Consequently, a buyer seeking to avoid for fundamental breach or anticipatory repudiation must first factor into the fundamental breach test the likelihood of the seller effecting a cure. One method would be for the buyer to take the initiative and invite the seller to cure, a procedure not formally recognised in the text of Articles 37 and 48 but capable of making a contribution to the meaning of “unreasonable delay”. A difficult question to answer would be whether the buyer could reasonably form the view, in advance of the seller’s response, that a cure will not be forthcoming and avoid the contract before waiting for the seller to offer a cure. A buyer might wish to do this if faced with an alternative contractual opportunity that will not remain if the seller is to be given time to formulate a cure or if seeking to take advantage of a falling market. Yet it is unlikely that a court or arbitrator would permit the seller to be deprived of the right to cure in this way.⁷⁵

A final observation on fundamental breach is that the subordination of the buyer’s right of avoidance to the seller’s right to cure is, supposedly, expressed in connecting language between Articles 48 and 49.⁷⁶ The seller’s right to cure is stated to be subject to Article 49. This is most odd if Article 48 is truly the dominant provision. The qualifying language should have been in Article 49 stating that the buyer’s right of avoidance was subject to the seller’s right to cure in Article 48. As matters now stand, it looks as though the seller’s right to cure cannot be invoked if the buyer avoids the contract under Article 49, which is precisely the opposite of what seems to have been intended.

Cure and Perfect Tender. Cure is a difficult subject and it is not made any easier by the provisions in the CISG. The problems presented in

75. See Will, in C.M. Bianca and M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law* (1987), p. 349, who justifies his position on the ground that Article 77 requires the buyer to “mitigate losses”. Support from Article 77 is, however, doubtful in so far as that provision may be confined to cutting down a buyer’s claim for damages, thus stopping short of a claim to avoid the contract. See A.H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1989), pp. 495–96.

76. See J. Honnold, *Uniform Law for International Sales* (2nd ed 1991), p. 375. A much more sceptical response, to the proposition that Article 48 overrides Article 49, is given by Ziegel, “The Remedies Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives”, in N.M. Galston and H. Smit (eds), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1984), § 9.03. For a bald statement that avoidance under Article 49 prevents a seller from effecting a cure, see F. Enderlein and D. Maskow, *International Sales Law* (1992), p. 185.

Articles 37 and 48, particularly the latter, are compounded by Article 46, designed to introduce a form of specific performance. It was stated above that the initiative for cure lay with the seller and that a buyer could not use cure as a lever to extract from the seller conforming performance under threat of avoidance, in circumstances where the seller's performance fell short of a fundamental breach. Before looking at Article 46, it is worth weighing that proposition by reference to the buyer's duty to take delivery. Suppose that the buyer examines the goods when the seller tenders delivery of them and observes a failure of the goods to conform to the quality and fitness standard laid down by Article 35. This non-conformity, however, is not serious enough to amount to a fundamental breach of contract by the seller. May the buyer turn to Article 30 and assert that the seller has failed to deliver goods "as required by the contract and this Convention", with the consequence that a necessary precondition to the buyer's own duty under Article 60 to take delivery has not occurred? The buyer would not as such be declaring the contract avoided but would simply be refraining from cooperating with the seller in allowing the latter to make delivery. Eventually, however, the seller's failure to comply with the duty of delivery would permit the buyer to conclude that a fundamental breach had arisen out of the delay, with the result that the buyer could avoid the contract.

If this argument were successful, it would introduce, at the time of tender only (and not after delivery has taken place), the strict attitude to quality performance laid down in common law systems. It would also permit the buyer to demand cure up to the contractual standard required of the goods under Article 35. If a buyer were minded to take this view, the opportunity to do so would not often arise in international sales. Agents, such as carriers, are commonly employed to take delivery of the goods on the buyer's behalf⁷⁷ with the consequence that the buyer examines the goods only after they have been surrendered by the carrier at the buyer's premises. It would then be too late for a buyer to take a point that could only have been made earlier on tender. Assuming, however, that such a right on the part of the buyer does exist, it might be argued that it amounts to a suspension of the buyer's own performance pending full performance by the seller. Now, Article 71 deals with the general right to suspend performance. It states that the

77. See Article 31(1), treating delivery as occurring on the handing over of the goods to the first carrier for transmission to the buyer.

M.G. Bridge

right arises where “the other party will not perform a substantial part of his obligations”. If Article 71 is applicable at the point of tender, a failure by the seller to conform to Article 35 in a minor respect may not be enough to justify suspension. But a failure falling short of a fundamental breach may nevertheless be “substantial” enough to justify suspension. Article 71(3) contemplates the case of a suspension occurring before the goods are dispatched, which argues for its application to the behaviour of the buyer refusing to accept the seller’s tender. This same provision also deprives the buyer of the right to suspend performance where the seller provides adequate assurance of due performance. Assuming again the applicability of Article 71, it is arguable that adequate assurance is provided by a seller offering to cure the defective tender of goods. A court reluctant to allow the standard of performance to be set at the strict English level when the goods are tendered may be satisfied by the compromise solution of applying Article 71 in the way herein stated.

Specific Performance. It remains to consider what effect Article 46 may have on the availability of cure. This provision states that the buyer “may require performance by the seller of his obligations”. It goes on to exclude that right to the extent that a buyer is seeking replacement goods when those delivered are non-conforming but do not infringe the fundamental breach standard. The buyer’s right to require repair appears more extensive, but is not unlimited: it may not be invoked if it would be unreasonable in the circumstances. There is nothing in Article 46 that would allow a buyer to wield the threat of contractual avoidance in order to compel cooperation by the seller, though in some cases the deficiency in the goods will be serious enough to amount to a fundamental breach, with a consequent avoidance of the contract by the buyer unless the seller effects a cure.

Article 46 is seen as one of a number of provisions dealing with specific performance, of which Article 28 requires a particular mention. It frees domestic courts from any obligation to enter a judgment for specific performance in response to a party requiring performance from the other. A common law country would therefore not be bound to compel a seller to substitute or repair non-conforming goods upon the buyer’s demand since in such cases, rare exceptions apart, specific performance would not be given in a domestic case. A common law court, however, might be inspired by the CISG to free the remedy of specific performance from existing limitations. Furthermore, assuming that

one day the United Kingdom will accede to the CISG, a French or German court seized of a contract governed by English law but falling within the CISG should not feel bound to observe the same scruples as English courts towards specific performance. In any case, specific performance, as a matter of remedies, should be left to the law of the forum.

Conclusion. The attitude of the English Law Commission in declining to recommend the introduction of cure by statute into commercial sales, on the grounds of its complexity, begins to look a more reasonable response once the potential difficulties of cure in the CISG are evaluated. There is something, nevertheless, troubling about formal legal rules that do not accord with business reality. If cure takes place so regularly in informal commercial dealings, should it not therefore follow that it be accorded due recognition in law? One response to this criticism is to say that contracting parties commonly settle their differences in ways other than those that an application of the law would produce. It is common for business expediency and long-term interest to stop short of enforcing legal rights in their totality. The existence of cure as a commonplace response to practical problems does not therefore in itself yield a case for law reform. Another response is to say that, if cure is given by legislation a defined expression, this may impede commercial parties in the informal settlement of their disputes by curative means. It is more likely, however, that informal cure will take place before the lawyers become embroiled in commercial disputes and that merchants are unlikely to have their eyes on legal texts when turning their attention to practical matters.

It will probably be a very long time indeed before case law on the CISG gives detailed expression to its provisions on cure, if it happens at all. There is always uncertainty during the time taken for new law to settle down. This uncertainty is compounded when the new law is as complex as cure. Litigation is likely to centre on two areas: whether the cure effected by the seller was adequate in the circumstances; and whether the buyer acted wrongfully in denying to the seller an opportunity to cure. In the former case, cure will simply be an incidental aspect of the buyer's damages claim under Article 74. Article 48 has been invoked by a German court to justify the award of damages for the cost to the buyer of installing goods substituted by the seller for the original contract goods. A better approach, however, would be to treat the seller's imperfect cure as aggravating the breach caused when defec-

M.G. Bridge

tive goods were first delivered, so that the governing text for the award of damages is Article 74 rather than Article 48.⁷⁸ Cure will plainly play a more contested role in the case of the buyer who refuses to accept the offer of a cure. Given the dominant values of the CISG, the introduction of cure was inevitable. Cure has also been a feature of American sales law for over 40 years. Nevertheless, the fact that cure has now been accepted in the United States, and has been found not to cause undue difficulties in practice, is not of itself a reason to assume that the same will be true of its transplanted equivalent in the CISG. We can look forward to an interesting and uncertain future.

78. CLOUT (Case Law on Uncitral Texts) case no.125.

Contract and the idea of codification in the principles of European contract law

Professor Carlo Castronovo, Università cattolica del S. Cuore, Milano

I. *The need for a code of contracts and obligations: from a narrow to a wider perspective*

The common core of European contract law¹. This could be the synthetic definition of the Principles of European Contract Law (PECL). Obviously the core of this common core is the idea of contract. To find this idea is the first step in introducing and interpreting the Principles, therefore I consider it interesting to identify this idea, as it comes out from the articles constituting the PECL.

Before starting with this, it is necessary to illustrate the 'philosophy' inspiring the Commission of European contract law, whose President Ole Lando we honour by these Essays. The fundamental goal the Commission assigned to itself was that of creating a body of uniform rules to be applied to contracts and obligations all over Europe for the transactions of a single market². Indeed, the only way to a really unified market was and is that of having a common set of rules in order to overcome the traditional barriers of each national legal order having a

1. The expression is current by now: cf. *Principles of European Contract Law*, prepared by the Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Dordrecht-Boston-London 1995, p. XVI; already O. LANDO, *Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation*, in *Rabels Zeitschr.* 1992, p. 264 ss.; More recently, R. ZIMMERMANN, *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*, in *Juristenz.* 1995, p. 479; O. LANDO, *Principles of European Contract Law. A First Step towards a European civil Code?*, in *Rev. dr. aff. int.* 1997, p. 189 f., 195. What we do now is to introduce it as the proper definition of the Principles.
2. U. DROBNIG, *Ein Vertragsrecht für Europa*, in *Festschr. f. E. Steindorff*, Berlin-New York 1990, p. 1141 ss.; *Principles*, cit., p. XV.; LANDO, *Principles*, p. 264 f. On a wider level, see also E. STEINDORFF, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden Baden 1996.

distinct and disparate regulation on the subject. This general assumption proved to be the right one, as the introduction of the so to say European legislation by the directives more and more has shown the necessity of a common basis of general rules, in the context of which only the rules generated by the directives could achieve in all law systems of the Member States the same regulation³. With respect to this legal writers have pointed out how problematic was the assumption of a uniform legislation as a result of implementation of the directives once the rules by this way introduced in the national legal systems necessarily react in a different way according to the various contexts afforded by these. On the other hand “the national systems of private law are losing their efficiency and usefulness, as special statutes enacted for the transposition of directives destroy the coherence of general principles”⁴. The preceding arguments can be seen as sufficient enough to justify the need for a ‘code’ of contracts and obligations. But at this point one can hardly say that the problem is solved. The difficulties to overcome stem at least from two different points. One is the theoretical possibility of applying the idea of code to our matter.⁵ The second is the real capacity of European regulative structure (the Rome Treaty as modified in Maastricht) to allow and support such a project⁶.

As to the first question one can recall that continental European tradition originally identifies a code, a civil code, as a system of rules regarding all kinds of relationships governed by the logic of private law. This is not the case of our Principles, only dedicated to contracts and obligations. But as far as we have been approaching to the present time, the idea of code has proved to be adaptable to smaller and particularized dimensions, whose first examples since the same nineteenth centu-

3. As L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, Centro studi e ricerche di dir. comp. e straniero, Roma 1993, p. 3 s., argues, “mano a mano che nelle materie oggetto di interventi comunitari di armonizzazione si sperimenteranno difformità di trattamento imputabili alla mancanza di un contesto normativo omogeneo...diventerà più pressante il problema dell'unificazione dei principi generali del diritto delle obbligazioni”.

4. J. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, in 33 *Common Market L. Rev.* (1996), p. 1178.

5. To the more general question about a true civil code for Europe are dedicated the essays in *Towards a European Civil Code* (Hartkamp, Hesselink, Hondius, du Perron, Vranken eds.), Dordrecht 1994.

6. As to this point evidently we are in this situation: “gibt es keine vertragliche Bestimmung, die die Europäische Union zur Privatrechtsvereinheitlichung ermächtigt, was aber...unerlässlich ist” (M. BANGEMANN, *Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union*, in *Zeitschr. f. Eur. Privatrecht* 1994, p. 378).

ry, the age of codification *par excellence*, were the various *commercial codes*. Nearer to the field which the PECL refer to has to be mentioned the *Project of a code of obligations and contracts* published in 1928 by a french-italian commission, that can be considered the first meaningful attempt in Europe to have a uniform legislation on the subject across the Alps.

As Luigi Mengoni⁷ and Denis Tallon⁸ among others have pointed out, the idea of code has become much less engaging as it was in nineteenth century: one could say that this idea too has to cope with the reality in which it has to come true and operate. Now it is sufficiently clear that these are not the days in which it can be possible to give Europe a code in the traditional meaning⁹, as the most exhaustive statute for private individuals, but it has to be similarly clear that general rules on contracts and obligations, although represent only a part of a code in traditional sense, must have the same character of generality we are prepared to impute to this.¹⁰

So, for instance, one can say that, through the directives e.g. on defective products or on unfair contract terms we have uniform rules in the relevant fields. But this still doesn't amount to a very common law of a unified Europe even in these specific subjects, since we are lacking in rules on contracts and obligations in order to give a context to these so to say islands of legislative intervention. From this point of view this could be the function of the PECL.

As to the second question the answer again appears not to be so simple because at the outset the EEC seems to have been conceived as referred to professionals operating in their economic context. One can think of these as referred to by rules relating to competition, as indeed reads the title of section I, ch. I, tit. V, Part III of the Treaty, specifically directed to enterprises (arts. 85 ff.). Similarly does art. 100, in speaking of creation and functioning of common market through the enactment of rules envisaging the approximation of national laws. The rules just mentioned reflect what we can call the primordial attitude of the Euro-

7. *L'Europa dei codici*, cit., p. 2.

8. *Codification and Consolidation of the Law at the Present Time*, in 14 Israel L. Rev. (1979), p. 3.

9. Even though the European Parliament by a resolution of 26 May 1989, in Off. J. Eur. comm. 1989 NC 158/400 and a resolution of 6 May 1994, in Off. J. Eur. Comm. 1994, NC 205/518 has affirmed the intention of working on a European common code of private law.

10. This point has been worked out in C. CASTRONOVO, I "*Principi di diritto europeo dei contratti*" e "*l'idea di codice*", in Riv. dir. comm. 1995, I, p. 21 ff.

pean Economic Community. In the meantime this one has become the European Union, in which the original 'economic' qualification has been omitted with the implication that the aims and goals of the Union are more general. Indeed the Treaty of the Union doesn't talk any more only about firms but also about consumers, as Tit. XI of third Part does as well as art. 100 A., para. 3. This new attitude of the European Union, no more limited to commercial competition and to the so to say external regulation of commercial activities has already been preceded at the level of substantive legislation in all those occasions in which the directives of the European community have provided regulation of economic competition in a common market by protecting consumers. In this sense the last outstanding example is the directive on unfair contract terms.

Still with this important change, the room for a body of general rules on contracts and obligations if anything appears to be narrow: two singular *status*, as those of merchant and consumer, do not make a general one. In particular the logic of consumer protection seems to be very different if not contrary to the idea of general rules on contract as the Principles want to be. The consumer as a special category of people is expression of a singular, though today very important, *status*, whereas at least by tradition the codes refer to the *man without qualities* if we can borrow this famous expression. So the adoption of particular rules, related to specific categories of persons appears opposite to the attitude to general rules proper to the Principles. The same can be said about firms and merchants when the rules are not to be a sort of commercial code but something less limited.

Something important though has happened with the institution, in the second Part of the EU Treaty, of the citizenship of the Union. This appears to be conceived in terms of public law or, still less, as a kind of political declaration of intent. In any case at the same time it indicates a perspective in which the most important beneficiary of the Union itself is the individual, the solving of whose problems appears to be the final goal of the reformulated European institutions. This novelty leads to the assumption that the need of general rules as previously indicated can be satisfied by something corresponding to a civil code starting by contracts and obligations. To this extent the possibilities of a true civil codification prove to be enlarged with respect to the origins of the European Community, whose first Treaty (the Rome Treaty) only concerned with the enterprise regulation could afford if any something similar to a commercial code. At the same time it has been becoming

increasingly important the gradual discovery that rules enacted by directives, although regarding singular aspects of reality and relationships, immediately recall and imply other (more general) rules with which they are to be composed in a system.¹¹

2. *The parallel adventure of the Lando Commission*

Something parallel has been going on with the European Commission on contract law: it started with the purpose of providing general rules on commercial contracts, something like a commercial code or the Unidroit Principles and in these terms something different from the civil law codification of general private law on the subject of the law of contracts and obligations. In the progress of work the necessity of indicating how a contract comes to existence, how it has to be interpreted as well as the requirements of validity on the one hand; of ruling about performance and non-performance, damages etc. on the other hand got the result of a regulation applicable also to non professionals. At the same time, to the extent that the European Community legislation has become a setting of rules on consumer protection, the Principles had to take into account this evolution, providing for some rule which was no more only a corollary of the original idea of regulation for professionally equals and then for equals *tout court* but could afford the frame also for a differentiating legal treatment.

This last way of proceeding could appear not conform to the traditional idea of general rules, which *per definitionem* must be not particularized to single *status*. But this is just an example of the historical adaptation of the codification idea as said above.

In the same field of contract law the Italian civil code of 1942 had already to take into account this necessity, providing rules on general conditions for protection of the weaker party. Especially significant in this scope is art. 1367, first in the codification history contemplating the *contra proferentem rule*, according to which a clause in general conditions has to be interpreted in favour of the adherent party when there is doubt about its meaning. The same inspiration affects art. 1342, in case of conflict between a written general condition and a clause in-

11. "A backbone of common principles should be created which will provide the necessary environment for the unified and harmonized law" (LANDO, *Principles, An Alternative*, cit., p. 265).

dividually negotiated providing the prevailing of the latter over the former. Finally the most significant rule on this subject, art. 1341, provides in the first paragraph that general conditions can only be part of the contract if the adherent party has known or had the possibility to know them. In the second paragraph art. 1341 provides the treatment of unfair contract terms. The way chosen by the Italian legislator appears nowadays not very fashionable because the control of unfair terms is based only on formal requirements: any clause can have effect by only being specifically approved in writing. But the question doesn't relate to this for the moment.

In our perspective the mention of what the Italian legislator did in 1942 is useful to explain why, contrary to what normally happens with the rules stemming from directives, the new rules on unfair contract terms, having been preceded by arts. 1341, 1342 and 1367, similarly have been introduced in the Italian civil code in a special section. This confirms on a more general level that in some measure even the national codes have to make a compromise between the traditional idea which identifies codification with only general rules for individuals equally protected by the law, for the man without qualities, and the necessity of putting on the head of legislation, as a code is, some rules particularly dedicated to qualified individuals as consumers or merchants are.

To which extent this compromise is to be done is difficult to say once and for all. But according to the case of consumers one can conclude on the theoretical level that while codification meant at its origin the refusal of many *status* for the juridical subject and the foundation of the unity of this, now that the unity is broken the codes cannot ignore this all along the line. On the other hand a code cannot become a big statute of *status* rules without becoming a contradiction in itself. It needs then to be justified the case in which it takes into account particular qualifications of persons. As to this it seems fairly plausible that qualities of man become remarkable from the point of view of a code or of something which is modelled in the same way to the extent that they are remarkable at the quantitative level. The more this level becomes high, more easily one can speak of a *quasi-generality in fact* that makes acceptable the insertion of the relevant rules. This happened for merchants at the very outset of codification, when they deserved quite a code separate from the civil code. This happens today when the consumer, when not addressee of a code on his own, gets into what is to be a general code or something similar, breaking in the measure historically required the egalitarian logic of traditional codes¹².

The PECL are a concrete demonstration of this model: they have provided general rules on contract to be applied to general (not qualified) persons, at the same time dedicating special rules to relationships between merchants and to those between merchants and consumers. It is possible to verify this by illustrating some of the rules adopted by the European Commission on Contract Law. By this way we can discover the idea of contract underlying the Principles.

3. *The rules on Formation and the idea of contract. General rules and professionals contracts*

One can start by the first article on *Formation* of contract, the reporter of which was just Professor Lando. Art. 2:101 provides at para. 1 that “a contract is concluded if (a) the parties intended to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement, without any further requirement”. The first comment could be: plain freedom of contract, especially emphasized by the end of the provision: ‘without any further requirement’, put to signify the refusal of *cause* or *consideration* as obligatory requirements for the validity of contract¹². Art. 2:102 completes this which is a definition of contract through the description of formation, clarifying that “The intention ... to be legally bound is to be determined from the party’s declarations as they were reasonably understood by the other party”. No mere intention, then, but the declared intention, the declaration being the only means by which each party can understand what the other shows to want.

Classic contract law, one could say. But something can be added. First of all, if a definition is to be supplied, this can only grasp the essential basis of a phenomenon, which in turn can be seen as the point of departure making sure the possibility of arranging itself on the way. So the idea of contract stemming from art. 2:101. para. 1 is to be adjusted

12. It seems that nowadays inside the codes themselves can coexist to a certain extent the two tendencies. F. WIEACKER, *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M. 1974, p. 42 f., considers proper to contemporary societies: “einmal eine Tendenz zur Typisierung der wirtschaftliche und rechtlichen Abläufe; andererseits die Tendenz zur Differenzierung und Anpassung des Verhaltens an die Besonderheiten der Lage”.

13. The same choice has been made by the UNIDROIT *Principles of international commercial contracts*, Rome 1994, although the corresponding rule, art. 3.2, is dictated on the subject of validity.

according to the other features singled out by the rest of the rules. Secondly, in order to confirm that this is the attitude taken by the Principles, it must be noticed that what we have reported is not a formal definition, but the indication of the elements necessary to conclude a contract. This means that Principles did not want to take the risk of a proper definition, just because this must be drawn from the rules in the whole rather than be furnished at the very outset, when all is to be verified on the merits of the rules.

What results from para. 1 is the most easily occurring model of contract, consequently settled as the general one: which is as to say that it can be modified in particular situations where another model can occur. One can think of a contract whose content is to be found in general conditions, regarding to which what constitutes the sufficient agreement required by art. 2:101, para. 1, (b) – i.e. what is strictly necessary in order to talk of an agreement, as art. 2:103, para. 1 clarifies – is determined in a way different from that proper to contracts concluded through offer and acceptance. This can be seen as the reason why immediately after art. 2:104 provides about contracts with not individually negotiated terms: (1) “Contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party who did not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party’s attention before or when the contract was concluded”. The rule in part is conform to the model already proved by art. 1341, para. 1 of the Italian civil code, with confirmation of the idea that a codification work nowadays cannot escape the necessity of having some rules less general than those applicable to anyone in any case and that this happens whenever the so to say particular rule has attained at quantitative level a so high degree of perspective application that makes it similar to a general one.

But the rule of Principles (art. 2:104) deserves some more attention because it represents in the best way the point of intersection between the role proper to a body of general rules on contracts and the peculiarity of such rules when they are embodied in a text regarding the law of contract in today’s Europe. Indeed unlike art. 1341 of the Italian civil code, art. 2:104 PECL doesn’t refer properly and directly to general conditions but to not individually negotiated terms, which is a more general category, although in fact normally there is coincidence of both, as it is taken by the directive 93/13 mentioning at art. 3.2 that the phenomenon happens “particularly in the context of a pre-formulated standard contract”. No doubt that in referring to not individually ne-

gotiated terms the European Commission on contract law has followed the example of directive 93/13 on unfair contract terms. But the model is adapted to a more general level. The directive concerns contracts concluded with a consumer by a professional seller or supplier, whereas art. 2:104 PECL does not take this peculiarity. The same must be said about art. 4:110, regulating unfair contract terms not individually negotiated and providing the avoidability of such terms “if, contrary to the requirements of good faith, (they) cause a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract”. Again the model of directive 93/13 is followed in the wording itself, although technically there is a difference between being avoidable and not being binding as art. 6 of the directive provides; still the level of generality is different because the application of the rule doesn’t presuppose a relationship between a professional supplier and a consumer. Similarly it must be said about art. 5:103 encompassing the *contra proferentem* rule.

The result is that these rules can be applied to all contracts whose terms be not individually negotiated, in particular to commercial contracts as well as to contracts whose parties are not professionals. The further implication is that rules originally conceived as *status* rules, through the Principles become true general rules in the sense of codification but with the peculiarity that the terms of contract are pre-formulated. By this way the PECL prove to conceive themselves as the point of reference of the whole law of contracts¹⁴ already regulated by various and not always consistent European texts, with a relationship with these akin to that observable between national codes and special statutes in the particular law systems.

Something different is to be said for the case in which general conditions are considered per se as happens in art. 2:209, dedicated to *conflicting general conditions*. Here we have a rule properly formulated for merchants. No other persons indeed can “formulate in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature” contract terms which consequently are to be defined ‘general conditions’ as the same article at para. 3 takes care of saying. The rule derives from the experience of commercial transactions and from the so called ‘battle of forms’. The substantive rule the article adopts is that both “general

14. “The Principles do not intend to apply exclusively to international transactions. The articles provided are general principles of contract law” (LANDO, *Principles, A First Step* cit., p. 196).

conditions form part of the contract to the extent that they are *common in substance*". Clearly the last formula with its smoothness gives up the strict coincidence between offer and acceptance claimed by the classical idea of contract as agreement. Indeed theoretically consent and agreement imply a complete adherence of two intentions with the result of a unique intent *participated* by the *parties*. That two declarations being common in substance can give rise to a contract implies on the contrary that a contract comes to existence although they not be completely coincident.

The formula, at the same time indicates the limits of this possibility of difference. But this transforms a question of pure verification of identity into one of evaluation about what can be seen as substantial or not which has to be common in two texts of general conditions. In these terms the agreement itself is no more the result of a *in idem placitum consensus* but function of the interpretation about what is to be considered essential or not according to the intention of the parties. One could see in this a disinhibited idea of contract by which not the parties, whose consent the law takes into account, but the law itself makes contracts, dictating the criteria of existence of contract outside a true common intention: this one, taken seriously, would lead indeed to an outcome completely different from that envisaged by the rule. This result could appear in particular a corollary of being art. 2:209 specifically provided for commercial parties, finding a confirmation in the UNIDROIT Principles, whose art. 2.22 entails a similar rule on battle of forms: those by UNIDROIT are indeed Principles of international commercial contracts. The implication, though, is not definitely true because in the PECL it is possible to find some other rule not specifically regarding professional relationships and in spite of that characterized by an attitude which can be said to be similar.

This is the case of art. 2:208 PECL regulating in general, without reference to professionals, the *modified acceptance*, something which in the wording itself could appear contradictory. Acceptance as adherence to other's intention cannot be at the same time modification or at least attempt of modification. On the contrary, art. 2:208, para. 1 provides that "a reply by the offeree which states or implies additional or different terms ...is a rejection and a new offer (only if they) materially alter the terms of the offer". So in case they "do not materially alter the terms of the offer, the additional or different terms become part of the contract" (para. 2), unless the offeror makes clear his intention against additional or different terms (para. 3).

Solutions like those adopted in arts. 2:208 and 2:209 are typical formulae of *weak law*, as we have called this in Italy, intending a law no more able to impose precise and sharp lines to facts in order to fix once and for all definite law effects. It is clear indeed that if the features of facts as described by rules are not precise since the outset, the consequences in law remain uncertain until a concrete definition is given by the one authorized by the law itself to add what is needed in the still unclear or incomplete rule. This is true whether one intends the concept of terms materially altering the offer *stricto sensu* or on the contrary in a very large one. The choice against the *mirror image rule* creates an interval between the conclusion of the contract and the moment at which it becomes certain that it has been concluded and the parties are legally bound.

What is sensible from our point of view is that rules like art. 2:208 regard not exclusively professionals; they are dictated for the formation of contract and moreover for contract in general and so are applicable to all kind of people without any *status* qualification. This makes the difference from the UNIDROIT Principles, devoted, as it is well known, only to commercial contracts¹⁵, although having the PECL and the UNIDROIT Principles elaborated fast at the same time, and the identity of many members of the two groups, came to the effect of many rules being identical in substance. Of course some more or less significant difference can be noticed on the merits. So as to art. 2:208 PECL, it can be pointed out that it is quite sharper than the corresponding rule, art. 2.11, of UNIDROIT. Whereas the latter starts by saying that “a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer”, with a confirmation in principle of the traditional rule that divergence in what intends to be an acceptance is a new offer (so e.g. art. 1326, 5 Italian c.c.¹⁶), art. 2:208 PECL as matter of principle affirms at the outset the idea that only

15. Although with M.J. BONELL, *An International Restatement of Contracts Law*, Irvington, N.Y. 1994, p. 32, it must be noticed that as to the UNIDROIT Principles “the restriction to ‘commercial’ contracts ... is not intended to take over the distinction traditionally made in some legal systems between ‘civil’ and ‘commercial’ parties and/or transactions ... The idea is rather that of excluding from the scope of UNIDROIT Principles the so-called ‘consumer transactions’.”

16. Still corresponding to the main idea on the point of the Italian courts and authors (see A: BELLELLI, *Il principio de conformità tra proposta e accettazione*, Padova 1992, pp. 29 ff., 112).

terms materially altering those of the offer amount to “a rejection and a new offer”.

Following the original inspiration of the PECL, notwithstanding what has been becoming the more general scope of them, still some rule continues to be referred exclusively to professionals. Art. 2:210, whose heading sounds *Professional's written confirmation*, is dedicated to contract concluded by professionals: if it is not embodied in a final document and one of the parties “without delay sends the other a writing which purports to be a confirmation of the contract but which contains additional or different terms, such terms will become part of the contract unless (a) the terms materially alter the terms of the contract or (b) the recipient objects to them without delay”. The rule sounds, even in the wording, like art. 2:208 on modified acceptance; whereas the last one is a general rule, art.2:210 regards only professionals.

Other rules can be deemed to be conceived with reference to professionals although formulated as general rules: it is the case of art. 2:302 on *breach of confidentiality* and art. 2:105 on *merger clause*. The objective result of a similar model of rules is that although having in mind the merchants, the PECL by more general rules displace a regulation originally flourished for *status* people into a text for people without qualities. In these terms the difference between UNIDROIT Principles and the PECL is that between a commercial and a civil codification. As happened in other historical situations, principles earlier adopted in commercial law become at the end principles of all private law. Exemplaries in this sense are the Swiss code of obligations and the Italian civil code, followed recently by the Dutch civil code of 1992¹⁷, compounding in a unique regulation professionals and not, commercial and civil rules.

4. *The PECL and the consumer*

But in the meanwhile that of consumer has become the most general among the other *status*, claiming to a particular regulation like that the merchants have had since some centuries before so that one could observe that if the Principles take into account professionals as addressees

17. Cfr. E. HONDIUS, *Das neue niederländische Zivilgesetzbuch*, in (191) Arch. f. d. civ. Pr. 1991, p. 378 ff; A. HARTKAMP, *Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht*, in Rabels Zeitschr. 1993 (57), p. 664 ff.

of particular rules, in the same way this has to happen for consumers. Moreover, having said before that the need for a general regulation of contracts and obligations is peculiarly generated *inter alia* by the numerous directives envisaging the protection of consumers, it would be necessary that the PECL indicate a kind of connection with all this stuff of rules giving them the necessary coordination just by providing some general principle.

Perhaps something more about consumers could have been provided by the Principles. I think, e.g., of the first article on *Formation*, art. 2:101, whose para. 2 provides “These Principles do not require a contract to be concluded or evidenced in writing”, setting down the principle of freedom of form which in many instances the directives legislation has overcome through the principle of written form just in order to protect consumers¹⁸. Apart from this the Principles, as already said, have taken into account the consumer and his protection in the above mentioned rules about not individually negotiated terms which, although not expressly limited to consumer contracts, have been introduced in the Principles having in mind just consumer protection.

But once this said, one must add that if the Principles are not to be only rules on merchants, they are for the same reason not to be rules on consumers only. Indeed it has been suggested that if the Principles want to have some chance of succeeding, they must choose consumer protection as a field in which, European directives having shown the Community trend on this subject, a European codification could be more easily accepted¹⁹. In my opinion this would be the failure of the project regarding the Principles. The question was and still is whether a sort of European codification is needed or not, at least whether it is suitable or not. One can answer negatively on this. But if the answer is positive, to limit the legislative intervention to the consumer would be inconsistent. The point of departure for a body of rules like the PECL, we must recall it, was the need of a *corpus* of general and coherent rules for regulative texts which, like the European directives, are *per definitionem* sectorial and incomplete. On the other hand substantive rules regarding contract and obligation, validity and performance, interpretation and non-performance make sense just in order to escape national

18. See e.g. the directives on Consumer credit, n. 87/102 and on Package tours, n. 90/314.

19. This idea was submitted by prof. P. Schlechtriem in a seminar on the Principles of European contracts law held in Florence on May 10th 1997 at the Institute of comparative Law.

Carlo Castronovo

rules to which otherwise one gets in, with the result of many legal orders with different concepts and more or less divergent rules.

A consumer code can make sense only with a civil code which it refers to like to a fund from where to draw concepts, meanings and fundamental effects: e.g. when a contract is concluded, does it need to be in writing or not, how is it to be interpreted, which is the relationship between content and effects and so on. If the codification is not able to afford this, it risks to be only an amplification of a series of peculiarities, a contradiction in itself. If, as we have seen, a new idea of code has come to light, mediating between generality and peculiarities, a *status* code only characterized in the latter sense ends up in a contradiction on the theoretical and on the practical level. As to the first because, as we all know, the idea of codification is at the same time the overcoming of peculiarities of *status*. As to the second because only by mediating between particular and general profiles a code can add something to the otherwise sufficiently useful island-legislation. A true codification creates a self-referential system, which on the contrary is not proper to singular statutes although preoccupied of some generality (e.g., consumer contracts or liability for services). If the objective is that of self-reference in order to avoid a lot of references (to the various national legal systems), then a true code has to be enacted.

5. *Codification and counter-arguments*

The PECL have no claims to being such a code, for as a matter of fact various and serious are at the present time the difficulties²⁰ even of speaking of a European code, though only dedicated to contracts and obligations. The PECL are a proposal, a serious attempt to indicate the possible way of interpreting and to put into concrete form the idea of code. They demonstrate that a common basis could be and has been discovered indeed to make possible an encounter among different systems of civil law, common law and nordic law. Having in mind what the Principles represent from this point of view nobody will be any more able to say that the idea of codification is impracticable.

The PECL also are something which exists already, with an added force of persuasion by comparison with a mere project. The meaning of this is that they change the perspective for each observer, politician

20. They have been pointed out by MENGONI, *L'Europa dei codici*, cit.

law practitioner or legal scholar. Whilst in a perspective of something yet to be done the response can be skeptical about the concrete possibility of modifying the legislative *status quo*, once the thing done, anybody can easily see that even a rule new or external to his own tradition can be rational and useful and therefore acceptable. A solution borrowed from one or another legal system, which could appear unusual and even strange from the point of view of a single national legal system can sound very differently and also acceptable if the point of view is that of a rule proposed to be adopted as a common one. Another consideration to add is that some rule of the PECL which can appear harsh and difficult to accept from a national point of view has already appeared in texts of uniform law like, in particular, the Vienna Convention on international sale of goods of 11 april 1980. This seems to demonstrate that in an international context it appears easier to introduce rules which from the point of view of a single national law system still can be considered alien or inopportune. In this perspective the great contribution the Principles participate to provide is that of making us understand that the question is no more one of giving up each national legal tradition, rather that of formulating something which permits it to continue with the portion of novelty necessary to cooperate with other legal traditions worthy of being pursued for the same reasons. Besides, if something is to be given up, it is a true tribute to an ancient and new identity: the European one²¹.

The alternative to a European codification is that always put forward to maintain the *status quo*. But the arguments can be easily reversed. The first one is just the difference among all national legal systems: to which one can answer that this is the reason why something like a codification has to be done. On the other hand it is affirmed that a common law of Europe already exists, although nowhere it is a set of applied rules, so that it can only be said a virtual law²². Of course the law is not only 'legislation', but if the situation nowadays is that no judge in whatsoever European member State has a truly common rule to apply, then one could even say that what is only a common cultural legal basis has not yet accomplished its real task, that of arriving to a common set of rules. As to this it appears very odd to argue that a codification would signify a petrification or a freezing of the law in a time which is so lively and subject to rapid changes. Had this been taken se-

21. DROBNIG, *Vertragsrecht*, cit., p. 1148.

22. H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen 1996, p. VI.

riously in any time a code has been made, there would be no codification at all anywhere. It is the old argument that a codification may only be thought of when the time arrives in which all is finally mature and complete to be embodied in a sacred text. What is true is that waiting for such a time is like waiting for Godot. It is the same attitude Savigny²³ had in general with regard to the codification idea and in particular to the *Code civil*, happily already enacted when he did his criticism. It is a recurring illusion of juridical science to conceive a code as a *monumentum aere perennius*. This also explains the preoccupation above mentioned about the petrifying of the law as a consequence of codification, which implies the idea that, once made, a code imposes a respect preventing any more change.

We said before that the concept of code itself has changed. Now we can add that this attitude as to a code considered like a final point belongs to the ancient idea of code and codification supported by a different experience, that of a time more inclined to stability than that we are used to. It must take much time to have a code, a good code, as the last example of the Dutch civil code demonstrates. But this doesn't mean that once a code done legal science and judicature stop thinking, leaving the law at the point where the legislator put it.

The very question then, is not that of waiting for a time of perfection in which to begin the work, rather that of beginning it in the best way. The Principles of European contract law are a clear example of this commencement. At the same time surely they accelerate the formation of that common set of conceptual tools necessary to make a true code on contract and obligations without waiting for a really united Europe; on the contrary, conceiving such a code like a decisive path to this result.

23. F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, pp. 25 (where, in a way which reminds of Giambattista Vico's *La Scienza nuova* (especially on book IV, "about the evolution of nations") he talks of three ages of nations, no one of them being truly apt to the codification task), 57 ff.

Hvad mener de dog? (Om læsning af EF-domstolens afgørelser)

Professor Ole Due, Københavns Universitet

I. *Indledning*

Nordiske jurister får i stadig større omfang brug for at studere EF-domstolens retspraksis. Men de finder ofte denne domstols afgørelser vanskelige at læse. Det er der flere grunde til. En grund er naturligvis, at selve det retssystem, som afgørelserne vedrører, på væsentlige punkter adskiller sig fra de nationale retssystemer, som disse jurister er vant til at arbejde med. Men andre årsager kan findes i EF-domstolens kompetence, i de regler og den praksis, den følger i sin procedure, og i de tolkningsmetoder, den anvender. Det er disse andre årsager, jeg vil beskæftige mig med i det følgende. I afsnit II vil jeg gå nærmere ind på de specielle forhold vedrørende Domstolen, som har indflydelse på udformningen af dens afgørelser. I afsnit III giver jeg nogle generelle anvisninger til brug ved læsningen af disse afgørelser, og afsnit IV indeholder eksempler på domselementer, der kan forklares ud fra de specielle forhold, som omtales i afsnit II. Jeg advarer mod de misforståelser, som disse elementer kan give anledning til, men søger samtidigt at vise, at nogle af dem kan hjælpe læseren til at vurdere den pågældende afgørelses værdi som præjudikat.

Jeg vil begrænse mig til afgørelser fra EF-domstolen selv. I 1989 blev der ganske vist oprettet en Ret i Første Instans. Dens afgørelser er imidlertid væsentligt lettere at læse for nordiske jurister. Dels ligner de sagstyper, som denne ret behandler, i højere grad dem, man kender fra ordinære nationale domstole. Dels har retten hidtil lagt vægt på at afatte meget grundige domspræmisser, der bl.a. indeholder en nøje gengivelse af parternes argumenter og en omhyggelig stillingtagen til dem – et forhold, som undertiden resulterer i meget lange domme, men til gengæld letter dommenes forståelse.

Jeg vil endvidere begrænse mig til afgørelser inden for EF-traktatens område. Kul- og Ståltraktaten og (i mindre omfang) Euratomtraktaten har deres egne særegenheder, men deres betydning i det praktiske rets-

Ole Due

liv er ringe bortset fra perioder, hvor en af disse sektorer befinder sig i en akut krise.

Når jeg bruger ordet "Domstolen", sigter jeg derfor til EF-domstolen, ligesom jeg med ordet "Traktaten" alene tænker på EF-traktaten.

II. *Særlige forhold vedrørende domstolen, der har indflydelse på udformningen af dens afgørelser*

A. *Domstolens kompetence*

Domstolen har jo – lige så lidt som de øvrige EF-institutioner – nogen generel kompetence. Den kan kun behandle sager af en type, som traktatens kompetencebestemmelser henlægger til Domstolen. Allerede en gennemgang af disse bestemmelser viser, at Domstolen først og fremmest beskæftiger sig med fortolkning af EF-reglerne og fastlæggelse af almindelige retsprincipper med henblik på at sikre en ensartet anvendelse af EF-retten i hele Fællesskabet. At Domstolen således – i modsætning til de fleste nationale domstole – overvejende beskæftiger sig med jus og ikke med faktum, gælder i endnu højere grad efter oprettelsen af Retten i Første Instans.

1. *Direkte søgsmål*

De vigtigste sagstyper, der kan indbringes direkte for Domstolen eller for Retten i Første Instans, er sager om traktatkrænkelser, annullations- og passivitetssøgsmål og sager om erstatningskrav mod Fællesskabet.

a. *Sager om traktatkrænkelser*

Hvad enten en sådan sag indbringes af Kommissionen (Traktatens art. 169) eller – helt undtagelsesvist – af en anden medlemsstat (art. 170), spiller faktum sjældent nogen større rolle. Det samme gælder tolkningen af nationale bestemmelser. Sagens hovedspørgsmål vil normalt vedrøre omfanget af medlemsstaternes forpligtelser i henhold til EF-retten, altså tolkningen af dennes regler eller fastlæggelsen af dens generelle principper.

Efter de gældende regler (Rådsafg. 88/591 af 24.10.1988 som ændret ved Rafg. 93/350 og Rafg. 94/149) behandles alle sager om traktatkrænkelser af Domstolen alene, selv om Traktaten (art. 168a), således som den blev ændret ved Maastrichttraktaten, indeholder hjemmel for Rådet til, enstemmigt og efter forslag fra Domstolen, at overføre dette sagsområde til Retten i Første Instans.

b. Annullations-, passivitetssøgsmål og erstatningssøgsmål

Annullations- og passivitetssøgsmål kan indbringes af en medlemsstat eller af en anden EF-institution end den, søgsmålet rettes imod (art. 173, stk. 1, og art. 175, stk. 1). Sådanne søgsmål kan imidlertid også rejses af andre (i Traktatens sprogbrug "fysiske og juridiske personer", jf. art. 173, stk. 4, og art. 175, stk. 3). Disse andre mulige sagsøgere har imidlertid kun en begrænset søgsmålsret, der i praksis helt overvejende gælder forvaltningsbeslutninger truffet af Europakommissionen. Sådanne sager minder om dem, der i de stater, hvor der findes særlige forvaltningsdomstole (f.eks. Sverige og Finland), henhører under disse domstole. Disse sager rejser som hovedregel både faktiske og retlige problemer.

Sager om erstatningskrav mod Fællesskabet rejses i praksis kun af fysiske eller juridiske personer. Der er alene tale om erstatningskrav uden for kontraktforhold, som hovedregel vedrørende erstatning for tab forårsaget af EF-lovgivning. Også disse sager rejser spørgsmål af både faktisk og retlig art.

Efter de gældende regler behandles alle sager inden for de tre nævnte sagsgrupper nu (siden 1994) af Retten i Første Instans, hvis de indbringes af fysiske eller juridiske personer. Rettens afgørelse kan appelleres til Domstolen, men kun for såvidt angår retsspørgsmål (art. 168a). Denne ændring af sagsfordelingen har fritaget Domstolen for de sagsgrupper, som hyppigst frembyder faktiske problemer.

2. Præjudicielle sager

Efter overførslen til Retten i Første Instans af direkte søgsmål, der indbringes af fysiske eller juridiske personer (herunder også de forholdsvis talrige, men lidet belastende funktionærsager efter art. 179 og de ret sjældne sager, der indbringes i henhold til en voldgiftsklausul i Fællesskabets offentlig- eller privatretlige aftaler, jf. art. 181) udgør de præjudicielle sager langt den største sagsgruppe for Domstolen. Traktatens art. 168a giver ingen hjemmel til at overføre sådanne sager til Retten i Første Instans.

Ifølge art. 177 vedrører præjudicielle sager enten fortolkningen af EF-retten eller gyldigheden af en EF-retsakt. Bestemmelsen bygger på en arbejdsdeling mellem den nationale domstol, der stiller spørgsmålet, og EF-domstolen, som besvarer det. Det er den nationale domstol alene, der fastlægger faktum i den nationale sag, og som fortolker de evt. relevante nationale regler. Når EF-domstolen har besvaret det EF-retlige fortolknings- eller gyldighedsspørgsmål, er det også den nationale

Ole Due

domstol, der anvender ikke blot de nationale regler, men også EF-retten, som denne fremgår af svaret, på faktum i den konkrete nationale sag. Dette betyder dog ikke, at den nationalretlige sammenhæng er uden interesse for EF-domstolen. I de senere år har Domstolen i stigende grad afvist præjudicielle spørgsmål, fordi den nationale domstol ikke havde gengivet faktum eller relevante nationale regler på en sådan måde, at Domstolen kunne forstå det stillede spørgsmåls betydning for afgørelsen af den nationale sag. Denne praksis hænger til dels sammen med, at Domstolen ikke føler sig bundet af de præjudicielle spørgsmåls formulering. Der er tale om en dialog mellem den nationale domstol og EF-domstolen, og denne ser det som sin opgave at give netop de svar, som den nationale domstol vil få brug for, når den verserende nationale sag skal afgøres.

Efter sagens natur er et fortolkningsspørgsmål af retlig karakter. Derimod kan et gyldighedsspørgsmål gøre det nødvendigt for Domstolen at inddrage faktiske forhold i sin vurdering. Den væsentligste opgave for Domstolen i en sådan sag vil dog altid være af retlig art og bestå i en fortolkning af den overordnede EF-regel eller en fastlæggelse af det retsprincip, der påberåbes som grundlag for tvivlen om den omstridte EF-regels gyldighed.

3. Konklusion

Denne korte gennemgang af Domstolens kompetence er tilstrækkelig til at bekræfte, at Domstolens helt overvejende opgave er at fortolke EF-retten og at fastlægge denne rets almindelige principper. En Domstol, der således i det væsentlige dømmer i jus og ikke i faktum, vil helt naturligt ved affattelsen af sine afgørelser anvende en stil og en argumentationsteknik, der afviger fra afgørelser truffet af de fleste nationale domstole.

B. Procedureregler og -praksis

1. Sagsforberedelsen og den skriftlige procedure

Hvis det valgte processprog er et andet end fransk, oversættes procesdokumenterne til fransk, som altid har været Domstolens interne arbejdsprog. Er der tale om en præjudiciel sag, oversættes den nationale domstols forelæggelsesbeslutning dog til samtlige andre EF-sprog og fremsendes til alle medlemsstater samt til Kommissionen og eventuelle andre interesserede EF-institutioner.

Snarest muligt efter sagens indgang udpeger Domstolens præsident en refererende dommer, og den generaladvokat, som det pågældende år

er valgt til "ledende generaladvokat", udpeger en generaladvokat. Til sammen har disse to medlemmer ansvaret for sagens forberedelse.

Skriftvekslingen i direkte sager foregår på samme måde som i nationale sager. I appelsager har parterne dog kun ret til at udveksle hver ét processkrift, medmindre præsidenten tillader en yderligere runde.

I præjudicielle sager har parterne i den nationale sag, medlemsstaterne og de EF-institutioner, som har fået tilsendt forelæggelsesbeslutningen, ret til inden to måneder at fremsætte deres bemærkninger.

Ved EF-domstolen ligger hovedvægten klart på den skriftlige procedure. Den mundtlige procedure er kort og kan efter regler, der varierer efter sagstypen, helt undlades ved beslutning fra Domstolen, hvis de, som har ret til at deltage, ikke protesterer herimod.

Efter skriftvekslingens ophør forelægger den refererende dommer sagen på det ugentlige almindelige møde, hvor samtlige medlemmer deltager. Forelæggelsen sker på grundlag af en skriftlig foreløbig rapport, som generaladvokaten forinden har haft lejlighed til at kommentere. I rapporten redegør den refererende dommer ganske kort for sagen og stiller forslag om dens fortsatte behandling, herunder om sagen bør beholdes for plenum (fra 1995 i princippet 15 dommere) evt. det såkaldte "lille plenum" (nu 11 dommere) eller henvises til en afdeling med 5 eller 3 dommere.

Den refererende dommer kan f.eks. også foreslå, at sagen straks afvises ved begrundet kendelse, at mundtlig forhandling undlades, at der stilles skriftlige spørgsmål til supplerende af processkrifterne, eller at den mundtlige procedure søges koncentreret om særligt vigtige problemer. I tilfælde af uenighed træffes afgørelsen om sådanne forslag ved afstemning mellem alle medlemmer.

Ved siden af sin foreløbige rapport udarbejder den refererende dommer en anden og mere omfattende rapport, der resumerer skriftvekslingen, og som tilstilles dem, som har haft ret til at deltage i denne. Rapporten betegnes "Retsmøderapport" eller, hvis retsmøde undlades, simpelthen "Den refererende dommers rapport". Den udarbejdes på fransk og på processproget, hvis dette er et andet af EF-sprogene. Den fremsendes i tide til, at vedkommende kan foreslå ændringer inden retsmødet eller, hvis retsmøde undlades, inden generaladvokaten fremsætter sit forslag til afgørelse. Det må forventes, at de fleste af de i afgørelsen deltagende dommere kun kender skriftvekslingen fra denne rapport.

Ole Due

2. Den mundtlige procedure

Som nævnt er den mundtlige procedure kort. Uden forudgående tilladelse må ingen part tale i mere end en halv time. Hertil lægges dog den tid, der medgår til besvarelse af Domstolens evt. mundtlige spørgsmål. Denne dialog mellem Domstolen og de fremmødte advokater er ofte det væsentligste udbytte af retsmødet.

Under retsmødet er der simultantolkning, således at de, der ikke forstår processproget, kan følge advokaternes procesindlæg, og at Domstolens medlemmer om nødvendigt kan stille spørgsmål på deres eget sprog.

Når retsmødet hæves, er den mundtlige procedure dog i princippet kun afsluttet, hvis generaladvokaten fremsætter sit forslag til afgørelse på stedet. Som hovedregel går der endnu fire–seks uger, inden generaladvokaten fremsætter sit forslag under et nyt offentligt retsmøde. Forslaget fremsættes på generaladvokatens eget sprog, men med oversættelse til processproget og til fransk. Først derefter kan præsidenten eller afdelingsformanden erklære sagen optaget til dom.

3. Votering og dom

Efter generaladvokatens fremlæggelse af sit forslag til afgørelse, indledes voteringen af den refererende dommer, der enten foreslår at afvente et første udkast til dom fra hans hånd i samme retning som generaladvokatens forslag eller beder om en foreløbig diskussion, evt. på grundlag af en note om de punkter, hvor den refererende dommer er uenig med generaladvokaten. Udgangspunktet for voteringen er således på én gang generaladvokatens forslag og den refererende dommers synspunkter. Både den refererende dommers domsudkast og eventuelle voteringsnoter fra ham eller fra de andre deltagende dommere affattes på fransk, og drøftelserne foregår som altovervejende hovedregel på dette sprog.

I øvrigt foregår voteringen formløst under præsidentens eller afdelingsformandens ledelse. Dens forløb er bestemt af den kollegiale karakter af den kommende dom, der skal fremtræde som én afgørelse uden mulighed for dissens. Man søger derfor at opnå enighed eller størst muligt flertal både for domsresultatet og for domsmotiverne. Hvis resultatet får karakter af en flertalsafgørelse, deltager mindretallet fortsat i voteringen om den nærmere udformning af præmisserne. Selv om den refererende dommer kommer i mindretal, fortsætter han som refererende dommer og kan således blive anmodet om at fremlægge nye domsudkast.

På dette punkt af fremstillingen er der nok anledning til at aflive den myte, at der i Domstolen er faste konstellationer af dommere med fælles synspunkter, som muliggør en sikker forudsigtelse af deres stilling til en væsentlig del af sagerne. Det er en myte, der bygger på en analogi fra forholdene i nationale domstole som den amerikanske Højesteret, hvor dommerne er udvalgt under hensyn til deres politiske standpunkt. I EF-domstolen er det – ligesom i nordiske domstole – ikke muligt at inddele dommerne i grupper efter deres generelle synspunkter. Dommerne er individualister, og det er en af grundene til, at deltagelsen i dette kollegiale samarbejde er en spændende oplevelse. Det er formentlig også en af grundene til de gode personlige relationer mellem Domstolens medlemmer.

Det endelige domsudkast sendes i skriftlig cirkulation blandt dommerne i Domstolen eller afdelingen, inden det går til oversættelse. Er processproget et andet end fransk, vil en dommer med processproget som modersmål – om muligt en dommer, der har deltaget i sagens behandling – kontrollere oversættelsen til dette sprog. Siden første januar 1994 er dommen i langt de fleste tilfælde blevet oversat til samtlige EF-sprog inden domsafsigelsen, men det er versionen på processproget, der underskrives af samtlige deltagende dommere, såvidt muligt benyttes ved oplæsningen af domskonklusionen i det offentlige retsmøde og betragtes som den autentiske udgave af dommen.

Samtlige domme offentliggøres i Fællesskabets Domssamling. Den samtidige oversættelse til alle EF-sprog har givet mulighed for, at denne samling siden 1994 udkommer stort set samtidigt på alle sprogene – omkring 5 måneder efter den måned, hvori dommene er afsagt. Sammen med dommen offentliggøres generaladvokatens forslag til afgørelse i sagen.

4. Konklusion

At en domstol anvender 11 forskellige processprog, men kun ét internt arbejdssprog, kan naturligvis give anledning til sproglige misforståelser. Men med arbejdssproget følger også en juridisk sprogstil og juridiske begreber, som kan skabe vanskeligheder ved læsning af en oversættelse.

At den manglende mulighed for dissens medfører en tendens til at søge konsensus ikke blot med hensyn til domskonklusionen, men også ved udformningen af dommens præmisser, skaber naturligvis større kontinuitet i retspraksis, men kan også skabe vanskeligheder ved læsningen af den enkelte dom.

C. Domstolens tolkningsmetoder og retsskabende virksomhed

I Common Law landene spiller dommerskabt ret stadig en betydelig rolle. Til gengæld er der en tradition for, at angelsaksiske domstole holder sig tæt til lovteksten, når en sådan findes. Derfor vil man ofte se engelske jurister kritisere EF-domstolen for i sin tolkning at lægge for lidt vægt på ordlyden. Også for Domstolen danner teksten naturligvis udgangspunktet for enhver tolkning. Men både Traktaten og de generelle retsakter er autentiske på 11 forskellige sprog, og visse meningsforskydninger er derfor uundgåelige. Da udarbejdelsen af traktatteksten og i vidt omfang også vedtagelsen af generelle retsakter er resultat af en søgen efter konsensus, kan teksten endvidere være udtryk for et kompromis, der ikke forstås på helt samme måde af alle deltagerne. Derfor er en ren tekstuel tolkning langt mere usikker i EF-retten end i national ret og kan vanskeligt stå alene.

Hvor en sproglig tolkning af lovteksten ikke strækker til, benytter domstolene i de nordiske lande især den såkaldte "historiske metode", dvs. at der søges bistand i lovens forarbejder.

De eksisterende forarbejder til Traktaten er beskedne og kun delvis offentligt tilgængelige. Forarbejderne til EF-retsakterne er – bortset fra Kommissionens oprindelige forslag og behandlingen i Europaparlamentet – ikke offentligt tilgængelige. I øvrigt er det Domstolens principielle opfattelse, at borgernes retssikkerhed tilsiger, at hensigter, der alene har fundet udtryk i forarbejder, men ikke i den endelige tekst, ikke bør tillægges selvstændig betydning. De kan højst bekræfte en fortolkning, der allerede har støtte i teksten.

På denne baggrund er Domstolen ofte henvist til at tolke bestemmelserne i deres sammenhæng (konteksten) og under hensyn til deres formål, således som disse har fundet udtryk i præambelen til retsakten og i de indledende bestemmelser i traktaten (teleologisk tolkning). Endvidere er Domstolens tolkning dynamisk i den forstand, at der tages hensyn til den samfundsmæssige udvikling på området siden bestemmelsens vedtagelse – især for Traktatens vedkommende. Dette sidste er ikke væsentligt forskelligt fra den metode, som nationale domstole anvender ved tolkningen af bestemmelser i forfatninger, der – ligesom Traktaten – er vanskelige at ændre.

Traktaten indeholder kun i ringe omfang bestemmelser, der fastlægger de almindelige retsprincipper, herunder de grundrettigheder, som i nationalstaten skaber det faste grundlag for domstolenes virksomhed både ved tolkning og anvendelse af lovgivningen og ved bedømmelsen af gyldigheden af dens regler. Sådanne retsprincipper må derfor nød-

vendigvis fastlægges gennem Domstolens praksis. Herved får Domstolen en væsentligt videre retsskabende virksomhed end nationale domstole i almindelighed.

Begge de nævnte forhold, Domstolens tolkningsmetoder og dens væsentlige retsskabende virksomhed, får naturligvis betydning både for den sprogstil, den benytter ved affattelsen af sine afgørelser, og for systematik og udformning af domspræmisserne. Også dette kan skabe forståelsesvanskeligheder for nordiske jurister.

III. *Generelt om studiet af domstolens afgørelser*

A. *Hvad man bør læse*

1. *Dommen*

Som nævnt nedenfor under afsnit IV A 3 benytter Domstolen sig normalt af en knap – undertiden lakonisk – stil ved affattelsen af sine afgørelser. Der er derfor en formodning for, at alle punkter i dommen har betydning. Selv om Domstolen i præjudicielle sager hverken tager stilling til faktum i den nationale sag eller til forståelsen af national ret, indeholder de præjudicielle afgørelser altid en kort beskrivelse af disse omstændigheder, som den normalt henter fra den nationale dommers forelæggelsesbeslutning. Også denne beskrivelse kan have betydning for forståelsen af Domstolens afgørelse, herunder dens værdi som præjudikat. Det er derfor nødvendigt at læse *dommen i dens helhed*.

2. *Generaladvokatens forslag*

Det er ofte klogt – og i visse tilfælde nødvendigt – at sammenligne dommen med generaladvokatens forslag til afgørelse.

I nyere domme henvises der undertiden udtrykkeligt til en argumentation i dette forslag, f.eks. i præmis 110 i Bosman-dommen (Sag C-415/93, Domssamlingen 1995 I-4921). Men også i andre tilfælde kan en sammenligning være nødvendig for fuldt ud at forstå dommen. Som eksempel kan nævnes Kalanke-dommen (Sag C-450/93, Domssamlingen 1995 I-3051), hvor den nationale sag vedrørte en lov i forbundslandet Bremen, der bl.a. fastsatte, at kvindelige ansøgere til stillinger i det offentlige, der var lige så kvalificerede som den bedst kvalificerede mandlige ansøger, skulle foretrækkes, så længe kvinder var underrepræsenterede i den pågældende personalegruppe. Det havde hidtil været almindeligt antaget, at art. 2, stk. 4, i EF-direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn bl.a. til adgang til beskæftigelse

Ole Due

og til forfremmelse gav en sådan mulighed for positiv særbehandling af kvinder. EF-domstolen foretog imidlertid en begrænsende fortolkning af denne bestemmelse, som måtte medføre, at den pågældende lovregel var i strid med direktivet. Domstolen anførte i det væsentlige to begrundelser for denne fortolkning. For det første fastslog den, at en absolut og ubetinget fortrinsstilling for kvinder gik videre end forudsat i bestemmelsen, der som en undtagelsesregel fra det generelle ligebehandlingskrav måtte fortolkes snævert. Denne begrundelse er umiddelbart forståelig som en anvendelse af det almindelige proportionalitetsprincip. Men Domstolen tilføjede for det andet, at en ordning som den, loven i Bremen havde indført, erstattede de lige muligheder for mænd og kvinder, som direktivets art. 2, stk. 4, tillod medlemsstaterne at fremme, med det resultat, som kun virkeliggørelsen af sådanne lige muligheder kunne føre til. Denne sibyllinske formulering kan kun forstås, når man sammenligner den med generaladvokatens forslag, der indeholder en nærmere forklaring af den sontring, som dommen kun antyder.

Men en sammenligning med generaladvokatens forslag kan også være særdeles nyttig i andre tilfælde. Måske har generaladvokaten lagt vægt på argumenter, som Domstolen slet ikke nævner. Det viser i hvert fald, at disse argumenter ikke har gjort indtryk på Domstolen. Under alle omstændigheder indeholder generaladvokatens forslag en grundig gennemgang af tidligere praksis på området, som også kan have betydning for forståelsen af dommen.

3. Retsmøderapporten

Dette dokument har haft en omskiftelig skæbne. Oprindeligt indsattes det i en stort set uændret skikkelse forrest i selve dommen som en udvidet sagsfremstilling, hvilket ofte gav anledning til delvise gentagelser i præmisserne. I 1985 begyndte man derfor at udelade denne del af dommen ved offentliggørelsen i Domssamlingen. Efter protester fra enkelte medlemsstater genoptog man fra retsåret 1986-87 offentliggørelsen af retsmøderapporten, men nu som et selvstændigt dokument. Fra 1. januar 1994 findes rapporten kun på fransk og på processproget. Derfor offentliggøres den ikke længere, men kan fås ved henvendelse i Domstolens justitssekretariat.

Retsmøderapporten er – og har altid været – den refererende dommers egen rapport om sagen. Han bestemmer dens udformning og bærer det fulde ansvar for den. Selv da den i sin tid blev optaget i dommen i stort set uændret skikkelse, blev den ikke genstand for en egentlig vo-

tering. Hvis man blot husker dette, kan en gennemlæsning af rapporten have betydning for forståelsen af afgørelsen i den pågældende sag. Den kan f.eks. indeholde oplysninger om faktum eller gengivelse af argumenter, som hverken er omtalt i generaladvokatens forslag eller i domspræmisserne. Hvis det er tilfældet, kan man i hvert fald gå ud fra, at Domstolens medlemmer ikke har tillagt disse faktiske omstændigheder og disse argumenter nogen betydning for domskonklusionen. Og allerede det kan jo være et bidrag til forståelse af afgørelsen.

B. Hvad man bør lægge mærke til

1. *Processproget*, som er angivet i en fodnote på dommens første side, bestemmer, hvilken sproglig version af dommen, der er autentisk, og som har været kontrolleret af en dommer. Denne version skulle derfor udgøre et fuldt så godt udgangspunkt for dommens forståelse som den franske version. Forslaget til afgørelse er derimod autentisk på generaladvokatens eget sprog, som ligeledes er angivet i en fodnote på forslagens første side.

2. *Sammensætningen af Domstolen ved sagens afgørelse*, der fremgår af indledningen til dommen, kan give et fingerpeg om den betydning, Domstolen har tillagt sagen. Hvis en sag er blevet henvist til en afdeling med kun tre dommere, har Domstolen forventet, at den kunne afgøres på grundlag af hidtidig fast praksis. Er sagen afgjort af det fulde plenum (i dag 15, ved forfald 13 dommere) viser det, at sagen er blevet tillagt stor principiel betydning. Anvendelse af det lille plenum (i dag 11, ved forfald 9 dommere) *kan* skyldes, at en medlemsstat har krævet behandling i plenum af en sag, som Domstolen måske ikke selv har tillagt større betydning. Men det bliver i øvrigt mere og mere almindeligt, at Domstolen henviser vigtige sager til det lille plenum eller endog til afdelinger med fem dommere.

3. *Undladelse af mundtlig procedure* tyder på, at Domstolen ikke har anset sagen for at indeholde væsentligt nye juridiske problemer. Er der afholdt retsmøde, angives dette i indledningen til dommen. Er retsmøde undladt, henviser indledningen ikke til "Retsmøderapporten", men til "Den refererende dommers rapport".

IV. Særlige forhold af betydning for forståelsen

Som nævnt foran under afsnit II er der en række særlige forhold vedrørende Domstolen, der får indflydelse på den måde, den affatter sine af-

Ole Due

gørelser på. I det følgende vil jeg se nærmere på disse konsekvenser gennem en række eksempler på konkrete forståelsesproblemer, hvoraf nogle dog samtidigt kan vendes til muligheder for bedre at vurdere vedkommende afgørelses værdi som præjudikat. Det er klart, at jeg her trækker på erfaringer fra mit arbejde i Domstolen. Af denne grund må jeg være forsigtig med at henvise til domme, som jeg selv har været med til at afsige. Inden man indtager sit sæde i Domstolen, afgiver man som bekendt et løfte om intet at røbe fra voteringerne. Ved at henvise til domme fra min tid som dommer kunne jeg indirekte komme til at bryde dette løfte. Domshenvisningerne vil derfor normalt vedrøre domme fra tiden efter min afgang.

A. Det sproglige problem

Brugen af fransk ved udarbejdelsen af dommene medfører for nordiske jurister risiko for misforståelser på flere punkter:

1. *Oversættelsesfejl* i de nordiske tekster kan ikke helt udelukkes, selv om oversætterne i Domstolen er velkvalificerede jurister med stor sproglig erfaring.

Risikoen er særlig stor, hvor et ord eller en særlig sætningskonstruktion på fransk kan oversættes på flere måder alt efter sammenhængen. Et eksempel er præmis 38 i Gebhard-dommen (Sag 55/94, Domssamlingen 1995 I-4165), hvor det i den danske version hedder, at medlemsstaterne ved vurderingen af EF-borgeres kvalifikationer, som er erhvervet i en anden medlemsstat, "er forpligtet til at lægge ligestillingen af eksamensbeviser til grund". Det franske udtryk er "prendre en compte l'équivalence des diplômes". Sammenhængen viser, at medlemsstaterne alene har pligt til at tage hensyn til eksamensbevisers ligeværdighed, altså foretage en konkret sammenligning mellem de kundskaber og kvalifikationer, som henholdsvis det nationale og det udenlandske bevis dokumenterer erhvervelsen af. Den danske oversættelse medførte faktisk, at nogle studenter havde fået den opfattelse, at f.eks. en tysk juridisk eksamen uden videre skulle ligestilles med en dansk.

Endnu værre er det, hvis oversætteren er kommet til at springe et eller flere ord over, uden at dette har medført et åbenbart brud i meningen. Her giver sammenhængen ikke altid en advarsel. Dette var f.eks. tilfældet i Marleasing-dommen (Sag 106/89, Domssamlingen 1990 I-4135), hvor oversætteren var kommet til at springe ordene "såvidt muligt" over, hvilket fik danske kommentatorer til at slutte, at Domstolen nu havde fastslået en generel pligt til at fortolke national ret således, at et ikke-gennemført direktivs formål blev opfyldt – også i tilfæl-

de, hvor en sådan fortolkning ville stride mod en klar national lovbestemmelse.

2. Selv om Domstolen normalt definerer de juridiske *begreber*, som benyttes i fællesskabsretten, autonomt under hensyn til dette retssystemets særlige formål og struktur, kan det være vanskeligt helt at undgå afsmitning fra det tilsvarende begreb i national fransk ret. Dette gælder ganske særligt inden for forvaltningsretten, hvor de fleste af traktatens regler netop har fransk forbillede. Når f.eks. art. 173 taler om "magtfordrejning" ligger Domstolens anvendelse af dette begreb langt nærmere det franske "Détournement de pouvoir" end det tyske "Ermessensmissbrauch" eller det engelske "Misuse of powers"

Dette gælder derimod ikke de generelle retsprincipper, som Domstolen har anerkendt i sin praksis. Her slår påvirkningerne fra de forskellige retssystemer fuldt igennem. F.eks. er påvirkningen fra tysk ret tydelig, når det drejer sig om proportionalitetsprincippet, det generelle lighedsprincip og beskyttelsen af den berettigede forventning. Beskyttelsen af advokatens brevveksling med klienten mod beslaglæggelse eller editionspligt er især påvirket af det engelske "legal privilege". Og Domstolens delvise anerkendelse af berigelsesgrundsætningen kan føres tilbage til den danske regerings procedure i Hans Just-sagen (Sag 68/79, Domssamlingen 1980 501 – se i øvrigt nu Comateb-dommen, sag C-192/95 m.fl., dom af 14.1. 1997, endnu ikke offentliggjort i Domssamlingen).

Et vist kendskab til komparativ ret kan således være en hjælp til at forstå nogle af Domstolens afgørelser. Det kan være nyttigt at vide, fra hvilket retssystem et begreb eller et generelt retsprincip kan være hentet, og hvorledes det har udviklet sig i vedkommende retssystem.

3. De fleste af Domstolens afgørelser er præget af fransk tradition for dommes *udformning og sprogstil*. Indtil slutningen af halvfjerdserne anvendte Domstolen endog den franske domsstruktur, hvor hver ny præmis indledes med "vu que" eller "attendu que". Dommen er holdt i et upersonligt sprog. Det er "Domstolen", ikke dommerne, der udtaler sig. Som det ofte er tilfældet i franske domme, er argumentationen som hovedregel kortfattet. Domstolen er også påvirket af den franske opfattelse af en dom som en syllogisme, hvor faktum og jus udgør de to præmisser, der med logisk nødvendighed fører til én eneste rigtig konklusion. Der er ingen plads til tvivl. Domstolen hverken "antager" eller "finder". Den konstaterer, og det ganske uanset om afgørelsen i realiteten er vedtaget med et spinkelt flertal af dommere.

På samme måde er sproget i Domstolens afgørelser – ganske som i

Ole Due

franske domme – skarpere end i nordiske domme, mere tilbøjeligt til at *understrege meningen* på en måde, som en nordisk dommer ville anse for overdreven. Refererende dommere fra de nordlige medlemslande søger normalt at benytte mere nøgterne udtryk, når de affatter udkast til deres domme. På samme måde vil nordiske oversættere i almindelighed søge at dæmpe sproget i deres oversættelser. Men det sker ikke altid. F.eks. kan udsagnet om, at en undtagelsesbestemmelse skal fortolkes “de manière restrictive”, på dansk blive til, at bestemmelsen skal fortolkes “indskrænkende”, selv om meningen som hovedregel blot er, at bestemmelsen skal fortolkes strengt efter ordlyden og ikke tillader analogislutninger.

B. Problemer som følge af Domstolens særlige kompetence og retsskabende virksomhed, dens fortolkningsmetoder og dens kollegiale arbejdsform

1. Generelt

Som nævnt under afsnit II medfører afgrænsningen af Domstolens kompetence, at den helt overvejende beskæftiger sig med fortolkningen af EF-retten og med fastlæggelsen af dennes almindelige retsprincipper. Især den sidstnævnte opgave medfører en retsskabende virksomhed, som går væsentlig ud over den, der udøves af de fleste nationale domstole. I modsætning til disse råder Domstolen ikke over en mekanisme, der sikrer, at dens afgørelser efterleves. Den er derfor henvist til at overbevise ved sine argumenter. Dette gælder ganske særligt for de præjudicielle sager, hvor det er nødvendigt at overbevise de nationale domstole, som i alt væsentligt har monopol på den retlige håndhævelse af EF-reglerne. Hertil kommer, at EF-retten stadig befinder sig i en opbygningsfase. Selv om EF-retten opfattes som et autonomt system, er det langt fra – og bliver formentlig aldrig – et fuldstændigt retssystem svarende til f.eks. den tyske forbundsret.

Som ligeledes nævnt under afsnit II benytter Domstolen sig af en kontekstuel og teleologisk fortolkningsmetode. Dette forhold i forbindelse med Domstolens særlige kompetence – ikke mindst i præjudicielle sager – og hensynet til den fortsatte opbygning af EF-retten gør det naturligt for Domstolen i sine præmisser at tage *udgangspunkt i overordnede synspunkter*. Det kan være et almindeligt retsprincip. Det kan være en af Traktatens formålsbestemmelser i art. 2 og 3 eller et princip angivet i en af de følgende bestemmelser i kapitel 1. Eller det kan være de mere præcise formålsangivelser, som findes i præambelen til den retsakt, som skal fortolkes. Ud fra dette overordnede synspunkt udleder

Domstolen så den retsregel, der på et ulovbestemt område skal anvendes til løsning af det konkrete problem, eller den fortolkning, som skal anlægges af den omtvistede EF-bestemmelse. Man kan sige, at argumentationen her starter med det generelle for heraf at udlede det specielle eller, hvis man vil, starter ovenfra og går nedefter.

Denne teoretisk betonedede argumentationsteknik kan virke fremmedartet for en nordisk jurist, som normalt anvender en mere pragmatisk metode ved løsningen af problemer, der ikke kan klares alene ved hjælp af en lovs eller en anordnings tekst evt. suppleret med bestemmelsens forhistorie. Den giver imidlertid ikke anledning til forståelsesvanskeligheder, såfremt argumentationen fremtræder som sammenhængende og logisk. En således formuleret dom vil også umiddelbart fremstå som et godt og sikkert præjudikat.

Denne ideelle form for en EF-dom kan imidlertid ingenlunde altid opnås. Dette skyldes ikke mindst den kollegiale arbejdsform, som ikke tillader dissenser. En dom kan altså rumme forskellige opfattelser, både med hensyn til konklusionen og med hensyn til præmisserne, uden at dette fremgår umiddelbart af dens formulering. I en domstol med en sådan arbejdsform og med et ønske om en kontinuerlig udvikling af dens retspraksis vil det være naturligt at lægge vægt på, at den enkelte afgørelse hviler på konsensus eller i hvert fald på opfattelsen hos det størst mulige flertal af dommerne, for så vidt angår både konklusion og præmisser. Ellers øges risikoen for en vaklende domspraksis, afhængig af skiftende flertal, og dermed for skabelsen af usikkerhed ikke mindst hos de nationale myndigheder og domstole, der jo har ansvaret for anvendelsen af størstedelen af EF-reglerne.

Men denne hensyntagen under voteringen til variationer i dommernes synspunkter skaber risiko for domme, der afviger stærkt fra den ovenfor nævnte idealmodel. Det kan således tænkes, at nogle dommere afviser visse af de argumenter, som netop har overbevist andre dommere om resultatets rigtighed. Uenigheden behøver ikke engang at vedrøre selve substansen i argumentet; måske lykkes det blot ikke at finde en tilfredsstillende sproglig udformning af det. Der vil være en tendens til at udelade sådanne argumenter i dommen. Men herved kan der opstå huller i en i øvrigt sammenhængende argumentation. I ekstreme tilfælde kan det hænde, at man under voteringen sletter det ene argument efter det andet uden at kunne opnå tilstrækkelig tilslutning til nye argumenter, der kan lukke hullerne. Til sidst står man så tilbage med et resultat, der fremtræder som et postulat uden nogen reel argumentation. Rent bortset fra, at en sådan dom naturligvis ikke virker overbevisende på læseren, vil den

Ole Due

kun have begrænset værdi som præjudikat. Formen tyder jo på, at der har været betydelig uenighed mellem dommene. Måske kan man finde et eksempel herpå i den tidligere nævnte Kalanke-dom. Det synes rimeligt at antage, at der har været uenighed i dommerpanelet om den ekstra begrundelse, som blev tilføjet proportionalitetsbetragtningen, og som medfører en overordentlig snæver fortolkning af direktivets undtagelsesbestemmelse om positiv særbehandling af kvinder.

Men en lidet overbevisende argumentation for en konklusion, der afviger fra hidtidig praksis, kan også være et tegn på, at Domstolen søger et opbrud fra denne praksis uden endnu at have fundet en overbevisende argumentation, som kan samle et tilstrækkeligt flertal. Keck og Mithouard-dommen (Forenede sager C-267/91 og C-268/91, Domsamlingen 1993 I-6097), der i forhold til tidligere domspraksis begrænsede området for forbudet mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner i Traktatens art. 30, havde således i hele det forudgående tiår enkeltstående forløbere, der af kommentatorerne blev afvist som fejlskud som følge af deres lidet overbevisende argumentation.

Selv om Domstolen som nævnt foretrækker at tage udgangspunkt for sin argumentation i overordnede synspunkter, findes der også mange domme, der minder mere om størsteparten af domme fra nordiske domstole. Den retlige argumentation tager her udgangspunkt i en analyse af det konstaterede faktum – for præjudicielle afgørelser af det faktum, som den nationale dommer har beskrevet – og undgår enhver unødvendig generalisering. Herved viser Domstolen, at den har ønsket at begrænse dommens præjudikatvirkning. Det *kan* skyldes, at Domstolen eller et flertal af dommere har været i tvivl om, hvorvidt det konkrete tilfælde var tilstrækkeligt repræsentativt for problemet til at danne grundlag for en generel løsning. Man har derfor foretrukket at udvikle retspraksis på området skridt for skridt. Det *kan* også skjule en uenighed mellem dommene om muligheden for en sådan mere generel løsning. Måske har et mindretal ligefrem søgt og opnået en (foreløbig) begrænsning af en efter deres opfattelse uheldig udvikling i retspraksis. Naturligvis *kan* det også skyldes, at den valgte løsning efter Domstolens opfattelse kun kan gælde under de omstændigheder, som fandtes i det konkrete tilfælde. Men de mulige variationer i Domstolens bevæggrunde viser, at man skal være forsigtig med at slutte modsætningsvis fra en sådan dom, med mindre dens formulering giver klare holdpunkter herfor.

2. Specielt for præjudicielle afgørelser

I direkte søgsmål for Domstolen er det som i nationale retssager i vidt omfang parterne, der ved deres påstande og anbringender lægger rammen for processen og afgrænser processtoffet. EF-domstolen udøver dog en noget videregående officialvirksomhed end danske domstole.

Men ved præjudicielle sager har Domstolen frie hænder i forhold til parterne i den nationale sag. Domstolen er ubundet både af deres indlæg og af de evt. bemærkninger fra medlemsstater og EF-institutioner. Den præjudicielle sag er ikke en procedure mellem parter, men et samarbejde mellem EF-domstolen og en national domstol. Derfor er EF-domstolen alene bundet af den arbejdsdeling mellem disse to domstole, som Traktaten har forudsat. Den må således acceptere den nationale dommers fastlæggelse af faktum og af den nationalretlige sammenhæng. Den kan heller ikke diktere den nationale dommer, hvorledes han konkret skal afgøre den nationale sag. Når det kommer til fortolkningen af EF-retten eller afgørelsen af en EF-retsakts gyldighed, er den derimod reelt kun bundet af hensynet til at yde den nationale dommer netop den vejledning, som han eller hun har brug for ved afgørelsen af den konkrete sag.

a. Domstolen kan *omformulere et spørgsmål* og gør det ofte. Hvis spørgsmålet er stillet på en sådan måde, at besvarelsen vil overskride Domstolens kompetence, er den naturligvis nødt til at omformulere det. Men Domstolen kan også gøre det i andre tilfælde.

Er spørgsmålet formuleret mere generelt end nødvendigt for afgørelsen af den nationale sag, kan Domstolen omformulere det ved at inddrage omstændigheder fra den nationale sag, som den forelæggende dommer har oplyst i sin begrundelse for forelæggelsen, men ikke medtaget i formuleringen af selve spørgsmålet. En sådan præcisering *kan* skyldes, at Domstolen finder disse omstændigheder afgørende for svarets indhold. Men den *kan* også skyldes, at Domstolen ikke finder tiden moden til eller den nationale sag egnet som grundlag for en mere generel løsning. Endelig *kan* det i lighed med det, som er nævnt foran under afsnit B 1, skyldes uenighed mellem dommene om muligheden for eller ønskeligheden af en generel besvarelse. Også her bør man derfor være forsigtig med modsætningslutninger.

Omvendt kan Domstolen i sin omformulering udelade omstændigheder, som den nationale dommer har medtaget i formuleringen af sit spørgsmål. Herved viser Domstolen, at disse omstændigheder er uden betydning for spørgsmålets besvarelse. Da disse omstændigheder jo åbenbart findes i den nationale sag, som har givet anledning til forelæg-

gelsen, går Domstolen her ud over hensynet til denne sags afgørelse. En sådan omformulering er derfor snarere beregnet på EF-rettens almindelige udvikling. Der er derfor grund til at tro, at dommerne har været enige om den mere generelle besvarelse. En sådan dom kan derfor normalt tillægges væsentlig værdi som præjudikat.

b. Det hænder også, at Domstolen *besvarer et spørgsmål, som ikke formelt er stillet* af den forelæggende dommer, men som denne heller ikke formelt har udelukket fra sin forelæggelse. Domstolen vil som hovedregel udtrykkeligt begrunde en sådan besvarelse med, at den ved sit arbejde med sagen har konstateret, at den nationale dommer vil have behov for dette svar for at kunne afgøre sin sag. Virker denne begrundelse ikke fuldt overbevisende, kan det antyde, at Domstolen først og fremmest har fundet besvarelsen nødvendig for EF-rettens almindelige udvikling på området. Også i dette tilfælde er der god grund til at tillægge besvarelsen betydelig præjudikatsværdi. Den foran nævnte Gebhard-dom kan nævnes som et eksempel herpå.

c. Domstolen kan også *fravige rækkefølgen* af de stillede spørgsmål. Dette kan naturligvis være velbegrundet i systematiske hensyn. Er dette ikke åbenbart, og har Domstolen efter besvarelsen af et senere spørgsmål konstateret, at tidligere spørgsmål herefter er blevet genstandsløse eller i hvert fald uden betydning for afgørelsen af den nationale sag, kan grunden dog også være, at Domstolen ikke har ønsket at besvare disse spørgsmål f.eks. som følge af uenighed mellem dommerne.

d. Endelig står dommerne naturligvis helt frit med hensyn til deres *begrundelse* for de givne svar. Netop derfor er de præjudicielle sager så velegnede som instrument for Domstolens retsskabende virksomhed. Denne frihed har dog også en bagside, som Domstolen er fuldt opmærksom på. Det kan være uheldigt, hvis Domstolen anvender en begrundelse, som er væsensforskellig fra dem, der har været fremført i de skriftlige indlæg eller diskuteret under retsmødet – evt. efter spørgsmål fra Domstolen. Derfor hænder det da også, at Domstolen – selv om den i princippet ikke har pligt hertil – genåbner proceduren og inviterer alle, der er berettiget til at afgive indlæg, til at tage stilling til de nye synspunkter, der er anført i generaladvokatens forslag eller måske først kommet frem under voteringen. En sådan *genåbning af proceduren* viser altid, at Domstolen har anset sagen som betydningsfuld. Ikke sældent vil den også antyde, at Domstolen overvejer at ændre eller i hvert fald præcisere sin hidtidige praksis på det pågældende område.

C. Problemer i forbindelse med specielle domselementer

1. "Obiter dicta"

Undertiden indholder Domstolens afgørelser retlige synspunkter, som ikke er nødvendige for at begrunde domskonklusionen ("obiter dicta"). I præjudicielle sager kan et obiter dictum optræde i form af en retlig konstatering, som ikke vedrører de stillede spørgsmål, og som derfor heller ikke er medtaget i de besvarelser, der udgør domskonklusionen.

Indsættelsen af sådanne afsnit i en dom kan skyldes, at Domstolen har fundet det vigtigt at få synspunktet fastslået i retspraksis af hensyn til EF-rettens generelle udvikling. Der er faktisk nogle af de dommerskabte principper, som første gang har gjort deres entré i EF-retten i form af et obiter dictum. Formålet kan også være det mere begrænsede at henlede en parts opmærksomhed på andre retsmidler end det konkret anvendte, se f.eks. præmis 22 i El Corte Inglés-dommen (Sag C-192/94, Domssamlingen 1996 I-1281).

2. Henvisninger til og citater fra tidligere domme

Efter tiltrædelsen i 1973 af Det forenede Kongerige, Irland og Danmark er Domstolen, i overensstemmelse med især angelsaksisk tradition, begyndt at henvise til og citere fra tidligere domme. Sådanne henvisninger er en god hjælp for læserens forståelse af dommen og dens plads i udviklingen af Domstolens praksis. Udvælgelsen af de tidligere domme viser, hvilke afgørelser Domstolen selv tillægger væsentlig præjudikatværdi. Omvendt kan udeladelsen af visse domme, som umiddelbart kunne synes at udgøre mere passende fortilfælde, give et fingerpeg om, at disse domme ikke ganske svarer til Domstolens nuværende retsopfattelse. Et eksempel herpå er den forannævnte Gebhard-dom, der i præmis 37 henviser til Kraus-dommen (Sag 19/92, Domssamlingen 1993 I-1663, og ikke til Vlassopoulou-dommen (Sag 340/89, Domssamlingen 1991, I-2357), selv om faktum i sidstnævnte sag minder langt mere om faktum i Gebhard-sagen. Herved viser Domstolen, at domme, der som Vlassopoulou hviler på den antagelse, at Traktatens art. 52 kun indeholder et diskriminationsforbud, ikke længere er "good law".

Hvor der citeres, er det vigtigt at lægge mærke til citeringsmåden.

Er den citerede passus sat i anførselstegn, er citatet naturligvis tekstuel korrekt. Dette hindrer ikke, at denne passus kan være taget ud af en sammenhæng, der adskiller sig fra den, hvori citatet nu bruges. Der kan således være tale om, at det retlige synspunkt nu overføres til et område, hvor det ikke hidtil har været brugt.

Hvor der ikke anvendes anførselstegn (skjult citat), kan teksten afvige fra den tidligere doms. Afvigelsen *kan* være rent sproglig eller skyldes en nødvendig tilpasning til den nye sags konkrete omstændigheder. Men der *kan* også være tale om en ændring, der indebærer en udvidelse eller en begrænsning af vedkommende princip og dermed en ny udvikling af retspraksis.

For at få det fulde udbytte af et citat fra en tidligere dom er det derfor nødvendigt at slå denne efter.

3. Ændring af retspraksis

Det foregående punkt hænger naturligvis sammen med, at Domstolen ønsker at opbygge en sammenhængende og konsistent retspraksis og derved styrke retssikkerheden. Præjudikater spiller derfor en betydelig rolle for Domstolen, og der har hidtil kun været ganske enkelte eksempler på radikale praksisændringer i Domstolens mere end 40-årige historie.

Der er imidlertid ikke tale om, at Domstolen (eller for den sags skyld Retten i Første Instans) føler sig formelt bundet af tidligere domme på samme måde, som det er tilfældet inden for Common Law systemet (teorien om "stare decises"). Måske derfor var Domstolen oprindeligt ikke tilbøjelig til at gøre udtrykkeligt opmærksom på, at en dom udgjorde en ændring af hidtidig praksis. Dette forhold har givet anledning til berettiget kritik, og Domstolen er nu blevet mere åben på dette punkt, som det f.eks. kan ses i den foran omtalte Keck og Mithouard-dom.

På mange områder er domspraksis imidlertid genstand for en fortsat udvikling, og det er derfor mere almindeligt, at Domstolen benytter en given anledning til at præcisere en praksis, som tidligere har givet anledning til tvivl – en præcisering, som til tider næsten får form af et obiter dictum. Som eksempel kan nævnes Atlanta-dommen (Sag C-465/93, Domssamlingen 1995 I-3761) og Dillenkofer-dommen (Sag C-178/94, dom af 8.10.1996 endnu ikke offentliggjort i Domssamlingen).

Dansk ret og EU-konkurrencereglerne. Specielt om forholdet til gruppe- fritagelsesforordningerne

*Professor, dr. jur. Jens Fejø, Juridisk Institut, Handelshøjskolen
i København*

I. Indledning

Konkurrencereglerne inden for den Europæiske Union har virket siden de oprindelige Traktaters ikrafttræden. Konkurrencebestemmelserne i Kul- og Stålfællesskabstraktaten fra 1951 blev således overtaget, udbygget og modificeret med tilstedekomsten af Romtraktaten fra 1957, der, grundet de tilkommende traktatændringer, i dag går under betegnelsen EF-Traktaten, hyppigst forkortet til TEF¹. Betydningen af konkurrencereglerne er gennem årene kommet klart til udtryk via den *hyppige anvendelse* af disse regler fra fællesskabsmyndighedernes side – hvorved navnlig tænkes på EF-domstolen og EU-Kommissionen – samtidig med, at *sanktionssystemet* i tilknytning til konkurrencereglerne har medvirket til opmærksomhed om reglernes eksistens.

Ole Lando har tidligt, allerede før Danmarks medlemskab, interesseret sig for EU-konkurrenceretten, se således hans “Eneforhandling og monopol i Fællesmarkedet”.²

Som en særegenhed for konkurrencereglerne – i modsætning til øvrige retsområder, som reguleres i TEF – har *Kommissionen* fået tildelt *vidtgående*

1. Også i dette bidrag vil forkortelsen TEF blive anvendt som betegnelse for “Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab”, der indgår som en af flere traktater i Unionstraktaten: “Traktat om den Europæiske Union”(EU-Traktaten/Maastricht-Traktaten). Betegnelsen “EØF-Traktaten”, der indtil ikrafttræden af EU-Traktaten den 1. november 1993 udgjorde forløberen for den nugældende TEF, er dermed ikke længere en “korrekt” benævnelse for gældende EU-ret. Den “naturlige” forkortelse, EF-T, som jeg selv tidligere har anvendt, bl.a. i “EF-konkurrenceret”, lider af den skavank at risikere sammenblanding med EFT som forkortelsen for De Europæiske Fællesskabers Tidende, det officielle organ for De Europæiske Fællesskaber.
2. UfR 1968 B 29.

umiddelbare *beføjelser*, navnlig i medfør af de forskellige forordninger udstedt af Rådet, således navnlig Rfo 17/62 "Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikler 85 og 86", Rfo 19/65 "Om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. (3), på kategorier af aftaler og samordnet praksis" og Rfo 4064/89 "Om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser".

For *sanktionssystemets* vedkommende anviser TEF i artikel 85, at aftaler m.v. i strid med bestemmelsen er "forbudt" og at de ikke har nogen "retsvirkning", ligesom artikel 86 angiver, at misbrug af dominerende stilling i strid med bestemmelsen er "forbudt". I artikel 87 hjemles der adgang for Rådet til at udstede de fornødne forordninger eller direktiver om anvendelsen af principperne i artiklerne 85 og 86, hvorved sådanne bestemmelser angives især at have til formål at indføre "bøder" og "tvangsbøder" for at sikre overholdelsen af de i artiklerne 85, stk. 1 eller artikel 86 nævnte forbud. Det turde være velkendt, at bødeniveauet fra EU-Kommissionens side er steget gennem de forløbne år siden reglernes ikrafttræden, og at de store bøder, der har været tale om, utvivlsomt er realiteter, som bliver taget seriøst af virksomhederne og koncernerne, når de skal tilrettelægge deres markedsstrategi. Tetra Pak blev således af Kommissionen pålagt en bøde på 75 mio. ECU, svarende til DKR 600 mio. for overtrædelse af artikel 86. Bøden blev opretholdt af Retten i første Instans og af EF-domstolen, jf. *Tetra Pak International SA* mod Kommissionen, sag C-333/94, dom af 14.11.1996, endnu ikke i Sml.

I Danmark har EU-konkurrencereglerne enkelte gange været bragt frem for domstolene, om end antallet af rapporterede sager, hvor der fra domstolens side har været anledning til anvendelse af forbudsreglerne, har været beskedent.³ En begrundelse herfor kan være eksistensen af de forskellige *gruppefritagelsesforordninger*, som i vidt omfang baseres på det princip inden for forordningernes virkeområde at give virksomhederne mulighed for at unddrage sig myndighedernes, derunder domstolens, indblanding.

Artikel 85, stk. 1 forbyder alle konkurrencebegrænsende aftaler m.v. mellem virksomheder, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

3. Ikke-rapporterede voldgiftsafgørelser må tillige anses for at tælle med ved stillingtagen til betydningen af EU-konkurrencereglernes virke. Jeg har kendskab, at der har været en del heraf.

Artikel 85, stk. 2 bestemmer, at

“De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning”.

Artikel 85, stk. 3 giver mulighed for dispensation fra artikel 85, stk. 1, hvis nærmere opregnede betingelser foreligger.

Samvirket mellem forbudsreglen i stk. 1, ugyldighedsreglen i stk. 2 og gruppefritagelsesforordningerne i tilknytning til stk. 3 vil i det følgende blive taget op med udgangspunkt i en nylig dansk højesteretsdom⁴ om et møntlåssystem, *Catena Systems*-sagen.

II. *Catena Systems*-sagen

Ved *Catena Systems*-sagen for Højesteret var samspillet mellem en gruppefritagelsesforordning, Kfo 1983/83, og mere vidtgående konkurrencebegrænsninger, end forordningen har tilladt, i fokus. En dansk producent, *Catena*, af låse til møntdeponering, beregnet for indkøbsvogne til supermarkeder m.v., havde i 1982 indgået aftale med en fransk virksomhed, *Supermarket Systems SA*, om dennes eneforhandling i Frankrig. Møntdeponeringssystemet indebar, at kunden indsatte en bestemt møntstørrelse i vognkontrol-indretningen og derved fik vognen fri, medens han modtog mønten eller en mønt af tilsvarende værdi retur, når vognen blev bragt retur. Eneforhandlingsaftalen indeholdt bl.a. i punkt 9.4 en *konkurrenceklausul* gående ud på, at eneforhandleren ikke – i aftalens løbetid og tre år herefter – måtte producere og/eller sælge møntlåssystemer til indkøbsvogne, der var baseret på et deponeringskoncept. Der blev på et tidspunkt indgået forlig mellem den franske eneforhandler og en anden producent af møntlåse, *R*, der havde sagsøgt eneforhandleren for patentkrænkelse, og den danske producent og den franske eneforhandler indgik herved en tillægsaftale, som indebar, at eneforhandleren kunne forhandle “især et nyt produkt”, som var fremstillet af *R* og baseret på, at vogne skulle fæstnes i en skinne, når de ikke var i brug. I marts 1988 hævdede den danske producent imidlertid aftalen og krævede erstatning, bl.a. med henvisning til, at eneforhandleren havde påbegyndt forhandling af en ny møntlås, der

4. Afsagt 15. april 1997, UfR 1997.856 HD.

var fremstillet af R, som imidlertid – ligesom den danske producents lås – var baseret på, at vognene skulle kobles til hinanden med en kæde.

Eneforhandleren gjorde for Højesteret vedrørende de EU-konkurrenceretlige spørgsmål gældende, at konkurrenceklausulen i eneforhandleraftalens punkt 9.4 i det hele måtte anses for ugyldig i medfør af TEF artikel 85, stk. 2 og derfor ikke kunne påberåbes af producenten som grundlag for et erstatningskrav. Dette synspunkt støttedes på, at bestemmelsen om, at konkurrenceklausulen tillige skulle gælde i 3 år efter aftalens ophør var i strid med artikel 85, stk. 1, og ikke var omfattet af gruppefritagelsen efter Kfo 1983/83, hvilket – ifølge eneforhandleren – indebar, at aftalen som helhed ikke skulle være omfattet af gruppefritagelsen, idet der henvises til punkt 17 i Kommissionens meddelelse om Kfo 1983/83.

Producenten bestred over for dette, at forhandleraftalens punkt 9.4 var i strid med TEF artikel 85, og anførte i øvrigt, at en eventuel ugyldighed kun kunne vedrøre konkurrencebegrænsningen efter kontraktperiodens ophør, og at forhandleren efter forhandleraftalens punkt 14 (om adgang for begge parter til at give Kommissionen meddelelse om aftalen og om genforhandling m.v. ved eventuel ugyldighed grundet uforenelighed af bestemmelser i aftalen med TEF artikel 85) var afskåret fra at påberåbe sig artikel 85.

Højesteret fandt, at den franske forhandlers forhandling af R's nye møntlås, uanset tillægsaftalen, måtte anses for en klar overtrædelse af konkurrenceklausulen. Højesteret udtalte hertil, at: "Bestemmelsen i eneforhandlingsaftalens punkt 9.4, stk. 1, in fine, hvorefter konkurrenceklausulen tillige skulle være gældende i 3 år efter aftalens ophør, er ikke omfattet af gruppefritagelsen efter Kommissionens forordning 1983/83 om anvendelse af EF-traktatens art. 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler og må anses for stridende mod traktatens art. 85, stk. 1. Dette kan imidlertid ikke være til hinder for, at den øvrige del af aftalens punkt 9.4, tillægges virkning, således at [producenten] tilkendes erstatning for det tab, selskabet har lidt ved [eneforhandlerens] overtrædelse af konkurrenceklausulen inden for aftalens normale opsigelsesperiode".

III. *Gruppefritagelsessystemet*

Gruppefritagelsessystemet baserer sig på de forordninger, hvorved Kommissionen med hjemmel i Rådets forordninger har åbnet adgang til gruppefritagelse. Gruppefritagelse indebærer, at aftaler, som vel

eventuelt er konkurrencebegrænsende i strid med TEF artikel 85, stk. 1, men ikke indeholder andre konkurrencebegrænsninger end dem, der opregnes i den enkelte forordning, i medfør af artikel 85, stk. 3 er fritaget fra forbudsbestemmelsen i artikel 85, stk. 1, uden at forudgående "anmeldelse" kræves. Som retsakter, udstedt af Kommissionen med hjemmel i Rådets forordninger, der finder deres hjemmel i TEF artikel 87, er gruppefritagelsesforordningerne bindende for EF-domstolen og for de nationale domstole. Der er udstedt en række gruppefritagelser af stor praktisk betydning for erhvervslivet i Europa, derunder for aftaler om eneforhandling⁵, eksklusivt køb,⁶ teknologioverførelse,⁷ automobilforhandleraftaler⁸, m.v.

En flerhed af problemstillinger knytter sig til samspillet mellem gruppefritagelsesforordningerne og virkningen af ikke at være i nøjagtig samklang hermed. Catena Systems-dommen aktualiserer interessen herfor.

IV. EF-domstolens håndtering af gruppefritagelsesforordningerne

EF-domstolen har i enkelte tilfælde haft anledning til at udtale sig om sammenhængen mellem bestemmelser i en gruppefritagelsesforordning og artikel 85. Det må imidlertid samtidig slås fast, at ikke alle problemer i denne sammenhæng har været undergivet EF-domstolens prøvelse. Visse situationer skal fremdrages her.

Et første problem er, om der gælder gruppefritagelse, hvis aftalen indeholder "sorte klausuler"? Denne situation melder sig, hvor en aftale som udgangspunkt er formuleret som en gruppefritaget aftale – f.eks. en eneforhandlingsaftale, som kunne være omfattet af Kfo 1983/83 eller en aftale inden for forsikringsområdet, som kunne være omfattet af Kfo 1534/91 – men tillige indeholder en eller flere klausuler, som findes omhandlet i den pågældende gruppefritagelsesforordning under dennes "sorte liste".⁹

Det kunne f.eks. være en klausul, hvorved eneforhandleren er afskåret fra selv at fastsætte sine priser eller en eneforhandlingsaftale, som pålægger le-

5. Kfo 1983/83.

6. Kfo 1984/83.

7. Kfo 240/96.

8. Kfo 1475/95. Se nærmere om gruppefritagelsessystemet min fremstilling: *EF-konkurrenceret*, København 1993, side 141 og i øvrigt stikordregistret dér.

Jens Fejø

verandøren at pålægge de øvrige eneforhandlere bestemte forpligtelser, f.eks. eksportforbud ind i denne eneforhandlers område eller pligt på de øvrige forhandlere til betaling af et beløb, hvis de eksporterer ind i denne forhandlers område.

Et næste problem rummes i det spørgsmål, om "sorte klausuler" er ensbetydende med, at der foreligger konkurrencebegrænsninger i strid med artikel 85, stk. 1? Yderligere kan det spørgsmål rejses, om der findes begrænsninger, som på grund af deres karakter ikke kan anses for "konkurrencebegrænsninger" i artikel 85, stk. 1's forstand. Et fjerde problem, som påkalder sig analyse, er til stede, når det spørges, om f.eks. en eneforhandler kan være forpligtet til alene at være undergivet de begrænsninger, som udtrykkeligt er opregnet på forordningens hvide liste, typisk samtidig med at den sorte listes forpligtelser er fjernet.

1. *Er der gruppefritagelse, hvis aftalen indeholder "sorte klausuler"?*

EF-domstolen har været stillet over for den førstnævnte situation i *Van Vliet*-sagen¹⁰, der var en præjudiciel sag forelagt EF-domstolen af *Ge-rechtshof* (appelretten) i Arnheim. EF-domstolen blev stillet spørgsmål med tilknytning til den tidligere gældende gruppefritagelsesforordning om eneforhandlingsaftaler og eksklusivt køb, Kfo 67/67. Under sagen forelå den situation, at en italiensk leverandør af pensler m.v. havde truffet aftale med en hollandsk virksomhed om eneforhandlingen for Benelux-området. Men eneforhandlingsaftalen indeholdt en forpligtelse for leverandøren til at garantere, at dennes leveringer til kunder i Italien ikke måtte være bestemt til eksport til lande inden for Benelux, hvilket skulle meddeles leverandørens italienske kunder ved salget til dem.¹¹

9. Udtrykket den "sorte liste" i en gruppefritagelsesforordning dækker det forhold, at de enkelte gruppefritagelsesforordninger indeholder en række vilkår eller klausuler, som ikke må forekomme i de aftaler, som skal nyde godt af gruppefritagelsen. For Kfo 1983/83's vedkommende gælder det f. eks. således, at der ikke finder gruppefritagelse sted for eneforhandlingsaftaler, når producenter af samme varer eller af varer, der på grund af deres egenskaber, prisniveau og anvendelsesformål af forbrugerne anses for at være af samme art, indgår gensidige eneforhandlingsaftaler med hinanden [om sådanne varer]; jf. artikel 3, litra a). En "hvid liste" rummer omvendt klausuler, som gerne må forekomme uden at afskære gruppefritagelsen, for eneforhandlingsaftalers vedkommende f.eks. en pligt på eneforhandleren til uden for aftaleområdet ikke at reklamere, oprette filialer og besidde udleveringslagre for aftalevarerne, jf. artikel 2, stk. 2, litra c).

10. *Van Vliet* en Kwasten Ladderfabriek mod Dalle Crode, sag 25/75, præ. afg. af 1.10.1975, Sml. 1975, 1103.

EF-domstolen påpegede ved sin besvarelse af de rejste spørgsmål, at gruppefritagelse efter forordningens præambel var gjort afhængig af visse betingelser. Dette var bl.a. udmøntet i forordningens artikel 3 ved, at det bestemtes, at “bestemmelserne i artikel 1, stk. 1 ikke finder anvendelse,¹² hvis [...] kontrahenterne indskrænker formidlernes eller forbrugernes muligheder for at skaffe sig de af aftalen omfattede varer hos andre forhandlere inden for fællesmarkedet, navnlig hvis kontrahenterne [...] træffer foranstaltninger for at hindre forhandlere eller forbrugere andetsteds inden for fællesmarkedet i at blive forsynet med de varer, aftalen omfatter, eller i at afsætte dem i det område, aftalen vedrører”. Domstolen fastslog derpå, at en eneforhandlingsaftale mellem en fabrikant i en medlemsstat og en eneforhandler andetsteds i fællesmarkedet var omfattet af artikel 3 i Kfo 67/67, når den forpligtede fabrikanten til at forbyde formidlere og forbrugere i hans stat at eksportere eller lade de pågældende produkter eksportere til det område, aftalen vedrørte, og når den havde den virkning, at formidlere og forbrugere i dette område i betydeligt omfang blev afskåret fra at erhverve disse produkter direkte fra fabrikantens stat. EF-domstolen føjede til, at en sådan aftale var omfattet af artikel 3 i Kfo 67/67, selv om formidlere og forbrugere i det område, aftalen vedrørte, faktisk har mulighed for at erhverve de af aftalen omfattede produkter på fællesmarkedet uden for fabrikantens stat, uanset om de benytter denne mulighed. EF-domstolen afskar således gruppefritagelse for den foreliggende situation.

Man må imidlertid i relation til denne afgørelse rejse det spørgsmål, om EF-domstolen dermed har afskåret enhver anvendelse af gruppefritagelsesforordningen, hvis blot en enkelt bestemmelse i aftalen – som i øvrigt ville falde ind under gruppefritagelsesforordningen – går videre end tilladt efter forordningen. Eller, omvendt udtrykt, om anvendelse af en gruppefritagelsesforordning er betinget af, at alle forordningens vilkår fuldt ud er opfyldt. Domstolen synes næppe med den foreliggende dom at have taget stilling til dette spørgsmål. Det kunne vel være nærliggende at tolke Domstolens tilføjelse – om, at en sådan aftale var omfattet af artikel 3 i Kfo 67/67, selv om formidlere og forbrugere i det område, aftalen vedrørte, faktisk har mulighed for at erhverve de af aftalen omfattede produkter på fællesmarkedet uden for fabrikantens stat

11. En sådan forpligtelse var klart omfattet af forordningens “sorte liste” i artikel 3, jf. teksten nedenfor.

12. Artikel 1, stk. 1 bestemte, at i medfør af artikel 85, stk. 3 erklæredes bestemmelserne i artikel 85, stk. 1 for uanvendelige på aftalen, hvis nærmere angivne betingelser vedrørende aftalens indhold var opfyldt. (Der gjaldt med andre ord gruppefritagelse).

– således, at anvendelse af gruppefritagelse slet ikke er mulig, hvis de formulerede betingelser i forordningen ikke er opfyldt, i øvrigt uanset, om de faktiske virkninger af en given aftale ville være, som om den pågældende "sorte" klausul ikke fandtes i aftalen. En sådan tolkning må dog antages at være for vidtgående. EF-domstolen har ved en præcis læsning af dommen nøje begrænset sig til at tage stilling til, om en aftale – med den sorte klausul – har været *gruppefritaget*. Dette har Domstolen afvist. Domstolen har derimod ikke nødvendigvis dermed afvist at lade den "rene" del af aftalen, uden tilstedeværelsen af den pågældende sorte klausul, nyde godt af gruppefritagelse i den forstand, at aftalen dermed ikke rammes af ugyldighed for så vidt angår den "rene" del. En korrekt læsning af dommen i denne henseende må således være, at *EF-domstolen ikke har taget stilling til dette spørgsmål*.

Domstolens holdning, som denne er kommet til udtryk i Van Vliet-dommen, kan vel for en umiddelbar betragtning forekomme formalistisk. Man må imidlertid herved have i erindring, at EF-domstolen dermed ikke har taget stilling til det overordnede spørgsmål, om aftalen overhovedet falder ind under *forbudsbestemmelsen i artikel 85, stk. 1*. Hvis aftalen måtte være omfattet af artikel 85, stk. 1, er der med Van Vliet-dommen *ej heller* taget stilling til, om betingelserne i *artikel 85, stk. 3* er opfyldt, således at aftalen eventuelt kunne fritages fra forbudsbestemmelsen i medfør af denne bestemmelse. Fritagelse – når aftalen ikke omfattes af en gruppefritagelsesforordning – vil normalt kræve "anmeldelse" i medfør af Rfo 17/62 artikel 4, stk. 1, men fritagelse uden anmeldelse er mulig for visse aftalers vedkommende i medfør af Rfo 17/62 artikel 4, stk. 2.¹³

Man kan eventuelt overveje, om en fuldstændig unddragelse af gruppefritagelsesmuligheden, også for den del af aftalen, som isoleret set ville være omfattet af gruppefritagelsesforordningen, ville have været en hensigtsmæssig løsning. Til dette må siges, at hvis en total ugyldighed altid skulle være konsekvensen, ville dette let kunne anspore eneforhandlere til at påtage sig eksportforbud, længerevarende konkurrenceklausuler eller andre forpligtelser, som ikke ville give mulighed for gruppefritagelse. Også leverandøren kunne tænkes ved kontraktformuleringen at spekulere i ugyldighed. Skulle den samlede aftale være ugyldig, fordi den som ikke-gruppefritaget ville krænke artikel 85, ville dette indebære resultater, som i en række henseender må forekom-

13. Rfo 17/62 artikel 4, stk. 2 ville dog næppe have kunnet finde anvendelse på den aftale, som forelå i Van Vliet-sagen.

me absurde, f.eks. i form af, at aftalen ikke ville kunne afføde forpligtelser på leverandøren til at respektere eneforhandlingsforpligtelsen, ej heller i aftalens løbetid, eller ikke ville afskære eneforhandleren fra at erhverve kontraktprodukter fra andre eneforhandlere, osv.

2. Er "sorte klausuler" ensbetydende med konkurrencebegrænsninger i strid med artikel 85, stk. 1?

På særlig markant måde har EF-domstolen behandlet dette spørgsmål i *Bayer mod Süllhöfer*-dommen.¹⁴ Her tog EF-domstolen stilling til en ikke-angrebsklausul, som var omfattet af den "sorte liste" i den dagældende gruppefritagelsesforordning vedrørende patentlicensaftaler, Kfo 2349/84.¹⁵ Der var opstået tvist mellem p.d.e.s. en erhvervsdrivende, Süllhöfer, og p.d.a.s. Bayer AG, begge med hjemsted i Tyskland. Sagens kernepunkt var, at parterne i en licensaftale havde optaget en klausul, hvorved licenstagere var forpligtet til *ikke at angribe* de i licens givne, i flere af Fællesskabets medlemsstater bestående, licensgiveren tilhørende, identiske *patenter*. EF-domstolen udtalte, at "en ikke-angrebsklausul i en patentlicensaftale, alt efter den retlige og økonomiske sammenhæng, kan indebære en konkurrencebegrænsning i Traktatens artikel 85, stk. 1's forstand. En sådan klausul udgør imidlertid ikke en konkurrencebegrænsning, hvis den forekommer i forbindelse med en vederlagsfrit meddelt licens, og licenstagere konkurrencemæssige stilling ikke forringes som følge af licensbetaling, eller hvis licensen er meddelt mod vederlag, men vedrører en teknisk forældet produktionsmetode, som den virksomhed, der har påtaget sig ikke-angrebsforpligtelsen, ikke påtænker at anvende".

Det i denne sammenhæng interessante var, at den "sorte liste" i Kfo 2349/84 netop havde optaget en klausul med et indhold som den, EF-domstolen behandlede i sagen. Det hed således i artikel 3, stk. 1:

"Artikel 1 og artikel 2, stk. 2, finder ikke anvendelse¹⁶ når:

1. licenstagere pålægges forbud mod at angribe det i licens meddelte patent eller en anden i fællesmarkedet beskyttet industriel eller kommerciel ejendomsret, som tilhører licensgiveren eller en med ham forbundet virksomhed".

14. *Bayer mod Süllhöfer*, sag 65/86, præ. afg. af 27.9.1988, Sml. 1988, 5249.

15. Kfo 2349/84 er nu afløst af Kfo 240/96.

16. Dvs. der gjaldt ikke gruppefritagelse.

Det kan således konstateres, at EF-domstolen ikke finder den omstændighed, at en klausul er omfattet af en "sort liste" i en gruppefritagelsesforordning, for ensbetydende med, at en overtrædelse af artikel 85, stk. 1 dermed kan konstateres. Der må i stedet ske en selvstændig vurdering af aftaleklausulen i dens økonomiske sammenhæng.

3. *Findes der restriktioner, som på grund af deres karakter ikke kan anses for "konkurrencebegrænsninger" i artikel 85, stk. 1's forstand*
I *Pronuptia*-dommen¹⁷ var en række bestemmelser i en franchiseaftale til prøvelse ved tyske domstole, og Bundesgerichtshof forelagde EF-domstolen en række præjudicielle spørgsmål i relation til artikel 85. EF-domstolen udtalte ved sin besvarelse, at der var visse aftalebestemmelser, der – for at modvirke risikoen for, at know-how og bistand blev udnyttet af franchisegiverens konkurrenter – var *uomgængelige*. Sådanne aftalebestemmelser var ikke konkurrencebegrænsninger, som omhandlet i *artikel 85, stk. 1*.¹⁸

Denne holdning fra EF-domstolens side er udtryk for, at selv om der foreligger begrænsninger, i form af restriktioner på en af parterne eller måske begge i forhold til 3.-mand, er dette ikke nødvendigvis ensbetydende med, at der er tale om *konkurrencebegrænsninger* i *artikel 85, stk. 1's* betydning. Dette kan forklares ved, at en bestemt aftaletype, f.eks. som her en franchiseaftale, slet ikke ville være blevet indgået, hvis disse begrænsninger ikke kunne indgå i arrangementet. På denne måde bliver der ikke tale om begrænsninger af konkurrencen gennem disse begrænsninger, men alene om visse restriktioner som nødvendige forudsætninger for at få en særegen aftale, som ellers ikke ville blive indgået, i stand. Da aftalen med den pågældende restriktion ellers ikke ville eksistere, er restriktionen ikke nogen hindring på parternes adfærd. Samspillet med gruppefritagelsesforordningssystemet kommer imidlertid her frem ved, at Kommissionen efter afsigelsen af *Pronuptia*-dommen udstedte en gruppefritagelsesforordning for franchiseaftaler, Kfo 4087/88, hvori opregnes en række klausuler, som gerne må forekomme i de i forordningen omhandlede franchiseaftaler, uden at gruppefritagelsen derved er afskåret. Samtidig er det markant, at en række af de således i forordningens "hvide liste" indarbejdede klausuler er identiske med klausuler, som EF-domstolen i *Pronuptia*-dommen fandt ik-

17. *Pronuptia de Paris GmbH* mod Schillgalis, sag 161/84, præ. afg. af 28.1.1986, Sml. 1986, 353.

18. *Pronuptia*-dommen, præmis 16.

ke krænkede forbudsbestemmelsen i artikel 85, stk. 1. Når dette er tilfældet, er gruppefritagelsesforordningen samtidig udtryk for, at klausuler, som forekommer på en "hvid liste" – og dermed giver adgang til dispensation i henhold til artikel 85, stk. 3 – ingenlunde behøver at være konkurrencebegrænsende i strid med forbudsbestemmelsen i artikel 85, stk. 1.

En hermed beslægtet tankegang har tillige fundet vej frem i DLG-dommen¹⁹. I denne dom fandt EF-domstolen anledning til at give udtryk for, at under de foreliggende omstændigheder fandtes vedtægtsmæssige begrænsninger som dem, der var pålagt medlemmeme af DLG, ikke at gå videre, end hvad der var *nødvendigt* for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og for at opretholde dens kontraheringsstyrke over for producenterne.²⁰ Sagsøgerne i hovedsagen havde derimod gjort gældende, at den pågældende vedtægtsændring havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, da formålet var at bringe den indkøbsvirksomhed til ophør, som visse medlemmer foretog inden for rammerne af en anden forening, som konkurrerede med DLG, og således opnå en dominerende stilling på de omhandlede markeder. Men Domstolen kunne konkludere, at "en vedtægtsbestemmelse i en andelsindkøbsforening, hvorved det forbydes dens medlemmer at deltage i andre former for organiseret samarbejde i direkte konkurrence med foreningen, ikke er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt den nævnte vedtægtsbestemmelse er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og for at opretholde dens kontraheringsstyrke over for producenterne"²¹. Også her fandt EF-domstolen således begrænsningers forekomst så "*uomgængelige*" i sammenhængen, at de *ikke* udgjorde *begrænsninger af konkurrencen*.

4. *Gruppefritagelsesforordningernes mulige kontraktforpligtende virkning*

Spørgsmål om den kontraktforpligtende virkning af gruppefritagelsesforordninger har særlig fundet udtryk i EF-domstolens afgørelse vedrørende en bilforhandlerkontrakt i VAG *France*-dommen²². Her var situationen, at der var opstået uenighed mellem den autoriserede impor-

19. *Gøttrup-Klim-Grovvareforening mod DLG*, sag C-250/92, præ. afg. af 15.12.1994, Sml. 1994 I-5641.

20. DLG-dommen, præmis 40.

21. Præmis 45.

22. *VAG France mod Magne*, sag 10/86, dom af 18.12.1986, Sml. 1986, 4071.

Jens Fejø

tør af Folkevogne og Audi i Frankrig, VAG France, og en eneforhandler af disse biler for et område af Frankrig. Uenigheden angik rækkevidden af Kommissionens gruppefritagelsesforordning om bilforhandlerkontrakter, Kfo 123/85.²³ Forordningen hjemlede bl.a. gruppefritagelse for visse bilforhandlerkontrakter, når disse var indgået for mindst fire år, eller aftalen var indgået på ubestemt tid og kunne opsiges med et varsel på mindst ét år.

EF-domstolen foretog en analyse af sammenhængen mellem artikel 85, stk. 1 og stk. 3, samt Kfo 123/85 og Rådets hjemmelsforordning, Rfo 19/65, for den pågældende kommissionsforordning. Domstolen fastslog herved, at Kfo 123/85 som gennemførelsesforordning til Traktatens artikel 85, stk. 3 blot hjemlede mulighed for, at de erhvervsdrivende inden for automobilbranchen i et vist omfang kunne indgå salgs- og serviceaftaler, som trods visse vilkår om eneret og om forbud mod konkurrence ikke omfattes af forbudet i artikel 85, stk. 1. Kfo 123/85 *pålagde* imidlertid *ikke* de erhvervsdrivende at udnytte disse muligheder, ligesom den heller ikke indebar, at indholdet af en sådan aftale ændres eller bliver ugyldigt, hvis de i forordningen angivne betingelser ikke var opfyldt.²⁴ Parterne kunne nemlig eventuelt anmode Kommissionen om at træffe individuel beslutning om, at artikel 85, stk. 1 ikke finder anvendelse, eller gøre gældende at betingelserne i en anden gruppefritagelsesforordning var opfyldt, eller endelig bevise, at den pågældende aftale af andre grunde ikke var uforenelig med forbudet i artikel 85, stk. 1.

Med denne afgørelse er det således gjort klart fra EF-domstolens side, at en gruppefritagelsesforordning *ikke* har den konsekvens for en foreliggende aftale – som er af en sådan art, at den eventuelt kunne omfattes af den pågældende forordning – at aftalen nødvendigvis skal tilpasses således gennem ændring, at den får et af *forordningen* anerkendt indhold.

V. *Danske domstoles generelle indstilling over for TEF artikel 85*

Forud for en behandling af Højesterets dom vedrørende låssystemet, kan der være grund til at kaste et blik på, hvorledes danske domstole har være stillet over for EU-konkurrenceretlige spørgsmål.

23. Denne forordning er nu afløst af Kfo 1475/95.

24. Præmis 12.

I en dom fra Vestre Landsret om *parallelimport*²⁵ er nedlæggelse af forbud blevet nægtet, da det *ikke* var blevet gjort antageligt, at en påstået *eneforhandlingsaftale ikke stred mod EF-traktatens art. 85*.

Et firma havde under påberåbelse af en aftale om eneret til forhandling af en fransk producents produkter i Danmark begæret forbud nedlagt mod, at et andet firma afsatte den franske producents produkter, som det andet firma købte i Danmark hos en vesttysk forhandler. Der forelå ikke for landsretten oplysninger om det nærmere indhold af den af det første firma påberåbte aftale. Landsretten udtalte herved, at "da en aftale som den påberåbte om 'eneforhandling' som hovedregel er omfattet af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler i EF-traktatens artikel 85, stk. 1, og da de kærende ikke har godtgjort, at den påberåbte aftale alligevel har gyldighed, jf. herved artiklens stk. 3, og således antageliggjort, at et eventuelt forbud ikke vil være ulovligt, jf. retsplejelovens § 647, stk. 2, finder landsretten ikke, at den af de kærende påberåbte aftale eller det af disse iøvrigt anførte kan begrunde, at der nedlægges forbud, som af dem begæret".

Denne afgørelse falder godt i tråd med EU-konkurrenceretten. En eneforhandlingsaftale må ikke formuleres således, at den forpligter leverandøren til at pålægge andre forhandlere ikke at eksportere til eneforhandlerens område.²⁶ Kfo 1983/83²⁷ giver i øvrigt ikke eneforhandleren adgang til over for tredjemand at påberåbe sig aftalens bestemmelser, hvis disse forhindrer parallelimport.²⁸ Dette gælder ej heller andre klausulers håndhævelse over for tredjemand, selv om en gruppefritagelsesforordning havde dækket den pågældende klausul.²⁹

Højesteret har i en kæremålskendelse i 1983 om en *Benzinleverancekontrakt*³⁰ været stillet over for spørgsmålet om præjudiciel forelæggelse for EF-domstolen under en sag, som angik et EF-konkurrenceretligt spørgsmål. Højesteret nåede frem til, at en forelæggelse ikke var nødvendig. Henvisningen i Højesterets kendelse skete til Traktatens artikel 177, stk. 2, hvorved rækkevidden af kendelsen er begrænset. Ar-

25. UfR 1984.632 VLD.

26. Jf. herved talrige domme afsagt af EF-domstolen i min "EF-konkurrenceret", kapitel IX.

27. Og ej heller tidligere Kfo 67/67.

28. Jf. herved den dagældende Kfo 67/67 artikel 3; tilsvarende efter nugældende Kfo 1983/83 artikel 3.

29. Jf. herved EF-domstolens afgørelse i *Grand garage albigeois* mod Garage Massol SARL, sag C-226/94, præ. afg. af 15.2.1996, Sml. 1996-I, 651.

30. UfR 1984.67 HKK.

tikel 177, stk. 2 indeholder *en mulighed* for enhver ret i en medlemsstat til at forelægge spørgsmål for EF-domstolen. Det hedder således i artikel 177, stk. 2, at "Såfremt et sådant spørgsmål [om bl.a. fortolkningen af EF-Traktaten eller om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner] rejses ved en ret i en af Medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet".

I det foreliggende tilfælde var der under forberedelsen af en sag om, hvorvidt en benzinformidler havde været berettiget til at ophæve en aftale om pligt til at aftage benzin m.v. fra et benzinselskab, fra forhandlerens side begæret forelæggelse af sagen for EF-domstolen med henblik på, om benzinselskabets adfærd "indebar en overtrædelse af gruppefritagelsesbetingelserne i EØF-traktatens art. 85, stk. 3", og om nationale domstole kunne påkende spørgsmålet herom med henblik på at bedømme, om betingelserne for ophævelse af aftalen var til stede. Benzinselskabet havde protesteret herimod. Østre Landsrets kendelse, som ikke havde imødekommet denne begæring, var herefter blevet indbragt for Højesteret. Under den mundtlige forhandling af spørgsmålet for landsretten gjorde forhandleren gældende, at parternes aftale, der var ligegyldig med en række aftaler med andre benzinformidlere, påvirkede den frie konkurrence inden for Fællesmarkedet, og at sagsøgeren havde overtrådt de dispensationsbestemmelser, der var fastsat i Kommissionens dagældende forordning 67/67. Det blev hævdet at være af betydning for bedømmelsen af forhandlerens ret til at hæve aftalen, om en sådan overtrædelse havde fundet sted. Over for dette havde benzinselskabet bestridt, at parternes aftale kunne påvirke konkurrencen inden for Fællesmarkedet, idet aftalen var indgået mellem to danske parter og kun havde betydning for afsætningen i Danmark. Såfremt aftalen skulle være omfattet af Traktatens artikel 85, blev det bl.a. gjort gældende, at den ville falde ind under undtagelsesbestemmelsen i artikel 85, stk. 3, jf. Kommissionens forordning 67/67, artikel 1.

Landsretten fandt, at der ikke i sagen var oplysninger, som gav grundlag for at antage, at aftalen, der var indgået mellem 2 danske virksomheder, og som alene vedrørte salg til kunder her i landet, påvirkede handelen mellem medlemsstaterne i EF. Det sås i denne forbindelse ikke at være af betydning, at tilsvarende aftaler skulle være indgået af benzinselskabet med andre virksomheder. Der var herefter ikke holdepunkter for at antage, at aftalen var omfattet af Traktatens artikel 85, stk. 1, hvorfor begæring om sagens forelæggelse for EF-domstolen ikke blev taget til følge.

Højesteret bemærkede i sin kendelse, at det fremgik af forhandlerens processkrifter, at denne gjorde gældende, at benzinselskabets adfærd indebar "en overtrædelse af gruppefritagelsesbetingelserne i henhold til EØF-traktatens art. 85, stk. 3, jf. Kommissionens forordning nr. 67/67 af 22. marts 1967 og Rådets forordning nr. 19/65 af 2. marts 1965, art. 7, og at dette i sig selv berettiger [forhandleren] til at hæve aftalen. I kære-skriftet har [forhandleren] fremsat begæring om, at EF-domstolen tillige anmodes om at tage stilling til spørgsmålet om 'hvorvidt tilsidesættelse af gruppefritagelsesbetingelserne i henhold til EF-Traktatens art. 85, stk. 3, jf. Kommissionens forordning nr. 67/67 af 22.3.1967 kan påkendes af nationale domstole med henblik på bedømmelse af, om betingelserne for ophævelse af en aftale af nævnte art er til stede.' Højesteret afstod imidlertid fra forelæggelse med bemærkningen, at det "på det foreliggende grundlag" ikke fandtes påkrævet af hensyn til sagens afgørelse, at sagen af *landsretten* forelægges EF-domstolen i medfør af traktatens art. 177, stk. 2.

Højesteret fik ikke efterfølgende lejlighed til at tage stilling til sagen. Det vides derfor ikke, om Højesteret, hvis sagen havde været indbragt hertil, eventuelt ville have forelagt præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen.³¹ Man må vel imidlertid læse Højesterets kendelse således, at Højesteret har ment, at som sagen var oplyst for landsretten var det ikke nødvendigt at forelægge spørgsmål for EF-domstolen for at kunne tage stilling til den foreliggende sag.

Der har vel været en god portion fornuftig procesøkonomi i at undlade forelæggelse i en sag af den pågældende art, hvis der på grundlag af de faktiske forhold ikke forekommer realistisk mulighed for at nå frem til, at en krænkelse af artikel 85, stk. 1 er til stede.

Forhandlerens standpunkt, hvorefter en overtrædelse af gruppefritagelsesbetingelserne i henhold til artikel 85, stk. 3, jf. Kfo 67/67 og Rfo 19/65, i sig selv skulle berettige forhandleren til at hæve aftalen, var klart uholdbart. Dette viser især den senere afgørelse i ovennævnte EF-dom i *Bayer mod Süllhöfer*-dom fra 1988.³²

I en sag om en *Ølventil*,³³ havde Sø- og Handelsretten forelagt forskellige spørgsmål til præjudicel besvarelse for EF-domstolen. Bl.a. rej-

31. I artikel 177, stk. 3 hedder det om den obligatoriske forelæggelsespligt: "Såfremt et sådant spørgsmål rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig at indbringe sagen for Domstolen".

32. *Bayer mod Süllhöfer*, sag 65/86, præ. afg. af 27.9.1988, Sml. 1988, 5249.

33. UfR 1991, 652 HD.

stes spørgsmål, om en aftaleforpligtelse for en licenstagere til en patenteret opfindelse til – uden tidsbegrænsning, og således også efter patentets udløb – at betale licensafgift, udgjorde en konkurrencebegrænsning af den i Traktatens artikel 85, stk. 1, omhandlede art, og om en bestemmelse i en licensaftale, hvorefter en licenstagere ikke var berettiget til at sælge det pågældende produkt efter aftalens ophør, udgjorde en konkurrencebegrænsning af den i artikel 85, stk. 1, omhandlede art, når licensaftalen vedrørte et patenteret produkt, og patentet var udløbet. Selv om *EF-domstolen*³⁴ nærmere redegjorde for, at en licensaftale under de omhandlede situationer vel kunne tænkes at udgøre en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, blev den indledende passus i EF-domstolens svar imidlertid central for *Højesteret*. EF-domstolen havde udtalt: “Indledningsvis bemærkes, for så vidt angår den første del af dette spørgsmål, at der i artikel 85, stk. 1, opstilles et forbud mod aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for Fællesmarkedet, idet sådanne aftaler er uforenelige med Fællesmarkedet. Det lægges i det følgende til grund, at den nationale retsinstans finder, at samhandelen mellem medlemsstater kan være påvirket i det sagsforhold, der foreligger i hovedsagen.” Ved Højesterets afgørelse af sagen udtaltes det nemlig med nærliggende adresse til det netop citerede udsagn, at “Der er ikke forelagt Højesteret oplysninger, der godtgør, at licensaftalen kan have en mærkbar indflydelse på handelen mellem medlemsstater i EF. Allerede af denne grund kan aftalen ikke tilsidesættes som stridende mod EØF-traktatens art. 85, stk. 1”.

EF-domstolens indledende passus og Højesterets udsagn bringer det vigtige forhold frem i lyset, at alle betingelserne i artikel 85, stk. 1 må være opfyldt, for at en overtrædelse af artiklen kan være overtrådt. Der er ikke i EU-konkurrenceretten tale om per se-forbud af den blotte aftale.

VI. *Catena Systems-sagen i lyset af EF-domstolens praksis*

Højesterets afgørelse i *Catena Systems-sagen* er på baggrund af den foretagne gennemgang interessant.

For det første er Højesterets udsagn om, at bestemmelsen i enefor-

34. *Ottung* mod Klee & Weilbach, sag 320/87, præ. afg. af 12.5.1989, Sml. 1989, 1177.

handlingsaftalen, hvorefter konkurrenceklausulen tillige skulle være gældende i 3 år efter aftalens ophør, utvivlsomt i god overensstemmelse med EF-domstolens praksis. Det er således givet, at gruppefritagelsen efter Kfo 1983/83 kun ville være gældende for en konkurrenceklausul i aftalens løbetid. Dette er vel ikke udtrykkeligt formuleret i forordningens egen tekst, men præambelen til forordningen lader ingen tvivl bestå.

Præambelen angiver i punkt (8), at “de konkurrencebegrænsninger, som ud over den eksklusive leveringspligt således er tilladt, bevirker, at opgaverne fordeles bedre mellem parterne, og at eneforhandleren koncentrerer sin forretningsaktivitet om de af aftalen omfattede varer indenfor det ham tildelte område; i almindelighed er disse begrænsninger, *såfremt de kun gælder for aftaleperioden*, nødvendige for at opnå de forbedringer i fordelingen af varerne, som er formålet med at give eneforhandlingsret”. Med den herved (af mig) fremhævede tekst fremstår det som klart, at en længerevarende konkurrenceklausul ligger ud over forordningens regulering og dermed ikke er gruppefritaget.³⁵

Højesterets fortsættelse om, at konkurrenceklausulens tilsigtede gælden i 3 år efter aftalens ophør måtte “anses for stridende mod traktatens art. 85, stk. 1” kan derimod give anledning til en vis tvivl. Som ovenfor omtalt, har EF-domstolen ikke sat lighedstegn mellem en manglende overensstemmelse mellem gruppefritagelsesforordningerne og krænkelse af artikel 85/ugyldighed, jf. herved især *Bayer mod Süllhöfer*-dommen.³⁶ Man kan næsten gøre gældende, at EF-domstolen tvært imod utvetydigt klart har lagt afstand til en sådan sammenhæng. Når Højesteret desuagtet vælger ikke at rejse tvivl om strid med artikel 85, stk. 1, kunne dette, for en umiddelbar betragtning, se mærkværdigt ud og føre til det spørgsmål, om der ikke herved havde været behov for en afklaring gennem en præjudiciel forelæggelse af afklarende spørgsmål fra Højesterets side for EF-domstolen? Man må imidlertid herved efter min vurdering have for øje, at det er op til de nationale domstole at træffe afgørelse vedrørende de pågældende sagers faktum, herunder, om de omstændigheder foreligger, som skal være opfyldt for, at betingelserne i artikel 85, stk. 1, er til stede. Hvis man ville gøre gældende, at Højesteret burde have forelagt sagen for EF-domstolen i medfør af TEF artikel 177, stk. 3, måtte dette have indebåret en tvivl med hensyn

35. Sml. herved *Van Vliet*-dommen, ofr.

36. *Bayer mod Süllhöfer*, sag 65/86, præ. afg. af 27.9.1988, Sml. 1988, 5249.

til den rette *fortolkning af TEF artikel 85*. En sådan tvivl – den rette fortolkning – har der imidlertid, efter min vurdering, ikke kunnet foreligge. Når det skal fastslås, om artikel 85, stk. 1 omfatter også en 3-årig konkurrenceklausul i en sammenhæng som den i den konkrete sag foreliggende, er der nemlig næppe tvivl om, at EF-domstolen til dette spørgsmål ville have svaret, at artikel 85, stk. 1 for en sådan aftales vedkommende – i kraft af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den pågældende aftale indgår – *kan* finde anvendelse, hvis alle betingelserne i bestemmelsen er opfyldt, men at det er op til den nationale domstol at afgøre, *om* dette i den konkrete sag er tilfældet.³⁷ Med et sådant – forventeligt – svar ville Højesteret, hvis sagen havde været forelagt EF-domstolen til udtalelse, have været stillet i nøjagtigt samme situation, som Højesteret var i den foreliggende sag – uden forelæggelse. Af denne grund må det forekomme overbevisende rigtigt, at Højesteret ikke har fundet anledning til at foretage en forelæggelse for EF-domstolen³⁸.

Højesterets resultat: at den 3-årige konkurrenceklausul “må anses for stridende mod traktatens art. 85, stk. 1” ville antagelig kun kunne stilles i tvivl, hvis man søgte det synspunkt forfægtet, at en længerevarende konkurrenceklausul, som skulle strække sig ud over aftalens løbetid, skulle være en nødvendig forudsætning for at ville tildele en eneforhandlingsret. Der kan vel fremføres argumenter til støtte herfor, som ikke er uden vægt, idet leverandøren gennem tildelingen af eneforhandlingsretten i øvrigt har afskåret sig fra at lade det pågældende område bearbejde, således at en konkurrenceklausul på forhandleren som betingelse for at kunne virke effektivt kunne hævdes at måtte kunne udstrække sig til et tidspunkt også efter aftalens udløb. Om en sådan længerevarende konkurrenceklausul er *naturlig* i den konkrete sammenhæng, og dermed kunne søges støttet på EF-domstolens holdning, som denne navnlig er kommet til udtryk i *Pronuptia*-dommen,³⁹ ville imidlertid i sidste ende bero på den faktiske vurdering, som det måtte tilkomme Højesteret at foretage.

Ved Højesterets afstandtagen fra eneforhandlerens synspunkt, at aftalen som helhed ikke skulle være omfattet af gruppefritagelsen – hvil-

37. Sml. herved f.eks. EF-domstolens besvarelse på denne måde i *Delimitis* mod Henninger Bräu, sag C-234/89, præ. afg. af 28.2.1991, Sml. 1991, I-935.

38. Der er ikke i dommen antydninger af, at Højesteret skulle have overvejet spørgsmål om præjudiciel forelæggelse.

39. *Pronuptia de Paris GmbH* mod Schillgalis, sag 161/84, præ. afg. af 28.1.1986, Sml. 1986, 353.

ket måtte indebære, at der slet ikke ville kunne støttes ret på konkurrenceklausulen, ej heller i aftalens løbetid – har Højesteret samtidig taget afstand fra eneforhandlerens påberåbelse af den meddelelse, som Kommissionen har udstedt i tilknytning til bl.a. Kfo 1983/83. Dette er i god samklang med EF-domstolens håndtering af de til visse af Kommissionens forordninger udstedte meddelelser. I *Grand garage albigeois* mod Garage Massol SARL,⁴⁰ har EF-domstolen således fastslået, at Kommissionens meddelelser⁴¹ kun præciserer forordningers bestemmelser, men kan ikke modificere dem. Til dette kommer i øvrigt, at punkt 17 i nævnte meddelelse ikke har det indhold, eneforhandleren tilsyneladende har ment, nemlig at fastslå, at en manglende overensstemmelse med gruppefritagelsesforordningen automatisk ville indebære en ugyldig aftale. Indholdet af punkt 17 er derimod alene at præcisere gruppefritagelsens rækkevidde. I punkt 17 siges det således i den relevante passus om parternes forpligtelser: “Påtager de sig yderligere konkurrencebegrænsende forpligtelser [end dem, der er opregnet i forordningens “hvide liste”], er den pågældende aftale som helhed ikke længere omfattet af gruppefritagelsen og kan kun fritages ved særskilt [hvorefter må menes individuel]⁴² beslutning”. Ej heller meddelelsen udtaler således nogen vurdering i forhold til artikel 85, stk. 1.

VII. Afslutning: Perspektiver

Catena Systems-dommen er i god overensstemmelse med det ovenfor behandlede resultat af spørgsmål 1: Om der er gruppefritagelse, hvis der i aftalen indeholdes “sorte klausuler”. Det er der ikke.

Men aftalen som helhed er ikke dermed nødvendigvis ugyldig, jf. EF-domstolens holdning, som omtalt under punkt 2.

Højesterets afgørelse af, at konkurrenceklausulen, efter aftalens ophør, måtte anses for stridende mod artikel 85, stk. 1, har indebåret en afstandtagen fra Højesterets side af muligheden for at anse denne aftaleforpligtelse for at være en begrænsning, uden at være en *konkurrencebegrænsning*.⁴³

40. *Grand garage albigeois* mod Garage Massol SARL, sag C-226/94, præ. afg. af 15.2.1996, Sml. 1996-I, 651.

41. I det konkrete tilfælde Kommissionens Meddelelse 91/C 329/06, som knyttede sig til Kfo 123/85.

42. Min bemærkning.

43. Sml. herved ovenfor under punkt IV, 3.

Catena Systems-dommen må i øvrigt forstås således – når den har fastslået, at en konkurrenceklausul ikke [i aftalens løbetid/jf. herved Højesterets ordvalg: “den øvrige del af aftalens punkt 9.4”] fratages virkninger – at den øvrige del af aftalen/konkurrenceklausulen enten ikke krænker artikel 85, stk. 1, eller er fritaget i medfør af artikel 85, stk. 3. Det fremgår ikke af Højesterets dom, om den derved tillagte virkning af aftalen skal findes i en manglende overtrædelse af artikel 85, stk. 1, eller om gruppefritagelsesvirkningerne efter Kfo 1983/83 er blevet anset at finde anvendelse på den del af aftalen, som isoleret betragtet ville have været omfattet heraf. Hvis Højesteret har anset aftalen for ikke at krænke artikel 85, stk. 1 – for den normale opsigelsesperiodes vedkommende – må dette anses for naturligt. Hvis Højesteret derimod har anset artikel 85, stk. 1 for overtrådt, men samtidig har fundet anledning til at anvende artikel 85, stk 3, er der dermed truffet en afgørelse vedrørende forståelsen af EU-konkurrencereglerne, som ikke har fundet deres løsning ved EF-domstolen praksis, jf. ofr. Der må dog fornuftigvis findes en praktisk rimelighed i tilknytning til forelæggelse af spørgsmål for EF-domstolen, og i dette tilfælde kan en undladt forelæggelse meget vel basere sig på tilknytningen til den manglende overtrædelse af artikel 85, stk. 1.

Der har ikke i Catena Systems-dommen været anledning til at tage stilling til spørgsmålet om gruppefritagelsesforordningernes mulige kontraktforpligtende virkning. Retstilstanden i så henseende synes derimod tilstrækkeligt afklaret af EF-domstolen.

Den endelige afklaring af forholdet mellem EU-gruppefritagelsesforordningerne og konkurrencereglernes virke i dansk ret er vel nok endnu ikke nået. Med Catena Systems-dommen er der imidlertid truffet en praktisk afgørelse af nogle vigtige punkter, hvorved der er lagt en fornuftig linie. Man må i denne forbindelse også hæfte sig ved, at EU-konkurrenceretten klart er fundet af betydning for afgørelsen af gyldigheds- og erstatningsspørgsmål, samtidig med at de principper, som lader sig uddrage fra EF-domstolens praksis, har fundet genklang med afgørelsen.

Erstatningsansvar for selskabstømning

Professor, dr.jur. Bernhard Gomard, Handelshøjskolen i København

1. Aktie- og anpartsselskaber hæfter alene for deres gæld med egen formue, og der er derfor til beskyttelse af disse selskabers kreditorer givet en række regler, som har til formål at sikre kreditorerne mod at lide tab ved, at selskabernes midler fjernes fra selskaberne, således at selskaberne ikke er i stand til at betale deres gæld. Aktie- og anpartsselskabslovenes regler, der tjener dette formål, har forskelligt indhold:

- Selskaberne skal have en indskudskapital, der så vidt muligt skal bevares i selskabet som bunden egenkapital, som kun må udloddes til aktionærerne ved en formelig kapitalnedsættelse eller ved likvidation. Bunden egenkapital er foruden indskudskapitalen også overkursfond, opskrivningsfond og reserve for egne aktier.
- Selskabet må ikke udlåne sine midler til aktionærerne, end ikke mod betryggende sikkerhed. Reglen går herved videre end nødvendigt for at beskytte kreditorernes interesser. Et selskab må udlåne midler til et moderselskab. Her stilles der ikke krav om sikkerhed, men et udlån til et insolvent moderselskab kan være en uforsvarlig handling, der efter den almindelige culperegulering, som er lovfæstet i Aktieselskabslovens § 140, kan pådrage ledelsen ansvar bl.a. over for kreditorerne.
- Et aktieselskab (men ikke et anpartsselskab) må købe indtil 10% af sine egne aktier, såfremt købet kan ske for fri egenkapital, og egenkapitalen stadig overstiger minimumet, som i et aktieselskab er 500.000 kr. Et selskab må derimod ikke finansiere andres køb af sine aktier (eller anparter) heller ikke inden for en 10 %'s eller anden lav grænse. En finansiering af aktiekøb vil som oftest have karakter af et lån, og det ubetingede forbud mod aktionærlån udelukker således finansiering af aktieopkøb ved lån. Reglen i selskabslovene, der undtager koncernlån fra forbuddet mod aktionærlån, er ikke tillige en undtagelse fra finansieringsforbudet, men det synes vanskeligt at inddrage

Bernhard Gomard

en efterfølgende refinansiering af et selskabs aktieopkøb ved koncernlån under forbudet. Adskillelse af penge, der administreres samlet, i separate beløb med forskellig anvendelsesmulighed, er en vanskelig eller umulig opgave.

Mens den retlige beskyttelse af aktionærerne i hovedsagen hviler på generalklausulen i Aktieselskabslovens § 80, er kreditorerne beskyttet både ved den generelle regel i Aktieselskabslovens § 140 om ansvar for uforsvarlige dispositioner, der fører til tab, og ved de formelle regler om bunden egenkapital og om forbud mod aktionærlån. Udlodning til aktionærerne af bunden egenkapital er i strid med reglen i Aktieselskabslovens § 109, og udlån og finansiering af aktiekøb er forbudt i Aktieselskabslovens § 115. Reglerne i §§ 109 og 115 omfatter både dispositioner, der må anses for uforsvarlige og derfor, såfremt de fører til tab, er ansvarspådragende efter § 140, og overtrædelser der er af formel karakter, idet de ikke skaber en urimelig risiko for kreditorerne. I de tilfælde, hvor det er påregneligt, at udlån til aktionærer og ulovlig finansiering af aktiekøb vil føre til tab for kreditorerne, er de foretagne dispositioner i de få offentliggjorte afgørelser klart betegnet som uforsvarlige, således at der, også uden de særlige regler om pligtmæssig tilbagebetaling som er knyttet til §§ 109 og 115, ville have foreligget pligt til tilbagebetaling for ledelsen i kraft af ansvarsreglerne i Aktieselskabslovens § 140, og for aktionærerne, men kun for grov uagtsomhed, efter bestemmelsen i § 142.

Reglen om forbud mod finansiering af køb af aktier i selskabet fandtes allerede i Aktieselskabsloven af 1973 og findes også i det 2. selskabsretlige Direktiv art. 23. Reglen har haft i hvert fald sin væsentligste betydning på tidspunkter, hvor der ikke tillige har bestået et ubetinget forbud mod aktionærlån. Bestemmelsens betydning i Danmark efter 1982, hvor aktionærlån blev totalt forbudt, er, at også dispositioner, der har samme betydning for selskabets betalingsdygtighed som et udlån, der ikke er fuldt ud sikret, anses for at være ulovlige og at medføre pligt til tilbagebetaling for modtageren. Dette gælder således formentlig tilfælde af fusion med et opkøbende insolvent selskab, som omtalt i *Sneholdt og Thomsen: Aktieselskabsloven* s. 361–63, og for direkte udbetalinger fra selskabet til aktiesælgeren, der reelt må anses for en del af købesummen for aktierne, ikke som lån men som ufortjent honorar eller lign., jf. UfR 1997.444 H.

Reglen om selvfinansiering er blevet aktuel i de nu kendte talrige sager om salg af overskudsselskaber, dvs. selskaber hvis aktiver foreligger

som likvide beholdninger, og hvis gæld alene er skat, til købere der ikke betaler skatten, men tømmer selskabet for aktiver, hvorefter selskabet tvangsopløses. Tømning af et selskab for aktiver er i strid med Aktieselskabslovens § 109 og medfører tilbagebetalingspligt, og tømning (asset stripping) er desuden efter omstændighederne tillige strafbar som skyldnersvig eller mandatsvig efter reglerne i Straffelovens §§ 283 eller 280.

2. Det siger sig selv, at den, der på ulovlig måde har tømt et selskab for dets midler, er ansvarlig for tilbageførsel af de ulovligt hævede beløb til selskabet efter reglerne i Aktieselskabslovens §§ 113, jf. 109 og § 115. Det tømte selskabs konkursbo og hoved- eller enekreditoren i dette bo, Told & Skat, vil imidlertid have en lettere og sikrere vej til dækning for sit tab, dersom boet eller kreditorerne også kan rejse krav om erstatning mod andre end den direkte ansvarlige køber (eller købers køber), og i UfR 1997.364 H (Satair) fandt Højesteret, at sælgeren af et anpartsselskab, som efter realisering af sine driftsmidler var blevet et overskudsselskab, var ansvarlig over for selskabets konkursbo for et beløb svarende til den ikke betalte skat i selskabet, fordi sælgeren fandtes at have handlet uforsvarligt og derfor efter den almindelige erstatningsregel var ansvarlig for det tab, kreditoren i boet – Told & Skat – havde lidt. Sælgeren burde have forudset, at der var en betydelig risiko for, at køberen, således som salget var foregået, ikke ville drage omsorg for, at det købte selskab opfyldte forpligtelsen til at betale sin skat. Sælgerens forpligtelse til at dække tabet for Told & Skat fulgte, fandt Højesteret, af den almindelige erstatningsregel, og sælgeren var derfor i overensstemmelse med reglerne i Renteloven pligtig at forrente skatterestancen med almindelig procesrente (diskonto + 5% p.a.) fra sagsanlægget. Sælgeren var ikke pligtig til at svare rente efter reglerne i Aktieselskabslovens §§ 113 og 115 med en overrente på 2 procentpoint med virkning fra den eller de ulovlige udbetalinger til køberen eller til at forrente skatterestancen efter den særlige regel om rente af skatterestancer i Selskabsskatteovens § 30, dvs. med en rente af 1% pr. påbegyndt restancemåned, en rente der – modsat rente efter Renteloven – ikke er fradragsberettiget i den skattepligtige indkomst. Sælgeren havde ikke tømt selskabet, og sælgeren var ikke den skattepligtige.

3. Afviklingen af et salg af et aktie- eller anpartsselskab, hvis aktiver alene består i indestående på en bankkonto eller lignende likvider, mod kontant betaling består lige som afviklingen af andre salg i en udveksling af ydelser. Køberen får de købte aktier og har som ny aktionær rådighed over selskabet og kan udskifte bestyrelse og direktion. Sælgeren får købesummen. Såfremt prisen for aktierne ikke har oversteget egen-

kapitalen med et væsentligt beløb, vil der næppe være grundlag for indskriden mod sælgerne med erstatningskrav i tilfælde, hvor det viser sig, at selskabet ikke opfylder sine forpligtelser over for Told & Skat. Det særlige ved mange af de salg, der er sket i begyndelsen af 1990'erne af overskudsselskaber, er imidlertid, at købesummen har oversteget egenkapitalen væsentligt, og at sælgerne derfor må have været opmærksomme på, at køberne, for at erhvervelsen af selskabet kan være interessant for dem, må have gjort sig tanker om, hvordan skatteforpligtelsen har kunnet udskydes eller elimineres, således at der (også) derved skabes egenkapital i selskabet. Anden virksomhed ville køberne vel med fordel kunne lægge i et andet selskab. Begrundelsen i den afsagte højesteretsdom for at pålægge sælgeren et ansvar for ikke at have udvist tilstrækkelig agtpågivenhed ved salget er af særlig stor interesse, fordi dommen, ud over sit direkte formål at afgøre den konkrete sag, også giver en væsentligt vejledning til vurderingen af, hvordan fremtidige sager om ansvar ved salg af andre overskudsselskaber, der er blevet tømt, må forventes at blive afgjort.

4. Højesteret fastslog i UfR 1997.364 H, at sælgeren havde overført rådigheden over det fulde udestående på det solgte selskabs konti til køberen, og at sælgeren således ikke har overtrådt selvfinansieringsforbuddet ved at lade det solgte selskab udrede eller give lån til betaling af købesummen for anparterne. Sælgeren var derfor ikke tilbagebetalingspligtig efter den særlige regel i Aktieselskabslovens § 115, stk. 2 om forbud mod selvfinansiering (Anpartsselskabslovens § 84 eller nu efter lovændringen i 1996 § 49). En sådan tilbagebetalingspligt påhviler derimod køberen, hvis denne, som det viste sig at have været tilfældet i denne sag og må antages at være tilfældet i adskillige andre sager, havde betalt købesummen for aktierne eller anparterne ved umiddelbart eller kort efter at have fået rådighed over selskabets aktiver havde hævet disse beløb i selskabet.

I nogle tilfælde af salg af overskudsselskaber er der imidlertid ikke som i UfR 1997.364 H sket en "bruttoafregning", men en "nettoafregning", idet at sælgeren har hævet et beløb svarende til købesummen i selskabet og derefter alene har overført restbeløbet til køberen. I sådanne tilfælde må sælgeren formentlig være tilbagebetalingspligtig efter den særlige regel i bestemmelsen om selvfinansieringsforbuddet, dvs. således at beløbet forrentes fra det tidspunkt, da beløbet blev hævet i selskabet, og således at der til rentesatsen lægges den i § 115 foreskrevne overrente af 2 procentpoint. Denne rente vil formentlig være fradragsberettiget.

5. Interessen samler sig især om de salg af overskudsselskaber, hvor der som i UfR 1997.364 H er sket "bruttoafregning", det vil sige en udveksling af aktierne og dermed af rådigheden over selskabets aktiver og købesummen for aktierne eller anparterne i overensstemmelse med den almindelige samtidigheds-grundsætning. Højesteret fremhæver her som omstændigheder, der har betydning for vurderingen af, om sælgeren har handlet uforsvarligt, at sælgeren måtte regne med muligheden af, at køberen ikke ville sørge for, at selskabet så vidt muligt opfyldte sine forpligtelser over for Told & Skat, fordi de muligheder, der efter skattelovgivningen består for at udskyde og eliminere skattepligten, kræver en nøje planlægning og betydelige investeringer, foruden naturligvis at de planlagte eller påtænkte dispositioner virkelig opfylder betingelserne i skattelovgivningen, og derfor skal respekteres af myndighederne. Køberne vil måske ikke magte – eller ønske – at foretage sådanne dispositioner, og hertil kommer, at har køberen – i strid med selvfinansieringsforbuddet - ladet selskabet udrede købesummen af sine midler, er muligheden for at gennemføre de nødvendige investeringer i selskabet helt afhængig af, at køberen er i stand til og villig til at tilføre selskabet anden kapital.

I de fleste kendte sager er køberne et aktie- eller anpartsselskab. En udredning af købesummen for aktierne af det købte selskabs midler betyder derfor, at det overdragne selskab efter købet som aktiv nu ikke længere har likvider, men et tilgodehavende i sit nye moderselskab. Er moderselskabet ikke betalingsdygtigt og betalingsvilligt, vil det være særlig vanskeligt og formentlig umuligt for det overdragne selskab at foretage de dispositioner, der er nødvendige for på lovlig måde at udsætte eller eliminere sin skatteforpligtelse. I sin vurdering af sælgerens adfærd i UfR 1997.364 H fremhæver Højesteret, at sælgeren "gjorde ikke noget reelt for at afværge skattevæsenets risiko", den risiko der bestod i, at køberen ikke kunne eller ville udsætte eller eliminere skatteforpligtelsen, men lade selskabet efter at have tabt eller være tømt for aktiver sejle sin egen sø, dvs. blive tvangsopløst som intet ejende.

6. Bemærkningen i højesteretsdommen i UfR 1997.364 H om, at sælgeren ikke havde gjort *noget reelt* for at afværge risikoen for, at skattevæsenets krav ikke ville blive betalt, såfremt kravet blev aktuelt, rejser spørgsmålet om, hvad en sælger af et overskudsselskab, for en pris der væsentlig overstiger egenkapitalen, da kan og bør foretage for, at der ikke opstår en – urimelig stor – risiko for Told & Skat. Det påhviler efter Højesterets dom en sælger i en situation som sælgerens i dommen at sikre sig, at skattevæsenet som kreditor i det overdragende

selskab ikke udsættes for en urimelig stor risiko for at lide tab. Dette må ske ved at foretage undersøgelser og træffe foranstaltninger, der reducerer denne risiko til et acceptabelt niveau. Den risiko, der består i, at selskabet i køberens regi vil lide kommercielle tab på grund af uheldige og fejlslagne dispositioner, hård konkurrence eller nedgangskonjunkturer, kan selvsagt aldrig elimineres. En sådan risiko består ved enhver selskabsoverdragelse, og denne risiko er ikke nødvendigvis større, hvor selskabet ejes af sælgeren, end hvor selskabet ejes af køberen. Ved erhvervelsen af et overskudsselskab for en pris, der overstiger egenkapitalen, er det en nødvendighed, for at erhvervelsen kan være meningsfuld for køberen, at denne hvor overprisen er beskeden sparer tilsvarende omkostninger og ellers er i stand til at udskyde eller eliminere skattepligten. Sælgeren i den afgjorte sag havde interesseret sig for køberens planer, der gik ud på investering i leasingkontrakter, men måske kunne sælgeren som det antydes i dommen have betinget et salg af, at køberen havde tilvejebragt en større sandsynlighed eller sikkerhed for "at de planlagte investeringer ... ville blive gennemført, og at disse investeringer efter skattelovgivningen kunne anerkendes som grundlag for skattemæssige fradrag". Der melder sig her spørgsmål, om en sælger f.eks. burde have krævet sig forelagt indgåede kontrakter om køb af leasingkontrakter eller en genpart af en selvangivelse for selskabet udarbejdet af køberen, eventuelt tillige med bevis for at denne selvangivelse allerede var eller ville blive indgivet. Sælgeren ville eventuelt også have kunnet indhente oplysning om, hvorvidt leasingkontrakterne var gyldige og effektive og ikke f.eks. angik aktiver som ikke eksisterede eller dog ikke tilhørte sælgeren af leasingkontrakterne. Det synes dog at måtte forudsætte at der havde været grund til mistanke om sådan svig. I nogle sager har der foreligget udtalelse fra en revisor afgivet på foranledning af køberen om, at køberen havde planlagt investeringer med henblik på at udskyde skattebyrden, og at disse investeringer, såfremt de blev gennemført som planlagt, ville føre til, at køberen ville opnå en avance ved køb af overskudsselskabet for den påtænkte pris. Revisorerne synes imidlertid i hvert fald i almindelighed naturligt nok i sådanne udtalelser afgivet til køberen til brug for forevisning for sælgeren at have tilføjet, at revisor har vurderet de investeringer og aktiviteter, som køberen oplyser at have planlagt, og også at køberen har oplyst, at køberselskaberne råder over de nødvendige midler til finansiering af de planlagte investeringer og aktiviteter, og at planerne vil blive sat i værk umiddelbart efter købet af selskabet. I hvert fald i nogle udtalelser har revisor udtrykkeligt gjort opmærksom på, at han ikke kan

indestå for, at planerne gennemføres som påtænkt, da dette jo beror på den nye bestyrelses beslutninger. Det synes ikke givet, at en sælger, der har fået en sådan udtalelse forelagt, derved uden videre har gjort, hvad Højesteret sigter til med ordene, have gjort "noget reelt for at afværge skattevæsenets risiko". En sælger kan selvsagt ikke skabe fuldstændig sikkerhed for, at en køber ikke på et senere tidspunkt vil foretage sig noget ulovligt, herunder begå skyldnersvig ved at tømme et købt selskab; men det er åbenbart, at mens det utvivlsomt var muligt efter skattelovgivningen på lovlig måde at udskyde og eliminere skatteforpligtelsen, ville der til gennemførelsen af planer herom kræves betydelige investeringer, og det synes efter Højesterets dom at måtte antages, at det ikke er tilstrækkeligt, at sælgeren i overensstemmelse med samtidighedsgrundsætningen har sikret sig, at køber ikke fik rådighed over selskabets aktiver uden at have betalt eller stillet sikkerhed for, at købesummen for aktierne eller anparterne ville blive betalt, hvor købesummen meget væsentligt overstiger egenkapitalen, i dommen "kurs" 80. Det må efter dommen antages, at det ikke er tilstrækkeligt, at køberen over for en revisor, der derefter afgiver erklæring til sælgeren eller direkte til sælgeren, uden nogen undersøgelse blot udtaler, at køberen med den kapital, der var i selskabet, og med andre midler har eller ved lån kan skaffe sig tilstrækkelig kapital til at gennemføre de nødvendige investeringer. Højesteret fremhæver, at udvekslingen af ydelser bestående i rådighed over selskabets konti og en kontant købesum indebærer en risiko for selvfinansiering – og dermed for kapitalmangel – således, at de nødvendige investeringer ikke ville kunne gennemføres. Risikoen for tab for skattevæsenet "ville være særlig stor, hvis købesummen for overskudsselskabet blev betalt med dettes egne midler", hedder det i dommen. Erkendes må, at det er vanskeligt for en sælger at sikre sig, at køberen ikke, i hvert fald ikke på sigt, vil skaffe den endelige finansiering af betalingen for aktierne eller anparterne ved udtræk, måske i form af koncernlån, fra det købte selskab, men det kan ikke anses for ganske umuligt for sælgeren at kræve, at køberen præsterer en dokumentation, der sandsynliggør, at han kan skaffe eller har skaffet den nødvendige finansiering til gennemførelsen af de planlagte investeringer. Der var i den afgjorte sag tilvejebragt oplysning om det købende selskabs egenkapital, men der synes ikke at være foretaget beregninger eller skøn over, om det købende selskabs kapitalstyrke med tillæg af aktiverne i det købte selskab ville gøre det muligt eller kunne sandsynliggøre, at de nødvendige dispositioner til udskydelse af skattebyrden kunne foretages. Oplysning om køberens finansielle styrke synes

af større betydning end præcise oplysninger om de planlagte investeringer for vurderingen af om sælgerens handlemåde er forsvarlig eller uforsvarlig. Såfremt køberen ikke var kapitalstærk, men var indgået på at betale en pris, der væsentlig oversteg egenkapitalen i det erhvervede overskudsselskab, har sælgeren af et sådant selskab, som siges det i den afsagte dom, "særlig anledning til at være opmærksom på risikoen for tilsidesættelse af skattevæsenets (kreditors) interesser".

Højesteret har formentlig tillagt det betydning, at salget af selskabet som overskudsselskab ikke havde en driftsmæssig, men alene en – i hvert fald for sælgeren – skattemæssig begrundelse, og at dette taler for at vise sælgerens vanskeligheder med at gennemføre dispositionen på forsvarlig måde en noget mindre forståelse. I et højskattelands midlertidig beskatning er meget væsentlig motiveringsfaktor og en adskillelse mellem driftsmæssigt og skattemæssigt motiverede dispositioner, som er undergivet forskellig bedømmelse, er i hvert fald ofte ikke let gennemførlig. Tanken om særlig hensyntagen til skattetænkning er imidlertid også senere blevet nævnt i en højesteretsdom af 10.4.1997 om revisoransvar, her som en ansvarsmildnende omstændighed.

Et særligt spørgsmål melder sig i de sager, hvor køberen af et overskudsselskab har videresolgt dette til en anden, og selskabet derefter af en senere køber er blevet tømt. Grundlaget for, at en sælger i en situation, som den der forelå i UfR 1997.364 H, blev fundet ansvarlig, var en vurdering af de omstændigheder, der forelå ved salget af overskudsselskabet til køberen, og denne vurdering førte her til, at sælgeren burde have anet uråd, fordi de investeringer, køberen oplyste at have planlagt, måske ikke kunne anerkendes efter skattelovgivningen som grundlag for fradrag i den skattepligtige indkomst, og at investeringerne måske ikke ville blive gennemført, og at denne risiko for, at – lovlige og tilstrækkelige – investeringer ikke ville blive gennemført, var betydelig, fordi køberen meget muligt ikke havde den fornødne finansielle styrke. Viser det sig imidlertid, at køberen ikke har foretaget en ulovlig selskabstømning, men har videresolgt selskabet, formentlig mod en noget højere købesum, kan mistanken mod køberen om at være useriøs have vist sig at være ubegrundet, bortset fra at køberen nu meget muligt har optrådt som en uforsigtig sælger, og at der nu indtræder et tab for selskabets kreditorer (Told & Skat), fordi den senere køber tømmer selskabet for dets midler uden at kere sig om skatteforpligtelsen. Spørgsmålet er, om den oprindelige sælger kan fastholdes ved erstatningsansvar for sin optræden ved salg, uanset at den risiko der var knyttet til dette salg ikke har materialiseret sig, men at tab først er indtrådt på

grund af den ved et senere salg skabte risiko. Den almindelige eller almindeligste regel i erstatningsretten er, at en mellemkommende selvstændigt handlendes uforsigtighed i en årsagskæde ophæver ansvaret for et tidligere led. Heroverfor står, at den oprindelige sælger efter omstændighederne må siges at have skabt en risiko eller sandsynlighed for, at der vil blive påført kreditorerne tab, og at selv et selvstændigt medlemleds uforsigtighed ikke altid fuldt ud ophæver påregnelighed og årsagsforbindelse med det tab, der er indtrådt, og som ikke ville være indtrådt, om han ikke havde udvist uforsigtighed.

7. Det erstatningsretlige opgør i selskabstømmersagerne er ikke afsluttet med gennemførelse af erstatningskrav mod sælgere som sket i UfR 1997.364 H. Sælgere af overskudsselskaber har i de fleste eller alle sager handlet på grundlag af rådgivning fra advokat og revisor, og køberne af selskaberne har formentlig i en del tilfælde gennemført betaling og finansiering af købesummen i samråd med eller på grundlag af rådgivning fra deres pengeinstitut. Måske vil det endelige opgør med køberne af selskaberne føre til, at nogle af de forsvundne aktiver kommer for dagen, men det synes ganske uvist, hvornår og hvorvidt der vil kunne gennemføres krav mod selskabstømmerne.

De spørgsmål, der har umiddelbar praktisk betydning er bl.a., hvorvidt og i hvilket omfang en sælger, der har måtte betale erstatning for de ikke betalte skatter til Told & Skat, har krav på overskydende skat som følge af genoptagelse af tidligere ligning af skat i forbindelse med salg af overskuds selskabet og i bekræftende fald med tillæg af rente efter skattelovgivningen, dvs. en rente med 1% pr. måned som ikke er skattepligtig. Skattesministeriet ventes at ville udsende et cirkulære herom. Sælgere vil imidlertid ikke herved kunne undgå ethvert tab.

Et væsentligt spørgsmål ved opgørelsen af sælgernes tab er, at det må fastholdes, at kun egentlige tab kan kræves erstattet, mens sælgeren ikke vil kunne kræve erstatning for sin skuffede forventning ved, at salget af overskudsselskabet ikke har kunnet gennemføres som planlagt. Det er ganske vist i Pengeinstitutankenævnet blevet antaget, at der skulle gælde en almindelig regel om, at der også kan kræves erstatning for skuffede forventninger, men Højesteret har i UfR 1996.200 H fastslået, at en sådan nydannelse, om den skal indføres, kun kan indføres ved lov, og i øvrigt synes en eventuel nydannelse i hvert fald at måtte begrænses til forbrugerbeskyttelse, således som det er sket ved loven om omsætning af fast ejendom af 30. juni 1993 § 24, stk. 2. Sælgere kan ikke kræve erstatning for, at deres rådgivere ikke har skaffet dem det uopnåelige eller umulige, men sælgerne kan formentlig kræve erstatning for

deres egentlige tab i tilfælde, hvor de har forladt sig på rådgivning fra sagkyndige, fra advokat og revisor, om gennemførelse af et salg af overskudsselskabet. I en redaktionsnote til UfR 1997.364 H henvises der bl.a. til UfR 1973.417 H. Denne dom viser, at en klient, for hvem en advokat har udført en disposition som fuldmægtig, ikke vinder ret, dersom advokaten (fuldmægtigen) har været i ond tro. I UfR 1991.82 H (1991B.253) fandtes dog en advokat, der havde anmeldt et pantebrev til tinglysning, ikke at have repræsenteret panthaveren, jf. *Gomard*: Almindelig kontraktsret s. 241 med note 46. De advokater og revisorer, der har bistået sælgerne af overskudsselskaber med overdragelsen, har ikke i almindelighed haft fuldmagt til at handle på sælgerens vegne, men dommen i UfR 1997.364 H synes at være gået ud fra, at en sælger er ansvarlig, dersom han og/eller hans rådgivere ikke har udvist den fornødne agtpågivenhed i forbindelse med en disposition foretaget (tiltrådt) af sælgeren, uanset at dommen ikke som i en tidligere sag, UfR 1992.858 H, bruger et udtryk som, at parten "eller hans rådgivere måtte være klar over at ...". Spørgsmålet om sælgerens ansvar for sine rådgivere, et spørgsmål der nu og da har været rejst for så vidt angår ejendomsmæglere, jf. *Samuelson*: Ejendomsmægleransvar s. 67, blev ikke rejst i UfR 1997.364 H, og der er da næppe heller grund til at tro, at sælgeren ville være blevet hørt med et anbringende om, at måske hans rådgivere, men i hvert fald ikke han selv, kunne siges at have handlet uforsigtigt. Rådgiverne for en sælger, der bliver pålagt erstatningsansvar over for det tømte selskabs konkursbo, vil ikke kunne påregne at undgå erstatningsansvar under henvisning til, at de havde grund til at orientere sælgeren om den i en periode almindelige praksis med salg af overskudsselskaber under henvisning til den forpligtelse til at rådgive, som påhviler en advokat og revisor, jf. herved UfR 1985.489 H og den allerede omtalte højesteretsdom afsagt den 10. april 1997, trykt i UfR Nyhedsservice 1997 s. 31.

Erstatningskravet mod rådgiverne må nedsættes med det beløb, sælgeren har modtaget som betaling for de aktiver, der modsvarer skatteforpligtelsen og med en rente af dette beløb, da sælgeren jo har haft rådighed over beløbet indtil erstatningsopgøret. Størrelsen af regreskravet vil således aftage, hvad der umiddelbart kan synes ejendommeligt, med stigende "kurs" for skatteforpligtelsen. Det ejendommelige i denne sammenhæng begrænses imidlertid, såfremt domstolene beslutter kun at pålægge sælgere erstatningsansvar, der som i UfR 1997.364 H har opnået en pris, der foruden egenkapitalen dækker en stor del – i den pådømte sag 80% – af skatteforpligtelsen.

8. Afviklingen af overdragelserne af overskudsselskaber er i mange, formentlig i de fleste, tilfælde sket ved betalingsoverførsler mellem pengeinstitutter, således at selskabets aktiver er overført til nye konti for selskabet i en af køberen valgt bank, mens købesummen er overført fra købers bank (ofte den samme bank) til sælgers konto i dennes bank. Et pengeinstitut kan ikke antages at have pådraget sig noget ansvar ved at foretage betalingsoverførsler fra en konto efter ordre fra den, der har rådighed over kontoen. Det kan ikke antages, at det i almindelighed skulle påhvile et pengeinstitut, der modtager ordre om at foretage betalingsoverførsler, at undersøge, hvad baggrunden er for disse overførsler, og om der kan være noget kritisabelt ved de bagved liggende dispositioner. Situationen kan imidlertid stille sig anderledes, hvor køber med sin bank har drøftet, hvordan han skal finansiere sin erhvervelse af et overskudsselskab. Det kan under en sådan drøftelse mellem køber og hans bank være blevet klart for banken, at køber vil betale aktierne eller anparterne med de midler, som findes i selskabet, og at de betalingsoverførsler, som banken gennemfører efter aftale med køberen, fører til, at betalingen for aktierne eller anparterne fremskaffes på denne måde. Køberens bank har, hvor den har haft en sådan viden om baggrunden for de skete betalingsoverførsler, medvirket til køberens overtrædelse af forbuddet mod selvfinansiering, og der må formentlig påhvile banken et medansvar for det tab, Told & Skat har lidt, i hvert fald hvor svækkelsen af selskabets betalingsdygtighed ved betaling af aktierne eller anparterne med selskabets egne midler har været en væsentlig medvirkende årsag til tabet. Et pengeinstitut, der har været bekendt med køberens overtrædelse af selvfinansieringsforbuddet, vil næppe kunne frikendes for ansvar, selv om pengeinstituttet ikke selv har "truffet eller opretholdt" den ulovlige disposition over selskabets midler, men har handlet efter ordre fra sin kunde. Ansvar for banken kan dog næppe støttes på tilbagebetalings forpligtelsen efter Aktieselskabslovens § 115 (Anpartsselskabslovens § 84), men følger af den almindelige erstatningsregel i § 140. Pengeinstitutternes medarbejdere har utvivlsomt ikke alle været opmærksomme på, at selskabslovgivningen indeholder forbud mod selvfinansiering, og at dette forbud kan gå forud for adgangen til at yde koncerndlån. En manglende juridisk indsigt kan gøre det forståeligt, om købers pengeinstitut i nogle tilfælde har været vidende om selvfinansiering, men ignorantia juris semper nocet. Selv en undskyldelig uvidenhed eller misforståelse af retstilstanden fritager ikke for ansvar.

9. En sælger af et overskudsselskab, der har måttet erstatte skattevæ-

senet dets tab som sket i UfR 1997.364 H, kan således være i en situation, hvor sælgeren har en, oftest to eller eventuelt flere medansvarlige, og i så fald melder der sig spørgsmålet om, hvordan sælgerens tab skal fordeles. Afgørelsen herom må selvsagt afhænge af vurderingen i den enkelte sag af, hvad der, som det siges i § 25 i Erstatningsansvarsloven, "under hensyn til ansvarets beskaffenhed og omstændighederne i øvrigt må anses for rimeligt", herunder også graden af den uforsigtighed den enkelte ansvarlige findes at have udvist. I den nævnte § 25 siges også, at der ved den indbyrdes fordeling af erstatningsbyrden mellem skadevolderne kan tages hensyn til foreliggende ansvarsforsikringer. Det vil formentlig ofte være vanskeligt at skelne mellem betydningen af advokats og revisors medvirken ved et salg, der senere kritiseres, og ansvarsbyrden mellem advokat og revisor vil derfor vel ofte blive delt lige. Sælger vil vel i almindelighed have regres for sit fulde tab mod ansvarlige, professionelle rådgivere. Såfremt købers bank findes at have været fuldt ud på det rene med, at køber betaler aktierne eller anparterne med selskabets egne midler, må formentlig i hvert fald hovedparten af ansvarsbyrden falde på banken. Advokat og revisor vil formentlig kunne kræve deres del af ansvarsbyrden dækket af deres ansvarsforsikring, medmindre der er særlige holdepunkter for at antage, at den uforsigtighed der er udvist må betegnes som grov uagtsomhed. Grov uagtsomhed i forsikringsretlig forstand er begrænset til tilfælde, som man ikke bør kunne dække sig mod ved ansvarsforsikring. En sådan situation vil formentlig kun undtagelsesvis foreligge i sagerne om erstatningsopgør efter salg af et overskudsselskab, der er blevet tømt af køberen. Særlige tilfælde, der vil kunne begrunde en anden vurdering efter en klausul i policen om grov uagtsomhed, kan være sager, om de måtte forekomme, hvor advokat og/eller revisor har medvirket til, at sælger har foretaget "nettoafregning" dvs. ikke har overført samtlige selskabets aktiver til køberen af aktierne eller anparterne, men har hævet købesummen i selskabet og alene overført den resterende del af aktiverne til den nye selskabsejer. Medvirken med åbne øjne til overtrædelse af selvfinansieringsforbuddet, en overtrædelse der i UfR 1997.364 H er tillagt væsentlig betydning, må formentlig, i hvert fald efter omstændighederne, hvor der ikke har været grund til at anse køberen for kapitalstærk, betegnes som grov uagtsomhed.

Formation of Contracts according to the Principles of European Contract Law

Professor Arthur Hartkamp, Utrecht University

Introduction

As it is widely known by now, the European Commission on Contract Law, chaired by Ole Lando, is in the course of preparing what could be described as a Restatement of European Contract law.¹ Taking off in 1980, the Commission finished the first part of its work in the early nineties. This part, published in 1995,² contains four chapters: General Provisions, Terms and Performance of the Contract, Non-performance and Remedies in General, and Particular Remedies for Non-performance.

The Commission has now also finished its second part, which at the moment of writing is in the course of publication. The second part consists of the following chapters: Formation, Authority of Agents, Validity and Interpretation. Together there are now nine³ chapters containing some 130 articles, which range from general statements and flexible standards to more detailed provisions.

1. See for an outline of the work of the Lando Commission, as well as the UNIDROIT Commission acting as its counterpart, A.S. Hartkamp, **Principles of Contract Law**, in A.S. Hartkamp *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1994 [second edition soon to appear], with further references. The two instruments are discussed comparatively by A.S. Hartkamp, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, *European Review of Private Law* 1994, p. 341–357, and by M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, *Uniform Law Review* 1996, p. 229–246. A thorough study of the European Principles is R. Zimmermann, *Konturen eines europäischen Vertragsrechts*, *JZ* 1995, pp. 477–492.
2. Ole Lando and Hugh Beale (ed.), *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1995.
3. The Chapter “Terms and Performance of the Contract” has been split in two chapters.

Arthur Hartkamp

This article will focus on the chapter on Formation of Contract, for which Ole Lando has acted as reporter. In reviewing its subject matter I intend to compare it briefly with several other international instruments, *viz.* the chapters on Formation of Contract in the 1980 UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG) and in the 1994 UNIDROIT Principles⁴ and, as far as standard terms are concerned, the 1993 European Directive on Unfair terms in Consumer Contracts.⁵

Moreover, I shall pay some attention to the Dutch Civil Code of 1992, being the most recent new Civil Code in Europe, for which Ole Lando over the years of our cooperation has shown his interest and appreciation.⁶

General principles

The Chapter on Formation, which is to become the second Chapter of the Principles (hence the article numbers begin with “2”) contains three sections with 20 Articles in all: General Provisions (Articles 2:101–107), Offer and Acceptance (Articles 2:201–211) and Liability for Negotiations (Articles 2:301–302).

Most of the Articles of the first Section contain rules that are already well known from CISG and the UNIDROIT Principles. This is true for the rules on conditions for the conclusion of a contract, intention and sufficient agreement; which means, *inter alia*, that the mere consent of the parties suffices for the conclusion, modification or termination of a contract and that there are no additional requirements such as formalities, cause or consideration. This implies that the Principles do not accept any difference between “commercial” and “gratuitous” promises.

4. Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome 1994. The most extensive discussions of these Principles to date are M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, New York 1994 (see also by the same author *Un ‘Codice’ Internazionale del Diritto dei Contratti*, Milan 1995) and J.M. Perillo, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: the black letter text and a review, *Fordham Law Review* 1994, pp. 281–344. See also *supra* Footnote 1. Literature on the UNIDROIT Principles since 1994 is reported in the Bibliographies in the *Uniform Law Review*.
5. *Official Journal* No. L 95/29.
6. See Ole Lando, *Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and the relationship to Dutch law*, *European Private Law Review* 1993, p. 157–170.

In one respect the rules differ from Article 14 CISG (as do the UNIDROIT Principles and the Dutch Civil Code):⁷ sufficient agreement does not require that an offer fixes or makes provision for determining the price. If an agreement which is silent on the price meets the test of Articles 2:101 and 103, that is to say if it is sufficiently definite and if the parties intend to be legally bound, there is a valid contract and the price to be paid will be determined according to Article 6:104 (ex art. 2:101).⁸

General Conditions of Contract

Like the UNIDROIT Principles (but contrary to CISG) the European Principles contain rules on general conditions of contract or standard terms. In Article 2:209 para. 2 general conditions are defined as terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature. The article further lays down a rule on the “battle of the forms” which in substance is the same as Article 2.22 UNIDROIT Principles (“knock-out doctrine”): if the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed and the general conditions form part of it to the extent that they are common in substance.

Besides the notion of general conditions the Principles employ the concept of “terms which have not been individually negotiated”,⁹ which is intended as a broader concept than that of general conditions. Article 2:104 provides that contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party who did not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party’s attention before or when the contract was concluded. Terms are not brought appropriately to a party’s attention by a mere reference to them in a signed contract document.

Supposing that the criterion of “a party which did not know of the terms” goes to their contents (and not to the mere fact that the other party uses standard terms and wants them to be a part of the contract)

7. Arts. 2.2 and 5.7 UNIDROIT Principles; Arts. 6:227 and 7:4 Dutch Civil Code.

8. “Ex” refers to the 1995 text (see footnote 2), soon to be replaced by the second, enlarged version of the Principles.

9. Comp. the Council Directive on Unfair terms in Consumer Contracts, Art. 3.

Arthur Hartkamp

this rule is much stricter than Article 2.20 of the UNIDROIT Principles, which only relates to surprising terms and provides that surprising terms are not effective unless expressly accepted by the other party. It seems to be inspired by rules such as Articles 6:233 sub *b* and 234 of the Dutch Civil Code, which provide that standard terms in principle may not be invoked against a party who did not dispose of their written text at the moment of the conclusion of the contract. But in the Dutch Code the rule is confined to transactions with consumers and small businesses, whereas the European Principles are meant to be applicable to both consumer and non-consumer transactions. The European Directive does not contain a comparable rule.

The concept of “terms which have not been individually negotiated” is also used in Article 2:105 on Merger Clauses, which will be discussed below. Moreover, it appears in other Chapters, such as Article 4:110 (Validity: Unfair Terms) and Articles 5:103 and 104 (Interpretation: Contra Proferentem Rule and Preference to Negotiated Terms) which fall outside the scope of the present discussion.

Merger Clauses

Article 2:105 deals with merger clauses and in so doing follows the example of the UNIDROIT Principles; on the other hand, there are no such rules in CISG or in the Dutch Code. Like Article 2.17 of the UNIDROIT Principles it provides that merger clauses are operative in the sense that a) the written text of the contract embodies all its terms (so that prior statements or agreements will not form part of it), and b) that such prior statements or agreements may be used to interpret the writing.

However, in the European Principles the regulation is more extensive. The Article goes on to say (i) that the rule sub b) may not be excluded or restricted except by an individually negotiated clause; (ii) that a merger clause which is not individually negotiated will only establish a presumption that the rule sub a) is intended, and that this provision may not be excluded or restricted; and (iii) that a party may by his statements or conduct be precluded from asserting a merger clause to the extent that the other party has reasonably relied on the statements or conduct.

Written Modification Clause

Article 2:106 provides that a clause in a written contract requiring any modification or termination by agreement to be made in writing establishes only a presumption that an agreement to modify or end the contract is not intended to be legally binding unless it is in writing. The comments explain that the presumption will be rebutted by showing that the parties actually intended to modify the contract by means of an informal agreement. Both Article 29 CISG and Article 2.18 UNIDROIT Principles give a fuller effect to the clause, stating that it prevents the modification or termination from being made otherwise than in writing.

All three texts add a rule on reliance: a party may be precluded by its conduct from asserting the clause to the extent that the other party has acted in reliance on that conduct.

Dutch law (the Code being silent on the subject) conforms with the more flexible solution of the European Principles.

Promises Binding Without Acceptance

Article 2:107, proposed by Ole Lando and particularly cherished by him, contains a rule which is new compared to all other legal instruments under discussion. It states that a promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding; and that the rules on contracts apply with appropriate adaptations. From these rules it follows, *inter alia*, that the promise may be rejected by the promisee (Article 2:203).

On the one hand this rule reflects commercial practice that has created unilateral binding promises such as an irrevocable letter of credit. On the other hand it further develops the principle expressed in Article 2:202 para. 3, which accepts the possibility of an offer being irrevocable if the offeror intends it to be so.

Some Civil Codes, *e.g.* the German Code, accept binding unilateral promises of rewards.¹⁰ French authors are hesitant to accept the principle of an “engagement unilatérale de volonté; and the doctrine of the “promesse unilatérale”, contrary to what its wording suggests, denotes an agreement on the basis of which one of the parties has the option to conclude, by making his acceptance known to the other party, a con-

10. See *e.g.* § 657 BGB and Art. 6:220 Dutch Civil Code.

Arthur Hartkamp

tract whose contents are fixed by the ‘promesse’.¹¹ In The Netherlands there are Supreme Court decisions which effectively accept the binding nature of unilateral promises made by the Administration to private citizens, although the basis in the Civil Code for such “obligations created by unilateral acts” is very small indeed.¹² It has been argued that unilateral promises which are legally binding are also conceivable outside the realm of government promises, but the Supreme Court until now has tackled them through the intermediary of tort law: if a party has acted in reliance on a unilateral promise made by another party it would constitute a tort on the part of that other party not to honour his promise.¹³ Less far reaching, the Dutch Code lays down a number of instances where a promise which purports to grant a benefit to the offeree is deemed to be accepted if it has come to his attention and is not rejected without delay.¹⁴

In the light of these separate instances of promises either legally or effectively binding without acceptance the general rule of Art. 2:107 is an interesting innovation, which may well affect the developments within the national legal systems.

Offer and Acceptance

The rules on offer and acceptance contained in Section 2 closely follow the pattern set by CISG (also followed by the UNIDROIT Principles and the Dutch Civil Code). I shall discuss only those provisions that differ from that pattern.

As to the *offer made to the public* at large, Article 2:201 para. 2 states that a proposal which is not made to one or more specific persons “may nonetheless be an offer”. This rule is not too clear but it seems to

11. Terré/Simler/Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, 6th ed. 1996, Dalloz Paris, nr. 46 ff, 183 ff.

12. See Art. 6:1 Dutch Civil Code. There is no separate doctrine of administrative contracts in The Netherlands. See Asser-Hartkamp I, *Verbintenissenrecht, Deel I: De verbintenis in het algemeen*, 10th ed. Zwolle 1976, nr. 48a and Asser-Hartkamp II, *Verbintenissenrecht, Deel II: Algemene leer der overeenkomsten*, 10th ed. Zwolle 1997, nr. 83 ff, both with further references.

13. E.g. Hoge Raad 18 Nov. 1994, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995, nr. 170.

14. Arts. 6:5 para. 2 (offer by a person who is bound under a natural obligation to perform the obligation); 6:160 para. 2 (renunciation of debt); and 6:253 para. 4 (stipulation in favour of a third party). Another example may be found in the title on Donations (a part of the Code not yet enacted): Art. 7.3.1 lid 2.

be essentially identical with Article 14 para. 2 CISG, providing that such a proposal is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated. The UNIDROIT Principles address the issue only in the Comments (comment 2 to Article 2.2), which go to the same effect.

The rule is supplemented by a new provision in the following paragraph of the same Article 2:201: a proposal to supply goods or services at stated prices, made by a professional supplier in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is presumed to be an offer to sell at that price until the stock of goods (or the supplier's capacity to supply the service) is exhausted. Although the rule precedes Article 2:202 (which deals with the (ir)revocability of an offer in the same sense as Article 16 CISG) it seems to indicate that such a proposal is to be considered as an offer which is irrevocable subject to the condition mentioned in it being fulfilled.

Modified acceptance. In all instruments under discussion a reply containing additional or different terms which would materially alter the terms of the offer is a rejection of the offer and constitutes a new offer. In this connection Article 19 para. 3 CISG sets out a number of terms which, if contained in an acceptance and differing from the offer, are considered to alter the terms of the offer materially, so that on the basis of this "acceptance" a contract will not be concluded. The paragraph mentions terms relating to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other and the settlement of disputes.

This rigid provision understandably is not taken over in the Principles: in Article 2:208 (and the same is true for Article 2.11 of the UNIDROIT Principles) the matter is left open. Consequently, the question which terms amount to a material modification of the offer will have to be decided according to the circumstances of the case. On the other hand, para. 3 of the Article meticulously spells out three cases in which a reply containing terms which do not materially alter the offer nevertheless will be treated as a rejection of the offer. However, these three exceptions are as harmless as they are self evident; they would also be recognized if the article did not mention them.¹⁵

15. The reply will be treated as a rejection of the offer if a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or c) the offeree makes his acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

Arthur Hartkamp

Contracts not concluded through offer and acceptance. Article 2:211, the last Article of the second section, for the first time in an international document of contract law clearly acknowledges the fact that the process of formation of a contract may not always be analysed into offer and acceptance.¹⁶ This is particularly true in cases of prolonged contract negotiations. Even if these negotiations start on the basis of a concrete offer, often such an offer subsequently by rejection or otherwise tends to lose its force and when the negotiations end in an agreement between the parties it is no longer possible to identify an offer or an acceptance. The Article states that the rules in section 2 apply with appropriate modifications even though the process of formation of a contract cannot be analysed into offer and acceptance. In the comments some examples are provided of cases where the rules on offer and acceptance may nevertheless be applied *per analogiam* to this type of contract formation.

Liability for Negotiations

The third Section of the Chapter (Articles 2:301 and 302) is devoted to *the negotiation process*. The provisions follow the solutions reached in the UNIDROIT Principles (Articles 2.15 and 2.16).

Article 2:301 states that a party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith¹⁷ is liable for the losses caused to the other party. The article goes on to offer an example of this: it is contrary to good faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no intention of reaching an agreement with the other party.

The article corresponds to Dutch case law, subject to the rule that liability is restricted to *losses* caused to the other party. The Dutch Supreme Court has not ruled out the possibility that the other party is entitled to compensation of his expectation loss (“positives Vertragsinteresse”); this may be so either if he had reasonable grounds to be-

16. The same idea is expressed in the UNIDROIT Principles in a more implicit fashion: Article 2.1 states that a contract may be concluded either by the acceptance of an offer or “by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.”

17. This expression is, I think, preferable to “in bad faith”, used in the UNIDROIT Principles, because it sounds more objective and lacks the connotation of subjective morality.

lieve that a contract would be concluded or on account of “other circumstances” (which have so far not been specified by the court).¹⁸

According to Article 2:302 a duty of confidentiality may arise in a situation where it would be contrary to good faith to disclose information obtained during negotiations. If appropriate, the remedy for breach of the duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the party in breach. Dutch law would lead to the same result on the basis of the provisions on tort (especially the general clause of Article 6:162) in conjunction with Article 6:104, allowing the court to measure the injured party’s loss by the amount of profit gained by the party in breach.

Final Remarks

Formation of contract is an important topic both in national and international contract law, but it is not a topic where, after the achievements of CISG (and its predecessor, ULF)¹⁹ on the one hand and the 1994 UNIDROIT Principles on the other, much new ground remained to be trodden by the Commission on European Contract Law. Nevertheless, on some points the commission succeeded to add new ideas to the existing stock of accepted solutions. For this it is to be congratulated – together with its chairman, who is not only responsible for the doings of the Commission in general but also for some of its finest results.

18. See Asser-Hartkamp II (1997), nr. 162 ff. As yet, the Dutch rule seems not to have found much acceptance abroad: see Hondius, in Hondius (ed.), *Precontractual liability*, Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law (1991), p. 22 ff.

19. *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, The Hague 1964.

Videospelet – en upphovsrättslig treenighet – dess skydds- och spridningsförutsättningar enligt svensk rätt

Professor, jur. dr. Gunnar W.G. Karnell, Handelshögskolan i Stockholm

Jag har svårt att föreställa mig att min käre kollega Ole Lando kan drabbas till den grad av sysselsättningsproblem att han kan komma att skaffa sig en kartong med den egendomliga apparatur som kan höra en uppsättning videospel till, de må kallas Sega™, Nintendo™ eller något annat, för att så med engagerat knapptryckande eller kramande av plasthandtag eller annan anvisad metod skaffa sig underlag för den verklighetsflykt som kan ligga i att t ex påverka skjutgalna, bjärtfärgade monsters äventyr i labyrinter, bollars väg i mål eller liknande på en TV- eller datorskärm. Men säker kan jag naturligtvis inte vara. Kanske t o m en Ole kan falla för reklambudskapet "The New Dimension of Fun". Vi är dessutom båda i en ålder där yngres lust att engagera oss i deras förehavanden kan göra att vi plötsligt sitter där till att söka begripa meningen med tillhandahållna ting. Det kan gälla att vara en groda i ett avloppssystem, jagad av svärdssvingande figurer. Då gäller det att hänga med! Men vad styr då utbudet av allt detta? Varifrån kommer det, och på vilka villkor?

Redan när sådana frågor ställs är vi på Oles hemmaplan, i den internationella handeln, er Oles rättsmiljö. Så varför inte här ge några synpunkter på hur den gestaltar sig beträffande förutsättningarna för allt det blygande och knäppande som leder så många ut i tomt iakttagande och bruk av ett övermått av reaktionsförmåga, inriktad på överklighet, hur främmande de betingande företeelserna än kan te sig? Ole och eventuella andra läsare får dock ursäkta att jag inte här kommer att annat än i förbigående beträda ett honom kärt rättsområde, den komparativa rättens. Jag har valt att i det mesta här hålla mig på vad vi på svenska kallar "mammans gata", d v s i den svenska rätten, så att jag inte skall ta utrymme för andras, grundligare funderingar över rättsordningar som är dem mer nära än mig. Svensk rätt uppvisar, som vi skall

se en del särdrag, med praktiskt betydelsefulla nedslag i en eljest internationaliserad eller i vart fall EG-regionaliserad marknad där videospels ekonomiska vikt alls inte är ringa.

Den som öppnar förpackningen till ett videospel finner typiskt sett numera däri en videodiskett och därtill en spelbeskrivning, ett häfte med tryckta anvisningar och diverse bilder för hur man skall kunna uppfatta vad som utspelar sig på TV- eller datorskärmen under spelets gång. Läsning av häftet talar om hur man spelar och det skall dessutom ge fantasin en knuff till att begripa vad som alls sker på skärmen.¹

De första videospel som jag hade anledning att fundera närmare över rent juridiskt drabbade mig 1989. De hette sådant som *Gladiator*, *Kung Fu Master* och *Prohibition* och hade föregåtts av sådana storheter som *Pac-Man* och *Donkey Kong*. De tre förstnämnda och en del andra påstods ha kopierats och min uppgift var att för en domstol klarlägga förutsättningarna för att bedöma om de datorprogram på vilka spelen byggde vore upphovsrättsligt skyddade redan enligt den lagstiftning som gällde i Sverige i tiden före den 1 juli 1989. Först då blev det nämligen i själva den svenska upphovsrättslagen (här: URL) klarlagt att datorprogram var en i sig skyddsfortjänt verkskategori, såsom ett slags litterära verk.² För mig gällde det att bedöma om just de aktuella spelen uppfyllde de upphovsrättsliga kraven för skydd mot kopieringen. Redan i kontakten med de tre förstnämnda programmen hade jag anledning att fästa domstolens uppmärksamhet vid att det rättsskydd som kunde tillkomma spelen inte endast kunde gälla dem såsom litterära verk utan även kunde i princip avse dem såsom filmverk i URL:s mening.

Nu läser jag i Newsweek om medietvecklingens i USA senaste steg i de på datorprogram baserade spelens utveckling till allt effektivare instrument i personlighetsutplåningens tjänst. Fråga är där om "Vertical Reality", "the ultimate Gameboy", bestående av en enorm central pelare av tre videoskrmar, ca 8 meter höga, i skyskrapiform, placerade i en spelhall. Ett antal spelare sitter i en cirkel fastspända i stolar som förflyttar sig uppåt runt en pÅle. Spelarna har var sitt elektroniska skjutvapen till att skjuta med på uppdykande rymdmonster. Ju fler man som spelare lyckas "knappa", desto högre upp förs man; om man själv blir

1. När jag här i fortsättningen begagnar uttrycket videospel avser jag inte de icke-digitala perifernalia som jag just nämnt. Det är här spelet, sådant det framträder på skärmen och vad som s a s ligger bakom det som skall tas under juridiska överväganden.
2. SFS 1989:396; prop 1988/89: 85, LU 34.

träffad, så ramlar man ned ett snäpp. Den som vinner får chansen att skjuta en Mr. Big, vilket leder till verklighetsupplevelsen av ett helt fritt fall! Newsweeks kommentar: “Wheeee! On our Vomitometer Scale: a 6.”³ Är lokalen ett slags bio? Visas där film? Har upphovsrätten något där att göra?

Pac-Man’s vänner kan fönu med en sas inverterad ögishjälms – alltså inte till osynlighet som i den norröna sagovärlden utan till att inte se omvärlden – träda in i den spelkaraktäristiska labyrinten till en skenbar, simulerad verklighet och stöka runt där i “Virtual Pac Man”, omedveten om omgivningens eventuella krav på uppmärksamhet. Den hjälmklädde är i hjälmen mitt i överkligheten! I en film?

Ja, nog spelar upphovsrätten med, både vad gäller de datorprogram som möjliggör företeelserna och de bildsekvenser med åtföljande ljud-effekter som hanteras av spelarna, vare sig dessa befinner sig “i upplevelsens mitt” eller ej. Till förutsättningarna för och en del effekter av det upphovsrättsliga skall vi nu vända blicken.

Hur det alls blir fråga om upphovsrätt

Upphovsrätten är ju ett egendomsrättsligt institut, grundat på konstaterande av ett skyddsförtjänt objekt, ett verk, tillkommet såsom skapat av en eller flera upphovsmän. Vad de åstadkommit skall vara antingen litterärt eller konstnärligt eller rentav samtidigt av båda slagen.

Litterärt är vad som i vidaste mening är beskrivande. Ett datorprogram kan förekomma både i på vanligt sätt läsbart skick och som endast maskinläsbart. Det utgör dock hur som helst en beskrivning av förlopp, dem som datorn realiserar. Efter att under en del år ha svävat i ett slags internationellt rättsligt vacuum har nu datorprogrammen på skilda grunder världen över landat allt säkrare i kategorin litterära verk.⁴

För bildsekvenserna aktualiseras, där de kan anses vara filmverk i URL:s mening, kategorin *konstnärliga* verk. Klart är att, där i 1 § URL filmverk anges bland uppräknade verk, det är fråga om företeelsen film, i vilken något upphovsrättsgrundande förekommer, och att med film

3. Newsweek, March 10, 1997, s. 54 f. Då var det roligare att uppnå samma effekt under antiken. På gästbud hos Trimalchios avkrävdes inte vomitorienyttjaren några sestetertier till att motsvara de av nutidens anordnare begärda 4 USD/gång över kreditkort.

inte avsetts annat än "bild i rörelse", bilder i en bildföljd.⁵ I EG-direktivet 92/100/EEG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och med upphovsrätten närstående rättigheter förekommer i artikel 2 under 1. den numera bindande definitionen att "the term film shall designate a cinematographic or audio-visual work of moving images, whether or not accompanied by sound". Vidare är det klart att de specialregler som förekommer i 2 och 3 kap URL och som endast gäller litterära verk "icke i något fall skall användas på filmverk", en uppfattning med grundval i de ursprungliga lagförarbetena, vilken sedan ofta bekräftats.⁶ Filmverk utgör sålunda en speciell kategori av verk inom den konstnärliga verkskategorin, även om de skulle vara i en eller annan mening beskrivande. Självfallet är det upphovsrättsligt skyddade i ett videospel som filmverk inte endast att bilder rör sig utan fråga är om helheter av sådant, händelseförlopp, form, färg, figurer, ofta som vore de i en traditionell tecknad film, ljudeffekter, musik etc. Filmverket i videospel kan ses som summan av alla rörliga bildförlopp med vad därtill hör som skärmen kan uppvisa. Härtill kommer ljud som i vanliga ljudfilmer. Varje avslutad spelomgång liksom delar därav som uppfyller det upphovsrättsliga verkshöjdskravet, varom mer härnedan, utgör filmverk. En upptagning av vad som visas under en spelomgång är sålunda ett filmverksexemplar under videospelens titel. En upptagning av vad som syns på skärmen som stillbild, t ex medelst fotografi, kan allt efter det avbildades art utgöra ett exemplar av ett konstverk.

Men, stopp ett tag! Vad är det Ole gör med sina spelknappar och reglager? Ägnar han sig måhända åt att "individually access by electro-

4. EG-direktivet 91/250 EEG om rättsligt skydd för datorprogram. Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights, including trade in counterfeit goods, TRIPs, article 10, med lydelsen: "Computer programs, whether in source code or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)". WIPO Copyright Treaty (1996), article 4: "Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression."

5. SOU 1956:25 s. 65. Allmänt om filmverksterminologin, se Karnell, G, Rätten till programinnehållet i TV, Nyköping 1970, s. 256 ff. Att en gång etablerad bildföljd inom en given uppsättning därav inte behöver återges som sådan för att det skall anses vara fråga om ett utnyttjande av det aktuella filmverket framgår för US-rätts del uttryckligen av upphovsrättslagen, 17 U.S.C. § 101, där framförande av ett audiovisuellt verk definieras med "to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible".

6. Prop 17/1960 s. 49 (depch).

nic or other means” “a collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic or methodical way” så att de blir just “individually accessible”, så som jag just nämnt? Frågan är närmast retorisk. Visst leker Ole inte bara med datorprogram och film när han spelar videospel! Nej, han sysslar också med databaser med digitalt lagrade verk och verksdelar⁷, och baserna kan redan i sig vara skyddade upphovsrättsligt som sammanställningar av verk eller delar av verk. De kommer emellertid att bli än mer skyddade enligt EG-direktivet 96/9/EG om databaser, som vi alla inom EU skall ha att rätta oss efter from 1998 i en eller annan form av implementering, som det numera så vackert heter. Då skall nämligen alla databaser enligt de bestämmingar som jag nyss återgav “which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute the author’s intellectual creation” skyddas som sådana, av upphovsrätt. Och då, oberoende av om Ole kan göra sig ens en aning därom eller ej, kan det dessutom vara så att “the maker” av den databas som Ole leker med kan visa att “there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents” i basen. I så fall har denne “maker” enligt direktivets artikel 7 under 1. en rätt “to prevent extraction and/or re-utilization of the whole of or a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of the data base” – och detta oberoende av om den aktuella basen kvalificerar för upphovsrättsligt skydd.

Är det sådant databasutnyttjande som Ole håller på med? I så fall sysslar han inte bara med en upphovsrättslig treenighet i sitt videospelande, utan även med dess ur investeringsskyddstöcken eventuellt sig materialiserande släkting, databasproducentens rätt “*sui generis*” eller, som man på ett slags svenska fått till det, dennes rätt “av sitt eget slag” till vad som väl trots försvenskningssraseriet kan få kallas en “*sui generis*-databas”.⁸

Jag skall inte här oroa Ole i onödan med vad som kan vänta honom i Sverige av ev. rättsliga konsekvenser av allt detta. I sitt privata spelande kan han känna sig rättsligt ostörd även framöver, men i det kommersiella ser sig marknaden begåvad med något skäligen svårberäknligt. Detaljer därom är det här inte skäl att gå in på. Vi skall i stället närmast

7. Sådant kan förekomma lagrat såväl i filformat som i programmeringsspråk. Endast i sistnämnda fall har vi härvidlag anledning att tala om datorprogram som skyddsobjekt. Eljest bestäms verkskaraktären av vad som lagrats. Om detta t ex utgörs av ett konstverk, så har vi där ett konstnärligt verk, till skillnad från datorprogrammets egenskap av litterärt verk.

Gunnar W.G. Karnell

titta litet närmare på vad som ligger bakom videospel i fråga om upphovsrättsligt skapande insatser för att sedan begrunda de allmänna kriterier för upphovsrättsligt skydd som kan göra sig gällande i våra videospels treenighet av datorprogram, film och databaser. Därpå blir det fråga om treenighetens roll i fråga om spridning av videospellexemplar på den svenska marknaden.

Videospelet som datorprogram, filmverk och databas

Datorprogram för videospel grundar sig på ett konstnärligt utförande av bildverk till underlag för vad som skall omsättas till programmeringsspråk i källkoden för programmen (även till tjänst för åtkomst av ev. digitalt lagrade filer utan programmeringsspråk). Sedan framställs i samverkan mellan programmerare, konstnärer och kompositörer av ljudelement en master för spelet. Detta testas sedan under en tidsperiod som kan innebära en betydande arbetsinsats för finslipning av programmets källkod etc. En säkerhetskod läggs in och kopior framställs till att marknadsföras i förpackningar med en utstyrsel som skall attrahera till närmare bekantskap med produkten. Om vi ser till själva spelskapandet, så kan vi konstatera att det alls inte är fråga om någon enkel eller mer eller mindre självklar sammanställning av instruktioner. Dessa vilar på ett antal konstnärliga (bild-)parametrar jämte ljudelement, vilka ingår i vad som ger spelet dess särart. Sådant varierar i ett stort antal medvetna val under spelframställningen. Detaljeringsgraden i det som skall framställas är betydande och leder på skilda händer till olika programmeringslösningar. Det för videospel karakteristiska kravet på koordinering av samtidiga rörelser i bilden ger särskilda programmeringsproblem, som leder till skiljaktigheter i lösningar. Fråga är om personligt utförda, typiskt sett skapande insatser till att ge spelet dess slutliga digitala form.

När så spelet aktiveras framträder en digitalt lagrad bildföljd på bild-

8. Detta svenska uttrycks lämplighet, ja, redan dess begriplighet för en redan upphovsrättsligt över hövan förvirrad allmänhet, för att inte tala om domare och advokater, vill jag ifrågasätta. En rätt sui generis, som på andra håll i Europa inte berett språkförståelse mer än andra, numera främmande ord, som medborgarna får lära sig, har här föranlett tillämpning av en hemsnickrad språklig subsidiaritet, vars enligt min mening enda förtjänst är att den visar hän på att företeelsen lämpligen bör lagstiftningstekniskt förläggas utanför URL, så som redan skett med kretsmonstren och så som, när detta skrivs i mars 1997, redan föreslagits för Österrikes upphovsrättslag.

skärmen, typiskt sett åtföljd av ljudsekvenser. Vad som då händer är att medelst datorprogram och ur vad som eventuellt kan ses som en digital databas framträder i rörliga bilder vad som lagrats där till att utgöra ett filmverk för den som använder spelexemplaret för att ta del av de där lagrade bilderna. Det elektroniska mediet, med datorprogram som ett ursprungligen i källkod nedlagt litterärt verk låter detta i sin maskinläsbara form vara bärare av videospelet såsom rörliga bilder, på samma sätt som en filmremsa eller en videotape är bärare av gängse audiovisuella verk. Videospelexemplaret är alltså på marknaden i sin maskinläsbara form på en gång ett exemplar av det litterära verket, datorprogrammet med anknutna databaselement och det konstnärliga verket filmverket. Om än inte i själva filmverket såsom just filmverk, så väl i dess digitaliserade underlag kan databasen dväljas, till aktivering i utnyttjande av spelaren under skilda förutsättningar, allt i beroende av hur datorprogrammet utformats.

Bilderna kan visserligen av den som spelar varieras på ett sätt som inte är normalt för vad vi vanligen avser med ordet filmverk, men variationerna ligger alla inom förutbestämda ramar och med användning av bildelement som utformats till konstanter för den variabilitet som förekommer. När Ole spelar framkallar han endast sådana möjliga val av bildföljder som på förhand programmerats till filmverk.

Svenska domstolar har, när detta skrivs, ännu inte givits anledning att i domar befatta sig med filmverkskaraktären för videospel utan endast med datorprogramskyddet i sammanhanget.⁹ Videospelens rättsliga tillhörighet inom kategorin filmverk – med åtföljande konsekvenser t ex för deras hantering på avtalsmarknaden – får emellertid anses vara internationellt säkerställd.¹⁰

Verkskriterier

För den redan fast etablerade litterära verkskategorin datorprogram, som f ö 1993 i vår svenska URL försågs med en del nya bestämmelser i anslutning till EG-direktivet om rättsligt skydd för datorprogram 91/250/EEG, hade redan tidigare gällt samma slags kriterier för skydd

9. Så t ex redan i tiden innan datorprogram formellt infördes under URL (1.7.1988) Hovrätten för Västra Sverige i dom 19.11.1987, DB 159: "Vart och ett av de tre spelprogrammen har sin särprägel både vad avser variationen av spelidén och den tekniska utformningen. Programmen uppfyller därmed kravet på verkshöjd...".

som för de litterära verken, dvs de skulle uppvisa vad som "motsvarar en sådan skapande insats att de uppnår s.k. verkshöjd".¹¹ Detta s.k. originalitetskriterium har i datorprogramdirektivet formulerats som ett krav på endast och uteslutande "en upphovsmannens egen intellektuella skapelse". Samma bestämning finner vi senast, som vi just sett, i EG-

10. Tyska domstolar (OLG Köln 18.10.1991, GRUR 1992 s. 312, och BayObLG (München) 12.5.1992, GRUR 1992 s 508; även [1992] 9 D-176 resp 11 D-238 EIPR (inget BGH-avgörande)) har funnit skydd såsom för film vara tillämpligt på videospel i tillägg till det skydd som kunnat förekomma för programmen såsom datorprogram. Sammanfattande, Katzenberger i GRUR Int. 1992 s. 514 med not 11. Den utförligaste framställningen om tysk rätt beträffande videospelen är eljest Schlatter, S, i Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen (Herausg. M. Lehmann) 2 Aufl., Köln 1993, s 169-220. Till samma slutsats som de tyska domstolarna hade den franska Cour de Cassation kommit redan 7.3.1986 i fallet Sté Atari Inc. c./ Valadon, RIDA 129, juli 1986 s 134. Den engelska Copyright, Designs and Patents Act 1988 definierar i section 5 (1) film som "a recording on any medium from which a moving image may by any means be produced". Rättstillståndet i USA har sammanfattats sålunda: "Video games typically consist of two separable elements, each independently copyrightable: a computer program, characteristically embodied in a semiconductor chip located in the game console, and the animated audiovisual display that the computer projects onto a video screen when activated by the player. Rights in the computer program can be infringed without infringing rights in the audiovisual display, and rights in the audiovisual display can be infringed without infringing the right in the computer program. Although the images in video game displays may appear in one fixed sequence, courts have generally held that they meet section 101's requirement of a "series of related images" and thus constitute audiovisual works", Goldstein, P, Copyright. Principles, Law and Practice, 1989, Vol. 1, § 2.12.2. I rättspraxis har videospelprogrammens egenskap av audiovisuella verk, med effekten att spela programmet är att framföra det, fastslagits i fallet Red Baron-Franklin Park, Inc. v. Taito Corp., 883 F.2d 275 (4th Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 1058 (1990). En avvikande uppfattning, uttalat hänförlig just till att avse finländsk rätt, har kommit till uttryck i ett utlåtande av det finländska upphovsrättsrådet (1992:3), NIR 1992 s. 410 ff. Rådet hänförde av detta granskade videospel till skydd såsom "s k sammanfogade verk" (sic!) "vari datorprogrammet erhåller skydd såsom skriftligt verk, de enskilda bilderna som konstverk och musiken som musikaliskt verk". Bland skälen för slutsatsen förekommer uttalanden som t ex att "De rörliga bilderna i spelen har inte en självständig betydelse" (!). Detta utgör enligt min mening en felbedömning av verkligheten: I vad som utspelar sig på skärmen är det helt uppenbart just de rörliga bilderna som är det viktiga, inte varje enskild bild som potentiellt kan frammanas på skärmen genom sin förprogrammering. Andra av upphovsrättsrådets skäl tycks hänföra sig till en uppfattning att ett finländskt förarbetsuttalande om "verk som skapats på ett cinematografiskt sätt" förtjänat binda övervägandena till vad som resulterat vid sådant slags filmframställning som förekom när upphovsrättslagen stiftades 1960/61. För svenskt eller eljest skandinaviskt bruk finner jag det lika litet som i övrigt vara anledning att fästa sig vid det finländska utlåtandet. Det får väl dock anses olyckligt att finländsk rätt kan förmodas skapa andra marknadsförutsättningar i Finland än i Sverige för videospel, när lagunderlaget är detsamma.

direktivet 96/9/EG om databaser, där deras upphovsrättsliga skyddsförtjänthet bestäms av om de “*constitute the author's own intellectual creation*”.¹² Man kan nu konstatera att den allmännaste, abstrakta originalitetsbestämningen för det europeiska upphovsrättsområdet är just den nämnda. När det i svenska lagförarbeten har uttalats att denna bestämning motsvarar den för svensk rätt redan allmänt gällande, vilket skedde vid omvandlingen av datorprogramdirektivets regler till svensk rätt, så gäller den nu som då även för filmverken.¹³

Jag skall inte här försöka att i detalj redogöra för vilka närmare bestämmelser som kan ge verkshöjdskravet konkretion för de skilda slags enheter som det kan vara fråga om i videospelen. Det kan emellertid konstateras att även om naturligtvis det i händelse av tvist blir fråga om att bedöma varje sak för sig *in concreto*, det likväl för praktiskt bruk och beträffande ett videospels helhet finns anledning att betrakta det som potentiellt skyddsförtjänt i alla de här omtalade tre formerna, program-film-databas, med allt som kan finnas däri.

Kraven på verkshöjd har t ex för datorprogram i 1988/89 års lagförarbeten, i förhållande till vilka ju ingen ändring senare ansetts motiverad, angivits med hänvisning till allmänna upphovsrättsliga bedömningskriterier innebära att “enkla, okomplicerade program normalt inte kan uppnå verkshöjd”. Kravet borde ställas “förhållandevis högt till att innebära, som vid andra verkstyper, att “det endast undantagsvis kan inträffa att två personer oberoende av varandra skapar identiska

11. Skyddsförtjäntheten klarlades först i en dom av Hovrätten för Västra Sverige (DB 159) den 19 november 1987, NIR 1988 s. 310 ff, och framhölls av lagutskottet i dess betänkande 1988/89:LU34 s. 5. Uttalanden om verkshöjdskraven för datorprogram förekom f ö i prop 1988/89:85 s. 10 f och 27 f, i anslutning till vad den svenska upphovsrättsutredningen anförde i sitt delbetänkande 3 ”Upphovsrätt och datorteknik”, SOU 1985:51 s. 88 f.
12. Den officiella svenska översättningen har på ett för svenska EG-materialöversättningar av rättsakter närmast karakteristiskt sätt förvrängt vad som förekommer i ursprungstexten till “som på grund av innehållets urval eller sammanställning utgör sådana intellektuella verk [sic!] som kan utgöra föremål för upphovsrätt”. Det finns gott fog för att lämna förekommande officiella översättningar till svenska språket av EG-rättsligt material därhän på de områden som jag kunnat överblicka. De förtycker eller fördunklar inte sällan på häpnadsväckande sätt innebörden av vad som fastställts. Vore de inte redan som översättningar av rättsakter omfattade av undantag från upphovsrätt borde de stundom objektivt sett kunna motivera undantagande under lagförarbetenas parodiregel.
13. Prop 1992/93:48 s. 113 f (depch) konstaterade överensstämmelsen mellan datorprogramdirektivets originalitetskrav och det i svensk rätt eljest förekommande under aspekten att samma krav skulle ställas på datorprogram som på andra i 1 § URL angivna verk, alltså dem bland vilka filmverk uppräknas såsom en egen kategori av verk.

program” (det s k dubbelskapandekriteriet). Om endast “en eller ett fåtal tänkbara lösningar kan användas för att nå avsett resultat med ett program” vore resultatet givet av de “yttre faktorerna” till att knappast ge utrymme för den erforderliga originaliteten.¹⁴ Dubbelskapandekriteriet får naturligtvis sin innebörd av de faktiska förhållandena beträffande varje slags skapande till vilket det anknyts. Tal om att sätta verkshöjdskravet högt eller lågt kan inte rimligen avse dubbelskapanderisken, så att mer dubbelskapande skall riskeras vid ett slags alster än vid ett annat.¹⁵ Svensk rättspraxis kan f.ö. tolkas som att det allmänt sett alls inte ställs några höga krav på originalitet utan snarare motsatsen. Det kan vid just videospel finnas god anledning att beakta videospelproducenternas skyddsbehov för sina investeringar i spelutveckling och autoriserad marknadsföring mot olovlig kopiering och marknadsföring.¹⁶ Spelen är kostsamma att framställa men billiga att piratkopiera. Värdet av detta som argument för just upphovsrättsskydd bör väl dock ses i belysning av existensen av icke upphovsrättsliga skyddsformer, såsom nu senast det sig närmande “*sui-generis*-skyddet” för vad som i ett videospel kan te sig som en databas. Vare därmed hur som helst. Vad som förekommer på marknaden av videospel kan enligt min mening betraktas som upphovsrättsligt sett utgörande i ett och samma medium skyddade spelprogram, filmverk och databaser. De sistnämnda kan redan, direktiv förutan, betraktas som samlingsverk i vad där förekommer en sammanställning av “verk eller delar av verk”. Filmverk torde emellertid inte kunna som sådant anses som samlingsverk i lagens mening.¹⁷

Nu kan det emellertid tänkas inträffa att vad som i ett visst nyttjande ter sig kvalificerat för upphovsrättsligt skydd såsom datorprogram inte framstår som i motsvarande hänseende kvalificerat som filmverk och omvänt. Olika program kan f.ö. ge samma visuella resultat och riktigt banala program kan ge väl så konstnärliga och originellt utseende bildföljder. Den sammanställning av från varandra oberoende data som lagrats i disketten kanske heller inte har lagrats nog systematiskt eller me-

14. Prop 1988/89:85 s. 10 f och 27 f. Se vidare SOU 1985:51 s. 89, till vilken propositionstexten hänvisar.

15. Om dubbelskapandekriteriet och dess relation till verkshöjdsbestämningar, se Karnell, G, Die Doppelschöpfung als urheberrechtliches Problem, i *Mélanges Joseph Voyame*, Lausanne 1989, s. 149 ff.

16. Jfr 1988/89:LU34 s. 5, där programvaruindustrins skyddsbehov för sina investeringar i programutveckling och marknadsföring betonas.

17. En analys av lagförarbetena föranleder slutsatsen; se Karnell, G, Rätten till programinnehållet i TV, Nyköping 1970, s. 368 ff.

totalt, eller kanske har videospelets sammanställning av ett stort antal olika monsterfigurer för nedkämpning inte gjort dem nog "individually accessible". I så fall är det ju ingen databas – i vart fall inte i direktivets mening – men annars är vi tillbaka i att se hur den generella originalitetsbestämning som jag nyss var inne på skall tillämpas inte bara på spelprogrammet och bildföljden med dess ev. åtföljande ljud såsom potentiellt filmverk utan även på databasen som ett slags samlingsverk eller ev. även som en "sui generis-bas".

Betydelsen av att se till hur det förhåller sig med varje s a s enhet följer av att de kan ha skilda rättsinnehavare med anknytande skilda avtalsbindningar, skyddstider och ideellrättsliga skyddsförutsättningar enligt lag för vad som förekommer i den ena eller andra formen och att de s k ekonomiska rättigheterna är olika utformade för skilda nyttjanden beträffande de olika enheterna. Detaljer härutinnan skall jag nu inte gå in på. Det väsentliga därvidlag är att notera möjligheten av vad man kan kalla haltande rättsuppsättningar. I denna artikel skall jag endast ta upp de ganska spektakulära förhållanden, internationellt sett inom Europa, som gäller Oles rätt att i Sverige sprida videospel-exemplar till allmänheten, om han nu skulle vilja dryga ut pensionen den vägen.

Treenighetens följder, särskilt för spridning av videospel-exemplar i Sverige

Om ett exemplar av ett videospel säljs, hyrs eller lånas ut, och förfogandet enligt lagen inte är medgivet för videospel-exemplaret sett såsom filmverk, så kan det inte företas såsom ett enligt lagen fritt utnyttjande bara för att det eller de datorprogram eller upphovsrättsligt skyddade databaser som videospelet/filmverket bygger på kan, som sådana, lyda under regler som ger frihet därtill bara för att de i sig tillhör kategorin litterära verk. Att exemplarets filmverkskategoritillhörighet inte förringas av andra kategoritillhörigheter för vad eljest exemplaret rymmer följer redan av lagens uppbyggnad till att skydda varje verk för sig enskilt, med endast de undantag eller inskränkningar som framgår av lagen för varje verkskategori för sig.¹⁸ Ett vitt upphovsrättsligt skydd för en verkskategori förringas alltså inte av ett smalare för ett annat verk i samma medium. I videospel-exemplaret, disketten, tjänar datorprogram jämte ev. tillhörande digitala filer för skilda verksmoment i allt väsentligt till att i en för videospelaren iakttagbar form materialisera det filmverk för vars förnimmande spelaren endast framkallar de till ett sådant

verk sammanställda digitala elementen i programmerade möjliga val av bildföljder. Den digitala versionen av sådant i exemplarformen disketten är dock lika mycket filmverket i upphovsrättslig mening som vad skärmen visar. Härtill kan i disketten förekomma från filmverkskategorin fristående verksenheter i datorprogram-, datafil- eller databasform, t ex för visning av reklambilder, varningstexter etc.

Just egenskapen av filmverk för videospel medför för spelen samma speciella ställning med avseende på rätten till exemplarspridning som gäller för övriga filmverk i Sverige och som ger dessa exemplar en särställning inom den europeiska rättsgemenskapen.

Enligt upphovsrättslagen, i dess när detta skrivs senaste lydelse, är spridningsrätten till ett exemplar av filmverk förbehållen upphovsmannen eller hans rättsinnehavare även sedan exemplaret överlåtits (köp, byte eller gåva) och oberoende av var så skett. Spridningsrätten till filmverksexemplar – och därmed sålunda till de här aktuella videospel-exemplaren – “konsumeras” alltså inte, såsom sker med spridningsrätten till andra slags exemplar av verk enligt 19 § URL och till upptagningar av utövande konstnärers prestationer samt fonogram- och filmproducenters upptagningar såsom sådana enligt 45 § 4 st resp. 46 § 3 st URL. Så har det för filmverkens del varit alltsedan URL:s tillkomst. I 19 § föreskrivs nu eljest i 1 st för litterära och musikaliska verk samt konstverk att, när de med upphovsmannens samtycke har överlåtits, så får exemplaren fritt spridas vidare, med det undantaget dock för datorprogramexemplar att spridningen är tillåten först sedan ett sådant väl har överlåtits med upphovsmannens samtycke inom det Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet (EES). Vidare gäller enligt 19 § 2 st att all uthyrning eller därmed jämförliga rättshandlingar beträffande sådana alster som vi här är intresserade av samt utlåning av datorprogram i maskinläsbar form förutsätter medgivande av upphovsmannen om verken tillhandahålls allmänheten på nämnda sätt.

18. Om resultatet av aktivering av ett program för ett videospel på skärmen blir nog originellt för att betraktas som ett filmverk med dess rörliga bilder, men datorprogrammet i sig inte uppfyller originalitetskravet (nog en ovanlig situation) så skall alltså det förras originalitet enligt min mening inte tillräknas det senare om det ses för sig. Det kan däremot tänkas i tillämpningen ha bidragit till filmverkets egen originalitet utan att i sig vara originellt nog såsom datorprogram, med följd att programmeraren skall kunna ses som en medupphovsman till filmverket. Vi rör oss här på ett plan som verkligen ligger i upphovsrättsteorins utkanter, fasthellre som ett eventuellt upphovsmannaskap för en sådan programmerare inte torde ha några som helst praktiska konsekvenser för personen i fråga. Jfr Bender, H. ”Ophavsret til brugergrænseflader “Look and Feel”, NIR 1997 s. 69 ff (75 f).

Bakgrunden till icke-konsumtionen av spridningsrätt för exemplar av filmverk är att marknaden för film under hela tiden fram till in på 1970-talet såväl internationellt som nationellt byggde på att exemplaren inte gjordes tillgängliga för allmänheten i detta uttrycks vardagliga mening utan hölls under kontroll i biografkedjor etc. under avtalsregler för hantering av exemplaren i deras användning för visning för allmänheten eller eljest. I USA ansågs biograffilmerna vara "unpublished" och som sådana helt under upphovsmännens kontroll. Videogrammen, med biograffilmer, särskilda videoproduktioner, såsom just videospel etc., har inte annat än i mer begränsad mån hållits under kontroll så som tidigare filmer, och marknaden bygger på den lag vi har och har haft i detta hänseende oförändrad sedan URL:s tillkomst.

Ett förslag om att införa regional konsumtion av spridningsrätt lades till riksdagen i prop. 1994/95:58. Förslaget avsåg att för filmverk skulle gälla att upphovsmännens spridningsrätt skulle inskränkas till att likaså beträffande datorprogrammen inte kunna göras gällande beträffande exemplar som "med upphovsmännens samtycke...överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet" (EES). Rätten att tillhandahålla allmänheten exemplar av filmverk genom utlåning skulle dock vara upphovsmannen bibehållen.¹⁹ Alltså skulle även härvidlag filmverk och datorprogram följas åt rättsligt sett. Lagutskottet avstyrkte generellt "bifall till förslaget om regional konsumtion av upphovsmännens spridningsrätt" (1994/95:LU4 s. 12 n), vilket förutom filmverk hade avsett ljudupptagningar av litterära och musikaliska verk, och lät därmed bero vid det tidigare rättstillståndet vad gällde spridningsrätten till filmverk. Lagutskottets förslag blev riksdagens beslut.

Bakgrunden till lagstiftningsärendet utgjordes av EG-direktivet 92/100 EG, enligt vars artikel 9 medlemsstaterna skall föreskriva en spridningsrätt för där angivna innehavares av närstående rättigheter alster, vilken inte skall konsumeras inom den europeiska gemenskapen "except where the first sale in the Community of that object is made by the right holder or with his consent". Samtidigt förpliktades medlemsstaterna att instifta regler för såväl upphovsrätt som närstående rättigheter, svarande mot direktivets krav på uteslutande uthyrings- och lånerättigheter. Dessa rättigheter skall inte vara utsatta för konsumtion.

19. I promemorian Ds 1994:49, vilken utgjorde underlag för propositionen, angavs i den föreslagna lagtexten till 19 § 2 st under 2. att spridningsrätten till "exemplar av filmverk och datorprogram i maskinläsbar form" skulle bibehållas upphovsmannen. Formuleringen torde ha tillkommit av misstag.

För lagutskottets överväganden har den i Bernkonventionen utformade regleringen av upphovsrätten uppenbarligen spelat en roll (se 1994/95:LU4 s. 12). Särskilt fäste sig utskottet vid de upphovsrättsliga konsekvenserna på fonogramområdet. En övergång till regional konsumtion för spridningsrätt skulle – som framhålls av lagutskottet – beträffande ljudupptagningar ha inneburit att nationell behandling skulle ha fått ges till alla Bernkonventionens länders fonogram, dvs alla sådana fonogram från Bernkonventionens länder som införts lovligen i ett EES-land, t ex från USA, skulle fritt få spridas till och i Sverige. Följderna av denna konsekvens hade inte studerats i propositionen.

Det nu nämnda kan *mutatis mutandis* sägas gälla även filmverk. Bernkonventionens art. 14 (1) föreskriver om spridningsrätt till filmverk. De praktiska konsekvenserna av en upphävd spridningsrätt hade inte heller studerats eller ens berörts i det lagförberedande arbetet. Det blev därför anledning att låta hela det upphovsrättsliga komplexet vila i avvaktan på den översyn av URL som utskottet förutsatte (s. 13 n). Direktivets 92/100/EEG art. 9 har ingenting med upphovsrätt till filmverk att göra. Att svensk rätt inte innebar något annat än att det inte fanns någon konsumtionsregel beträffande filmverk hade riksdagen senast i Riksdagstrycket kunnat inhämta i prop. 1994/95:58 s. 24. Utgångsläget för beslutet i riksdagen att inte låta filmverks spridningsrätt konsumeras var sålunda klart för de beslutande. Riksdagen har helt enkelt inte funnit sig vara EG-rättsligt förpliktad till mer än direktivet föreskrivit. När den inte gjort mer än den funnit EG-rätten föranleda har den handlat fördragskonformt.²⁰ Det skulle ha fått avsevärda marknadspraktiska och ekonomiska effekter för fonogramupphovsrätt och filmupphovsrätt att lagstifta enligt propositionen. Videospel skulle ha fått cirkulera fritt sedan de väl en gång överlätits med vederbörligt medgivande någonstans inom EES-området.

Som det nu är har den svenska riksdagen medvetet valt att hålla sig till den minsta-möjliga-ändringsprincip som kommit till uttryck i 1992/93:LU17 s. 6 f., beträffande att övergång till regional konsumtion borde ske endast om det blev nödvändigt jämlikt EES-avtalet. Applicerat på den aktuella frågeställningen och EG-rätten framstår beslutet att inte införa regional konsumtion för upphovsrätter i vidare mån än EG-rätten redan så föreskrev, d v s för datorprogrammen, såsom conse-

20. Jag var själv närvarande vid en lagutskottets s k hearing beträffande konsumtionsreglerna och kan därom intyga att utskottets ledamöter grundligt upplystes om de rättsliga ramarna för utskottets ställningstaganden.

kvent. Att införa regional konsumtion endast för filmupphovsmäns spridningsrätt till filmexemplar och videogram skulle också ha skapat egendomliga, sneda rättsförhållanden inom kretsen av filmens upphovsmän, försåvitt upphovsmän till andra verk skulle fortsättningsvis, såsom avsett av riksdagen, se sin spridningsrätt till icke-filmverksexemplar konsumerad efter principen om global konsumtion. Varför skulle endast filmupphovsmän se sin spridningsrätt beträffande filmverksexemplar regionalkonsumerad? Att frånvaron av konsumtionsregler i den svenska URL för sådant som videospel i deras egenskap av filmverk inte strider mot något EG-direktiv är uppenbart.

Vad som konsumeras är den spridningsrätt som lagbestämts till att avse det ena eller andra verket efter dess art i exemplarformen. Härav följer de möjligheter till vad jag kallat haltande rättsuppsättningar beträffande exemplar som jag antytt kan uppstå. I utlåningshänseende och vad gäller uthyrning följer nu de filmverksbetingande datorprogrammen i videospelen och filmverken däri varandra åt såsom filmverksexemplar, till vilka ingen spridningsrätt konsumeras. Men eljest för datorprogram i videospeldisken som exemplar därav gäller inte detta. Spridningsrätten till dem konsumeras som för datorprogram i allmänhet. Om spridningsrätten till videospelet såsom filmverk rättsinnehavare inte vill göra sin filmverksspridningsrätt gällande, så blir också då spridningen av videospel-exemplaret av datorprogrammet fri, om exemplaret har överlåtits en gång med vederbörligt medgivande inom EES; datorprogrammets rättsinnehavares utlåningsrätt dock undantagen. Övriga eventuellt förekommande spridningsrätter, t ex de som ett samlingsverks upphovsman kunnat göra gällande med avseende på exemplarets därav spridning, har konsumerats redan genom att exemplaret har överlåtits med upphovsmannens samtycke var som helst i världen (19 § 1 st URL). Men, hur blir det då efter en implementering av databasdirektivet beträffande ingående databaselement? Ja, enligt EG-direktivet gäller de för alla slags databaser likalydande reglerna att "The first sale in the Community of a copy of the database by the right holder or with his consent shall exhaust the right to control resale of that copy within the Community".²¹ Deras konsumtion följer alltså datorprogrammets i spåren såtillvida som EES-regionalt genererad konsumtion skall gälla all spridningsrätt som avser försäljning.

21. Det är m h t vad jag anmärkt ovan i not 12 knappast förvånande att finna de likalydande bestämmelserna i direktivets art. 5 (c) och 7 (b) för de två typerna av databaser till betydelseskilnad olika översatta i den officiella svenska texten!

Som vi ser knyter till videospelens egenskaper av filmverk, datorprogram och databas mer eller mindre olika regler i beroende vilket slags alsters rättsregler som aktualiseras i ett givet nyttjande.²² I den mån alla rättigheter till förekommande nyttjanden finns samlade på en hand, vilket är det i praktiken förekommande, så skapar detta förhållande knappast några praktiska problem. Ett visst mått av ideell rätt kan visserligen såsom oöverlåtbart tänkas inte ligga i den enda handen, men det kan här räcka att påpeka förhållandet. För videospel torde sådant inte vara av någon betydelse. För dem bör filmverkskaraktären vara det centrala. I videospelen som filmverk förenas diverse verk och delar av verk på traditionellt sätt till att, digitalt lagrade, styrs av upphovsrättsligt skyddade eller oskyddade datorprogram, vilka även de materialiseras i exemplarformen och kan göras tillgängliga för allmänheten i den formen. Emellertid är det inte programmen utan filmverken, med vad däri ingår av vad som görs tillgängligt för att se och höra, som framförs under spelets gång och det är till dem som praktiskt sett det rättsliga skyddsintresset knyter, inte minst mot den rikligt förekommande piratkopieringen. Att ha rätt att styra varje kopias spridning på allmänna marknaden skapar ökad kontrollmöjlighet beträffande även respekten för mångfaldiganderätten.

Jag skall här i stort sett lämna därhän under vilka omständigheter framföranden av spelen skall anses göra sådana tillgängliga för allmänheten. Det får avslutningsvis räcka med en erinran om att vad Ole kan företa sig med videospel ensam eller i krets av familj och nära vänner under någon Sverigevistelse, inte engagerar någon upphovsrätt, om han så skulle där ikläda sig den för njutande av "the Virtual Pac Man" erforderliga hjälmen. Däremot skulle ett besök i spelhallen hos "the ultimate Gameboy" på svensk botten lätt göra honom till en person inom den allmänhet där arrangörens tillgängliggörande för skott mot förekommande monster skulle få upphovsrättsliga konsekvenser för denne, om än inte för Ole, i tillägg till den osannolika upplevelsen av ett fritt fall för Ole i kampen mot Mr. Big.

22. Frågan om den bild som kan avfotograferas från skärmen utgör ett konstverk (ev. som databasinnehåll) med för sådana verk bestämda speciella regler, t ex för visning genom film och television enligt 20 § URL, kan visserligen ställas, men lämnas här därhän med konstaterandet att om bilden digitaliserats för tillgänglighet eller skapats digitalt torde vara rättsligt sett betydelselöst.

Unfair Terms in Consumer Contracts

Recent Developments in Europe from a Comparative and Economic Perspective

Professor Hein Kötz, University of Hamburg, Germany*

* Professor of Law, University of Hamburg; Co-Director of Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. – This is a modified version of a talk I gave to Faculty Seminars of the University of Cambridge and the Chicago-Kent College of Law, Chicago, Ill. I have added a few footnotes but have made no attempt to convert a talk into a learned article.

The European Directive of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts¹ has meanwhile been implemented by all member states of the European Union with the exception of Spain and Luxemburg. Accordingly, courts in most European countries now have a power to strike down a pre-formulated clause in a contract made with a consumer if the clause is found to be “unfair”, i.e. if, “contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer” (art. 3 para. 1).

This Article will focus on a few problems which have arisen in the implementation of the Directive, or will arise in the application of the legislation passed by the member states. First, I will briefly address two typical problems we face in Europe whenever, as in this case, a European Directive is superimposed on the national rules developed by the member states. (I and II). I will then discuss the scope of the Directive. While it is limited to contracts made with “consumers” I shall argue that the better approach would have been to extend it to contracts made between traders, businesses or professional people as well (III). Finally, I will try to identify specific tests which may help the courts to determine when a clause is “unfair” and thus provide more operational guidance than the extremely vague and general terms used in the Directive (IV).

1. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Official Journal No. L 95/29 of 21 April 1993.

I.

Once a Directive has been passed by the European Union the member states must implement it by bringing into force national legislation necessary to comply with the mandates of the Directive. For some member states this is fairly easy, particularly when a state's law has nothing to say on the matter, or when the Directive is in conformity with the existing law of a state. A more difficult situation arises when the member state has already legislation dealing with the problem which diverges, both as to form and substance, from the mandates of the Directive. This was the case of the United Kingdom. The British Unfair Contract Terms Act 1977 is a fairly complex piece of legislation conferring on the courts a power of control over clauses which purport to exclude or limit liability. It would probably have taken years to adapt the Act to the Directive or to secure some reasonable interconnection between the two texts. For this reason, and in order to meet the deadline for the implementation of the Directive, it was decided in the United Kingdom to leave the Act of 1977 intact and to bring into force regulations which reproduce almost verbatim the text of the Directive and make no attempt whatsoever of harmonisation.² This is likely to produce great complexity since the Act and the Regulations cover different areas, have different definitions of the term "consumer", use different tests for the validity of contract terms, and are drafted in quite different legislative styles.³

II.

Another problem is concerned with the mechanisms through which the rules on the control of unfair contract terms are to be made effective. The mechanism normally available is private litigation in which an individual bases his claim or his defence on the invalidity of the contract term on which his opponent relies. For various reasons this mechanism, if taken alone, cannot be regarded as a satisfactory solution of the problem. If an unfair contract term is used throughout an industry

2. See Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 (Statutory Instruments 1994/3159), reprinted in Beale/Bishop/Furmston, *Contract, Cases and Materials* (3rd ed. 1995) p. 895–898.

3. For a few differences between the Regulations and the Unfair Contract Terms Act 1977 see Beale/Bishop/Furmston (preceding note) p. 898 et seq.

it may affect the interests of many people at the same time, but the individual injury will often be so small that there would be no point in seeking redress by way of bringing or defending the court action. Sometimes the unfair contract term will typically harm people who are too poor to pay for the expenses of litigation but are too "rich" to qualify for legal aid, if legal aid is available at all. Even where legal aid is available, the persons affected may belong to population groups who lack the skills and sophistication required to make use of existing procedures. On the other hand, the interest at stake for the party who proposed the unfair term is typically much larger than the interest of the other side. As a result, there is a strong incentive for the proponent of an unfair term to buy the other side off and thus keep the clause out of the courtroom. Even where a particular clause has been held invalid by a court, there is nothing to stop the proponent of the clause to continue its use with impunity, in the hope that other less aggressive or less sophisticated parties will fail to pursue their rights in the mistaken belief that the clause is effective. In sum, it is all very well to enact rules defining unfair contract terms and to give the courts a power to set them aside. This will not get you very far in an area where there are few plaintiffs around who are in a position to make an effective use of the available judicial controls by way of private litigation.

There are a number of solutions of this problem. The American solution is of course the class action. While it may be true that what is good for General Motors is good for the United States it is not necessarily true that what is good for the United States is good for France or Germany. While the class action has been discussed at great length in the European comparative literature no serious attempt of transplanting it has yet been made partly because we view with diffidence, trepidation, if not outright angst the entrepreneurial role it gives the lawyers representing the class, partly because our courts are not equipped with the managerial powers needed to administer a class suit, partly because it is the invariable rule in Europe that the losing plaintiff must indemnify the winning opponent for all reasonably incurred expenses of defending the action. European legal systems have produced other solutions. One is to create a governmental agency, called "Consumer Ombudsman" in Scandinavia and "Director General of Fair Trading" in the United Kingdom, with broad powers to control marketing practices, including the right to ask the court for an injunction prohibiting the defendant supplier from using contract terms which the court has found to be unconscionable. The continental solution has been to con-

fer on consumers' organisations standing to institute control procedures before the court which may lead not to damages, but to injunctions or cease-and-desist orders if contract terms used or recommended by the defendant are found invalid under the applicable law. This seems to be the solution mandated by art. 7 (2). However, the U.K. Government did very little to implement this provision of the Directive. Under art. 8 of the Regulations the Director General of Fair Trading was given a power to bring proceedings for an injunction against firms using or recommending unfair terms. The failure by the U.K. Government to confer standing to bring such proceedings on consumers' organisations as well might be viewed as a breach of their duty of implementation. The question will sooner or later be decided by the European Court of Justice, since reference for a preliminary ruling has already been made to it by the High Court (Queen's Bench Division) on the question whether art. 7 (2) imposes an obligation on the member states to ensure that national law

“(1) states criteria to identify private persons or organisations having a legitimate interest in protecting consumers, and

(2) allows such private persons or organisations to take action before the courts or before competent administrative bodies for a decision as to whether contractual terms drawn up for general use are unfair.”⁴

III.

Another problem is concerned with the scope of the Directive. It is clearly intended to be a consumer protection measure. According to its preamble its purpose is to protect “acquirers of goods and services ... against the abuse of power by the seller or supplier”. Under art. 1 the Directive applies only to contracts between a seller or supplier and a “consumer”, and art. 3 provides that a “consumer” is a “natural person” who has entered into the contract “acting for purposes which are outside his trade, business or profession”. It follows that the Directive does not apply where the allegedly unfair term forms part of a contract made between traders, businesses, or professional people.

4. See Official Journal No. C 145/3 of 18 May 1996.-For a critique of the British position see Beale, Legislative Control of Fairness, The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, in: Beatson/Friedmann (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law* (1995) p. 256-259.

I can find no compelling reason for such limitation. Clearly cross-border transactions must be encouraged in Europe in order to facilitate the establishment of a Single Market. Nor is there any doubt that a party may be deterred from such transactions by the cost of finding out what rights it would have under the applicable foreign legal system. It makes sense therefore to have uniform rules in Europe on the control of unfair contract terms. But these rules should in my view apply to consumer contracts just as much as to contracts made between firms.

It should also be noted that the broader approach has been taken in Scandinavia, in Germany, and also in the United States under s. 2-302 of the Uniform Commercial Code. In these countries even businesses may and will be protected against unreasonable limitation of liability and exclusion clauses. While it is clear that inequality of bargaining power may be a factor in determining whether a contract term is “unconscionable” or “unreasonable” or “unfair” there is no doubt that a defendant cannot simply escape this conclusion by saying that the other side was a businessman, too. Not only is it arguable that the bargaining position of the man in the street who must make a contract with his bank to get a loan is no different from that of a middle-sized maker of electrical switches who sells most of his output to General Motors or the Volkswagen Corporation. There are also deeper reasons for this position, and they can be identified in my view by an economic analysis of the problem.

According to traditional wisdom the use of standard form contracts is a manifestation of monopoly and of the abuse of economic power. This argument has been made perhaps in its most strident form by Kessler in an influential article published in 1943:

“Standard contracts are typically used by enterprises with strong bargaining power. The weaker party, in need of the goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the standard form contract had a monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses. ... With the decline of the free enterprise system due to the innate trend of competitive capitalism towards monopoly, the meaning of contract has changed radically. ... Standard contracts in particular could thus become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals.”⁵

There is indeed little doubt that standardized contracts are omnipresent today in the field both of consumer and business transactions.

On the other hand, if inequality of bargaining power were really the sole *raison d'être* for standardized contracts, such inequality would have to be equally omnipresent in all areas of economic activity, and that is a statement I find hard to accept. It would also follow from the traditional explanation that contract terms proposed by one party would always be cut down to size by individual negotiation provided that the proponent operates in a highly competitive market, or the bargaining power of both sides is roughly equal on other grounds. The available evidence points the other way. There are many cases in which clearly unfair standard terms have been accepted by a party whose bargaining power was equal or even superior to that of the other side, and there is no doubt that standardized contracts dominate even in branches of industry where there exists fierce competition. Even in these situations, prefabricated terms are accepted without discussion, not because a powerful capitalist has forced them down the throat of an unwary or helpless customer, but because it simply does not make sense, economically speaking, for the customer to waste time and energy on a process of negotiation or of shopping around for better terms. Surely customers do shop some terms, but only to a very limited extent which is largely determined by the ease of comparability. It does make a difference for the customer whether he is to pay a small or a large down-payment, or whether he is offered a 2 year- or a 3 year-warranty, or whether the sale is for cash or on credit. But for most clauses in standard form contracts, the close reading and comparison needed to make an intelligent choice among alternatives seems grossly arduous. Many clauses concern risks that in an individual transaction are unlikely to materialize. Appraising these contingencies is notoriously difficult and time-consuming. Therefore, the near-universal failure of customers to read, understand, and compare standard form clauses and their willingness to swallow the pill as offered makes good sense and cannot simply be dismissed as mere laziness or gullibility, nor can it be explained as a result of superior bargaining power. If somebody parks his car or has his clothes dry-cleaned he will of course not discuss the other side's exemption clause, nor will he shop around for better terms. But this is so, not because the other side is a "powerful industrial or commercial overlord", but because the cost of comparing and choosing between different contract terms or of shifting the risk to the other side by way

5. Kessler, *Contracts of Adhesion, Some Thoughts About Freedom of Contract*: *Colum.L.Rev.* 43 (1943) 629, at 640.

of negotiations is much greater than the potential harm multiplied by the probability that harm will occur at all. I do not contest that standard-form contracts are often proposed by parties whose market position has monopolistic characteristics. But I think that the basic reason why individual negotiations over standard terms are so rare is that the "transaction cost", i.e. the cost of shopping around for better terms and of custom-tailoring each transaction, is prohibitive.

Nor can there be any doubt that this type of market failure may occur not only in a consumer setting but also where contracts are made between firms. Consumers do not shop around for better terms. Nor do companies shop around for better terms if, for example, the company car is parked in a parking garage, or if the company premises are to be patrolled at night by a security firm, or if the company ships goods under a bill of lading, insures a risk under an insurance policy, or buys or sells goods in a commodity market. It is always hard to give up an emotionally satisfying incantation, but I think we must face the fact that the judicial control of standardized contract terms rests not on the inequality of bargaining power but on the need to correct market failure caused by prohibitive transaction cost, and there is no doubt that this type of market failure may not only occur in a consumer setting but in a purely commercial setting as well. This is why the EC Directive has in my view taken too narrow an approach. This does not mean of course that member states which have opted for the better view will have to change their laws since the Directive does not rule out a more extensive control of contract clauses. It is to be feared, however, that some member states will do no more than what the Directive requires, and will therefore lay the basis for an argument that standard terms in contracts between businesses are sacrosanct.

IV.

A further problem is concerned with the test prescribed by the Directive for the determination of whether a contract term is unfair. Art. 3 provides that a contract term which has not been individually negotiated shall be regarded as "unfair" and shall therefore be held invalid "if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations ... to the detriment of the consumer".

It is easy to predict that if the Member States enact the broad formu-

la of Art. 2 like cases will not necessarily be decided alike in the Common Market countries. There would be some hope for a greater degree of uniformity if it were possible to identify criteria which are more precise than the well-meant, if trivial, formulae used by the Directive and the national legislatures. If an economic analysis of the problem were able to produce such criteria this would not only be interesting in itself. Since economic rationales do not lose their persuasive power at national boundaries, they might contribute to a greater degree of convergence than the mere enactment of a broad formula with little or no operational significance.

(a) You will remember that a party may have agreed to an unfavourable contract term only because shopping around for a better term would have inflicted prohibitive transaction cost. We must therefore ask the question: What term would the parties have agreed upon had the transaction cost been zero? In other words: How would the parties have allocated the contractual risk in question if they had lived in an ideal world in which all the information required for a rational solution of this problem is available to them at no cost? If we have an answer to this hypothetical question we then compare it to the contract term in the real world. If there is a difference we call the term, if only to please the lawyers, “unconscionable” or “unreasonable” and strike it down as invalid.

Let us speculate for a moment how parties would allocate contractual risks in the ideal world. Let us assume that a buyer and a seller are about to enter into a contract for the sale of an explosive chemical at a tentative price of 1000. There is one point on which there is not yet an agreement, and that is the question who should bear the risk of an accidental explosion of the chemical. In an ideal world each party would determine with great care what the expense of avoiding the risk of explosion would be. Suppose that the seller came to the conclusion that it would cost him 100 to take safety measures that eliminate the risk. In that event he would be willing to bear the risk if the buyer agreed to pay 1100. This offer would be accepted by the buyer, if the safety measures he might take to eliminate the risk cost him more than 100. If the cost to him is only 80 he would not accept the offer. He would assume the risk himself and pay only 1000. True, the overall cost to him would be 1080. But he would still be better off than if the risk had been borne by the seller, since in that case the contract price would have been 1100. On a first level, we therefore reach the conclusion that a contractual risk of a certain description will in the ideal world be as-

sumed by the party who is able, at lower cost than the other party, to prevent it from materializing.

We must now refine this analysis a little further. You will remember that it was in my example at a cost of 80 that the buyer was able to eliminate the explosion risk. This investment makes sense only if the expected cost of the risky event amounts to more than 80. What happens if this cost is no more than 20? Suppose that in the event of an explosion damages of 20 000 will result, and that the probability of an explosion is one tenth of 1 per cent. In this case the cost of the risk amounts to 20 000 divided by 1000 which is equal to 20. In this situation, the buyer would not invest 80 in safety measures, because no reasonable person would sacrifice 80 in order to save 20. In short, there may exist avoidable risks that will not be avoided in the real world, because the avoidance cost exceeds the avoidance benefits. A similar situation arises where avoidance is totally impossible. In both situations the parties are facing a risk that neither party will prevent, because risk prevention would either be wasteful or impossible. How will these risks be allocated in an ideal world? To find the answer it is necessary to understand the fundamental concept of risk aversion. Compare a 100 per cent chance of having to pay 10 with a 1 per cent chance of having to pay 1000. Although the expected cost is the same in both cases, most people will prefer the first alternative. They will prefer a certain cost of 10 to the risk of having to pay 1000 if the probability that the risk will materialize is 1 per cent. In other words, they will insure, and the omnipresence of insurance is powerful evidence that risk aversion is extremely common. Now let us go back to our case. The parties are facing a risk that neither party is willing or able to prevent. In this case both parties will want to insure. Therefore, each party will determine what his expense of insuring against the risk would be. In the final result, the risk will be assumed by the party who is able, at lower cost than the other party, to buy insurance coverage.

We have now reached the point where we can summarize our analysis in the form of a double test: In the ideal world of costless bargaining, contractual risks will be assigned to the party who is able, at lower cost than the other party, to eliminate the risk by taking preventive measures. If no such measures will be taken, either because the risk is unavoidable or the avoidance cost exceeds the avoidance benefits, the risk will be accepted by the party who is able, at lower cost than the other party, to cover it by insurance.

(b) The proof of the pudding lies in the eating, and the true test of a

theory lies in its utility in predicting or explaining reality. The reality I propose as a testing ground for the theory are a few German and English cases dealing with the validity of standard exemption clauses. Let us ask whether the results reached in these cases, if not the reasons given for them, are in accordance with the tests generated by an economic analysis of the problem.

In the first case, the plaintiff had a contract with the defendant shipowner for the transportation of sheet metal on the river Rhine from Basel to Cologne. The sheet metal had been damaged in transit, due to a leak of the hatchcovers, so that water had got into the hold. The defendant argued that the ship had been unfit for the transportation of the agreed cargo, but refused to pay damages on the basis of an exemption clause.

How would the parties have allocated the risk of the ship's unseaworthiness, if bargaining had been costless? It would seem that in this case the risk would have been assumed by the shipowner. It is he who is familiar with the condition of his ship and with the risks to which a cargo of sheet metal is exposed, if the hatchcovers are not watertight. He also knows the various safety measures to protect the cargo, and he can easily select the least expensive measures. The shipper, on the other hand, knows nothing about the ship's condition. Even if he obtained the relevant information at considerable cost, he would not be in a position to take the appropriate measures, since he has no power to accomplish anything on board another person's ship. For this reason it is clearly the shipowner who is able, at lower cost than the shipper, to eliminate the risk of the ship's unfitness to carry the agreed cargo. It follows that this risk would in the ideal world have been assumed by the shipowner. The exemption clause, by assigning the risk to the shipper, deviates from the risk allocation that the parties would have agreed upon had the transaction cost been zero. Accordingly, the exemption clause must be invalidated, and this is indeed the result reached by the German Federal Court of Justice.⁶

In *Photo Production v. Securicor Transport*⁷ the plaintiff's factory was destroyed by a fire which was started by a nightwatchman employed by the defendant security firm. When the plaintiff claimed damages, the security firm rested its defense on a clause in the contract providing that "under no circumstances" should it be liable for harm

6. BGH 29 Jan. 1968, BGHZ 49, 356. See also BGH 25 June 1973 NJW 1973, 1878.

7. [1980] A.C. 827.

caused by its employees. The exemption was not to apply to harm which could have been avoided by the exercise of proper care on the part of the defendant itself, but it was agreed that the firm was not to blame as it had exercised proper care with regard to the selection and supervision of the employee in question.

How would the risk of a failure by watchmen to use reasonable care in the course of their employment have been allocated in the ideal world? Of course, the plaintiff can do nothing to eliminate this risk. On the other hand, the defendant security firm is in a position to select competent people by making sure that they have stayed clear of the criminal law, have done a satisfactory job in their prior employments, and are not too fond of the bottle. However, there is very little the defendant can do to prevent properly selected staff from committing an accidental mistake or an occasional blunder. Such mistakes are, as we all know, more or less inevitable and, therefore, more or less unavoidable at reasonable cost. Arguably, no clear decision can be reached under the first test, because the risk is more or less unavoidable for both parties.

We must therefore move to the second test and ask: Which party is able, at lower cost than the other party, to provide insurance coverage? It would seem that this risk is more easily and more cheaply insured by the plaintiff firm. It has full information on the value of its building and on the loss of profit resulting from the interruption of its business operations. It is therefore in a better position than the defendant to buy custom-tailored fire insurance and other types of loss insurance. True, the defendant might buy liability insurance. But this is likely to be more expensive. Fixing the maximum coverage of the policy would be difficult, since the defendant knows little about the value of the property and about his potential liability for economic loss. Furthermore, a liability insurer's duty to pay is much more costly to determine than the fire insurer's duty, since the former depends on the complex question of legal liability, whereas the latter is triggered by the mere fact of a fire of the insured property, and there is little doubt that this cost difference will be reflected in premiums. Finally, liability insurance would not cover loss or damage to the property if caused by force majeure or act of God. Since this risk would have to be covered by the plaintiff in any event, wasteful double insurance might follow. There is therefore evidence to show that it is less costly for the plaintiff to provide adequate insurance coverage. The parties would therefore in an ideal world have agreed to shift the risk to the plaintiff. Since this is exactly

what the exemption clause amounts to it should be allowed to stand, and the plaintiff's damages action should be dismissed.

This is indeed the result reached by the House of Lords. Lord Wilberforce based his decision on the view that the wording of the exemption clause was clear and that, "in commercial matters generally, when the parties are not of unequal bargaining power, and when risks are normally borne by insurance, not only is the case for judicial intervention undemonstrated, but there is everything to be said ... for leaving the parties free to apportion the risks as they think fit and for respecting their decisions".⁸

This broad statement I find hard to accept. Not only is the reference to the equality of bargaining power in my view unhelpful. What Lord Wilberforce seems to overlook is that the parties' freedom "to apportion the risks as they think fit" may be severely hampered in some cases by the presence of prohibitive transaction costs and may therefore result in a risk allocation that is clearly wasteful from an economic point of view and should therefore find no favour with the law as well.

Lord Diplock's speech is much more to my liking since it is based, if only in shorthand form, on all the arguments just mentioned. After a description of the operation of the agreed exemption clause he said:

"It seems to me that this apportionment of the risk of the factory being damaged or destroyed by the injurious act of an employee of Securicor while carrying out a visit to the factory is one which reasonable businessmen in the position of Securicor and the factory owners might well think was the most economical ... The risk that a servant of Securicor would damage or destroy the factory or steal goods from it, despite the exercise of all reasonable diligence by Securicor to prevent it, is what in the context of maritime law would be called a "misfortune risk" – something which reasonable diligence of neither party to the contract can prevent. Either party can insure against it. It is generally more economical for the person by whom the loss will be directly sustained to do so rather than that it should be covered by the other party by liability insurance."⁹

In a case decided by the German Federal Court of Justice the defendant was an oil supplier whose driver had negligently failed to ensure that the plaintiff houseowner's tank had the capacity needed to hold the quantity delivered. When the plaintiff brought an action to re-

8. Loc. cit., at 843.

9. Loc. cit., at 851.

cover the damage caused by the outflow of surplus oil the defendant relied on an exemption clause under which this risk was to be borne by the buyer. The clause was held invalid.¹⁰ It is indeed less costly for the defendant firm to take the measures needed to prevent the risk of overloading oil tanks. They are in the business of supplying oil to homeowners. They are in a position to hire suitable personnel, to train them in the control of the risk in question, and to equip them with the tools needed for the task. This is certainly not costless. But the cost per filling operation is clearly lower than the cost that would have to be incurred by a homeowner who buys oil once per year and knows nothing about the technical details and safety installations of his oil tank.

My last case is *George Mitchell Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*¹¹ The plaintiff was a farmer who had bought from the defendants 30 lbs. of cabbage seed at a price of £ 200 and had planted his land with it. Six months later there appeared out of the ground a lot of loose green leaves which might be eaten by sheep or cattle, if hungry enough, but were totally useless for human consumption. The reason was that the seed delivered was of the wrong kind and also of inferior quality. The loss to the plaintiff was over £ 61.000. He claimed damages from the defendants. They argued that they were protected by a clause in their standard conditions of sale limiting liability to replacing defective seeds or refunding payment. Both the court of Appeal and the House of Lords held that the clause was not "reasonable" within the meaning of the applicable statutes, and that the defendants could therefore not rely on it. Some of the reasons given are of no interest here. But there is no doubt that the judges in both courts attached considerable weight both to the possibility and cost of loss prevention and to the possibility and cost of insurance coverage. Lord Denning pointed out "that the buyers had no opportunity at all of knowing or discovering that the seed was not cabbage seed, whereas the sellers could and should have known that it was the wrong seed altogether. The buyers were not covered by insurance against the risk. Nor could they insure".

As to the seed merchants, Lord Denning accepted the finding of the trial judge who had been "satisfied that it is possible for seedsmen to insure against this risk [and] that the cost of so doing would not materially raise the price of seeds on the market".¹²

In my view it does not matter whether or not the insurance cost

10. BGH 24 Febr. 1971, NJW 1971, 1036.

11. [1983] 2 A.C. 803.

would raise the price of seeds. What does matter is that in Lord Denning's analysis the validity of the exemption clause depends on the relative cost to both sides of discovering, preventing, and insuring the risk in question.

Time does not permit to discuss further cases that might be explained, and sometimes criticized, on the basis of the tests generated by an economic approach to our problem. Let me conclude by drawing your attention to a well-known statement made by Oliver Wendell Holmes nearly 100 years ago. He said that "for the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics".¹³

Ronald Coase, the economist and recent Nobel laureate, made a similar remark. It was Rutherford's view, he said, "that science is either physics or stamp collecting, by which he meant, I take it, that it is either engaged in analysis or in operating a filing system. Much, and perhaps most, legal scholarship has been stamp collecting. Law and economics, however, is going to change all that".¹⁴

Perhaps the Messiah has come. However, bold prophetic statements of this kind make me a bit apprehensive since I believe that the job of the lawyers, in the words of Gilmore, "is to preserve a skeptical relativism in a world hell-bent for absolutes."¹⁵ On the other hand, it does seem that the economic approach to the law not only generates a few interesting arguments in the debate over the control of exemption clauses, but might also contribute to more uniform results in the application of the Directive's extremely vague terms.

12. See Lord Denning in the Court of Appeal [1983] 1 Q.B. 284, at 302, and Lord Bridge in the House of Lords (preceding note) at 817.

13. Oliver W. Holmes, *The Path of the Law* (1987) in: *Collected Legal Papers* (1920) 167, at 180.

14. Coase, *Law and Economics at Chicago*, J.L. & Ec. 36 (1993) 239, at 254.

15. Gilmore, *The Ages of American Law* (1977) 110.

Default Remedies in International Arbitration Proceedings

Professor, dr.jur. Kai Krüger, University of Bergen

1. *Civil litigation – default remedies*

If the progress of a civil litigation would have to depend entirely on both parties' willingness to cooperate in the pre-hearing stages of the disputes as well as during the hearing itself, a party could easily obstruct the case by not responding to pleas or writs from the other party, by not providing supporting evidence or simply by failing to contribute by appearing in hearings. Civil procedure statutes of most legal systems authorize discretionary court remedies for such behaviour and defaults. Such remedies may be classified in the following groups:

- (1) Rules allowing for the disregard of writs containing allegations or offer evidence which are filed after the expiry of proper time limits set by the court (judge) in the way of court orders;
- (2) Rules which enable the regarding of defaults as quasi-contractual admittance or acceptance of matters which could otherwise have been contested by offering evidence or setting forth objections;
- (2) Option for the other litigant to require a more or less summary progress of the case such as by requiring a decision based on the facts and documentation as presented by that party (cf “judgement by default” – Norw “uteblivelsesdom”).

A respondent may refrain from providing answer or from appearing in cases where there are no objections in substance to the claim, for instance where formal litigation under law is a necessary condition for acquiring enforceability.¹ If so, the proper use of default remedies might not necessarily influence the outcome, since respondent's presence would might have no impact on the outcome. But a party could

also simply have a wish to complicate, delay or even obstruct the final outcome by not acting with due diligence in procedural matters. If so, the default summary procedure could very well lead to an outcome different from an alternatively hypothetical fullscale hearing of the case.

In many legal systems, such as the Norwegian, the party which is about to loose its case may have to carry default interest on the claim filed (Norw “forsinkelsesrente” or alternatively in cases not covered by statutory provisions “prosessrente” from the filing of the writ of summons)² and may have to carry both its own and counterparty’s legal costs on a time-relative basis. Sometimes provisions like these are sufficient to stimulate necessary cooperative actions, but not always. This is equally true both in regular court proceedings and in arbitration proceedings. However, these are remedies connected to the delayed performance of the underlying obligation and not specifically related to dilatory behaviour in the attempts to have the obligation enforced by law. Liability for legal costs, on the other hand, may be allocated partly on the outcome of the case, partly on the possible delay caused by a party’s unwarranted protraction of the litigation (cfr Norw 1915 Code on Civil Procedure (“CSP”) Sect 173, cf also Sect 172 2nd para).

The object of this article is to focus on such issues in disputes subjected to arbitration procedures. To which extent are default remedies corresponding to those applicable in court litigation available under arbitration proceedings?

The outset of the article will for lack of sufficient comparative knowledge basically be the situation under Norwegian law, where arbitration is the dominant dispute mechanism in many standard contract areas such as construction contracts on land and offshore. Some observations will be made in respect of select institutional arbitration statutes, international arbitration based on either ICC³, UNCITRAL⁴, IBA⁵ rules and on the situation under UK law (1979 Arbitration Act). Some comparisons will be made with parallel rules and principles in other legal regimes, but there is no ambition within the scope of the

-
1. Most civil procedure systems contain rules equivalent to the Norw 1992 Statute on enforcement Section 4-1, listing a final judgement in the issue as the main condition for enforcement.
 2. Danish statute on interests 1986-09-01 nr 583 (“Renteloven”), *B Gomard* Obligationsret 1. del (1989) s 101 flg.
 3. International Chamber of Commerce
 4. United Nations Commission of International Trade Law.
 5. International Bar Association

present article to present an extensive comparative study on the subject. The purpose is thus primarily to focus on the problems in principle of combining the basic idea of autonomous “freedom of contract” based choice of arbitration in a law of contract perspective with the mandatory imperative elements in civil procedural law, which to some extent rule out the parties’ authority to decide on how the litigation shall proceed in issues where statutory procedural provisions prevail over parties’ agreement.⁶ The fact that an arbitration award is enforceable under domestic law and in many jurisdictions as a result of the 1958 New York Convention, demonstrates the need to compare a halting arbitration procedure due to defaulting litigants with the similar consequences of a halting court litigation.

Court litigation does not rest upon agreement, but the parties may still exercise a strong joint influence on the dispute, provided that the matter is subject to parties’ disposal. The plaintiff’s claim and the respondent’s answer of defense as worded by the litigants restrict to a large extent the court’s authority to decide the matter according to law on the matter beyond this scope. Thus, in law of civil procedure, one has to draw a distinction between matters under parties’ autonomous authority and matters which are not subject to scope of dispute agreement between the parties. The CCS Sect 85 restricts the scope of the litigation to the filed pleas by the parties and belongs to the autonomous area of civil procedure. On the other hand, both the principle of free evaluation and estimate of evidence presented at or prior to the hearing (Sect 183) as well as the principle of court’s duty to find and apply the correct law relevant to the dispute as presented in the pleas (Sect 191), jointly demonstrate that the dispute will be dealt with in a way which seek to combine certain aspects of private autonomy with the underlying principle and main rule that courts can only be expected to base their decisions on correct finding of law and facts. The related issue in arbitration law is the question whether similar rules apply, when the dispute is based on the parties’ agreement to arbitrate the matter.

6. This restriction on authority should not be confused with the effect of *mandatory* rules in contract law, which simply mean that a party for public policy purposes cannot *bind itself* by agreement.

Kai Krüger

2. *Court litigation and arbitration rules – parties' agreement and assignment to arbitrators as basis and scope of arbitrators' authority*

True enough, court proceedings are “paid for” by way of a public litigation fee (Norw “rettsgebyr”). Still, the professional resources available for the litigation of private disputes in any legal system are limited, so that economizing with available time must be seen as a valid objective in itself for authorizing a court administering judge to issue binding orders and for subsequently levying sanctions upon litigants which do not respond to such orders. The statutory authority to issue peremptory directives may be viewed as part of statutory “strings” attached to the public service of solving conflicts within a given legal system. The need to keep up with pending cases before the court could also justify remedies to limit available time for each case. True, time can do good since it may encourage parties' willingness to compromise by amicable settlement, but time is also harmful since it prevents a concentrated trial of the case with an immediate hearing following fairly swiftly after the preparatory exchange of pleas, writs of defense etc. Add to this that any litigant has a valid expectation of reaching a final outcome of the dispute within a reasonable time horizon. Thus, default remedies in court litigation can be described as an outcome of balancing the following aspects:

- (1) The public policy basis for authorizing court orders as to the progress of the pre-hearing exchange of writs or during the hearings itself;
- (2) Rendering assistance to a litigant by way of exercising judicial authority, where the other party might otherwise be expected to delay or obstruct the proper progress of the law suit – before or under the hearing of the case

Exercising authorities could thus be justified even in cases where the parties jointly might prefer a progress of the case which is unacceptable for public policy reasons. Fines impelling the party to act by restricting the delayed filing of writs or offers of evidence implicate that the judgement might come out “wrong” when the true context of the dispute is taken into consideration. In civil procedure, however, a “wrong” judgement may be reviewed on appeal and a compromise may include a settlement of costs making the party in default liable even if the case finally is concluded in its favour.

How far would these considerations be relevant and valid in arbitration disputes?

In arbitration, the basis for the dispute settlement appears as a result of parties' agreement entered into *ex ante* (as in standard contract clauses) or *ex post* (when the dispute emerges). That agreement in conjunction with statutory law of the same nature as other supplementary contract law (Norw "deklaratorisk lov") both *establishes* and *restricts* the arbitrators' authority not only to decide the case with an effect equivalent to a court decision, but also to require peremptory action from claimant and respondent – as well as the limits for such directives. Arbitrators always act within the scope of the authority implied in such contract clause or ad hoc agreement.

The agreement to arbitrate also involves the service rendered by the selected arbitrators (as in an arbitration tribunal seated with two arbitrators selected by each party and chaired by a third person appointed by these two (Norw CPS Sect 454 first para) or – as the case may be – by the local court (for instance byretts "justitiarius" in district court or "førstelagmann" in appeal court).

Unlike many other commercial agreements for rendering professional service, the arbitrators' expectation of solving the dispute and thus earning a fee, is not protected by law. The outset of an arbitration scenario is that the disputing parties have a total command over the substance and procedure of the dispute.⁷ Their dispute may be terminated by ad hoc agreement ("forlik") at any stage of the case up until the actual issuance of the award, for instance by a amicable settlement.⁸ On the other hand, the "contract" to arbitrate must also be read with some limitations. The normal scope of the dispute, as envisaged when approaching the arbitrators, may restrict the scope and magnitude of the case left for the arbitrators to settle, for instance when a question of "frustration" could be raised in connection with unreasonable extension or "change order" of the dispute in time and space. Arbitrators are normally selected on a voluntary basis among experts of the disputed facts or on the law in focus. The possibility to object against the parties' intention to amend or ex-

7. A possible reservation must be taken for public order provisions which apply irrespective of the parties' agreement, such as NL 5-1-2, cf tvml § 457 No 4.

8. However, the award (conclusion) of the case exempts the parties' authority: The award has the same effects as a judgement and can only be amended by another agreement between the parties with the intention and effect to neutralize the award. In this there is no difference between court judgement and arbitration award (cf for instance agreement ("forlik") as an alternative to appeal).

tend the scope of the case could be the limits set by reasonable expectations on the work load asked for when approaching the potential arbitrators for their assistance. A reasonable time for settling the matter is a part of this and calls for some cooperation by the parties in relation to preparing the case, providing evidence and conducting the hearing with reasonable despatch. The arbitrators must therefore have the possibility to reject a procedural “change order” of the dispute which might lead to something equivalent to “frustration” of the arbitration agreement.

Depositing financial security for the arbitration costs in accordance with commercial practice may also be viewed under an arbitration service agreement perspective. If the parties fail to file the deposit estimated to cover the costs of the arbitration, this may justify a detention or even termination of the arbitration assignment. In common law, however, the prevailing view seems to be that this kind of failure constitutes breach of the arbitration agreement as between the parties.⁹

In the present context any authority for the arbitrators to order action, designing sanctions and exercising *remedies* for disregard of such orders or allowing the parties’ behaviour to influence the outcome by the dispute in the final *arbitration award*, must be based on the principle of private autonomy, i.e. on contract or ad hoc agreement between the parties.

Public policy considerations on the “due process” of the dispute do not apply in arbitration matters, or at least not in the same way as in civil court procedure. However, since the arbitration award becomes a public policy matter when *enforcement* is required by the succeeding party in the dispute, standards for minimum substantial quality of the award can not be dispensed of totally. In international arbitration, these considerations coincide with the public policy need to secure a minimum formal basis and legal quality of awards which may be enforced under the 1958 New York Convention, such as the requirement to written agreement for starting an arbitration procedure subject to the Convention.

Since the agreement may be terminated, revoked or amended effectively in respect of the arbitrators, and since the “contract” to arbitrate for the disputing parties can not be viewed as a commercially “binding” contract in that respect, it seems clear that the need for issuing “court order”-like directives to the parties and for corresponding remedies equivalent to default sanctions in civil procedure is restricted to

9. Similarly for Danish law *B Gomard Civilprocessen* (4 ed 1994) p 675, referring to UfR 1983. 442 +5.

situations where one arbitrating party is met with obstructing non-compliance, defaults or dilatory delays by the other party.

Under this perspective, the statutory provisions on arbitration procedures like the ones included in the Norw CPS Chap 32, The Danish 1972 (1972-05-24 nr. 181) statute and the Swedish 1929 Arbitration Act and in similar international rules on arbitration proceedings (to be commented in due course) call for some clarification.

True enough, most provisions dealing with arbitration proceedings can be viewed as generally accepted standards – or as the case may be even minimum standards – for “*due process of law*” in any system designed for external legal dispute settlement, such as principles of disqualification of arbitrators (CPS Sect 456), the principle that both parties must be heard (CPS Sect 460), the duty to provide reasons for the award (CPS Sect 464) etc.

A provision like the Norw CPS Sect 459 (cf Swedish 1929 Statute Sect 13, somewhat more lenient Danish 1972 Act Sect 7¹⁰) is often found in arbitration rules and principles: The arbitrators must follow the procedure set by the parties, even if arbitrators disagree on the suitability of that procedure.¹¹ In lack of such joint *ex ante* or *ex post* agreement it is universally accepted that one may follow the rules which is found most appropriate in the actual case.

At the same time, the assignment to arbitrate rests on the parties’ agreement, and one could therefore ask whether statutory provisions like the ones cited are of a *mandatory* nature, restricting freedom to contract – and the possibility to interpret the arbitration assignment – beyond limits set in the statute. This question could be viewed under two alternative perspectives:

- (1) Do statutory provisions restrict parties’ *explicit* agreement as to the extent and contents of the arbitrators’ authority?
- (2) Have these provisions the effect to limit the arbitrators’ *discretionary* selections on which procedure to adapt in the dispute under arbitration?

Answering this question, it seems necessary to distinguish between statutory rules, institutional Rules and rules set privately ad hoc.

10. *B Gomard* op cit p 673–74, *Bet* 1966:414 p 13, *Hjeje Voldgift* (3 ed 1987) p 110, cf *Meland Voldgift* p 132.

11. In Nordic doctrine, there is some disagreement on the extent of this principle.

Institutional rules like 1988 ICC, 1976 and 1985 UNCITRAL Rules and Model Law, IBA etc are of a purely private nature.¹² The Rules will apply by way of express or implied incorporation in the same way as other standard contract clauses. Failing to agree ad hoc on specific issues, private rules like the ones mentioned will exhaustively provide for arbitrators' authority to apply corrective sanctions of a civil procedure.

Statutory provisions like the Norw CPS Sect 459 are of a different nature. The provision states *firstly* that parties' agreed procedure for the arbitration are to be followed (this could i a authorize both ad hoc agreements and standard clause incorporation), *secondly* that the arbitrators may decide in itself ad hoc on legal procedure – and *thirdly* that provisions in the subsequent Sect 460-62 are to be applied irrespective of parties' agreement.¹³ This is somewhat confusing since some of the provisions referred to *authorize* discretionary measures rather than impelling certain procedures. In respect of default situations, however, the following express limitations on arbitrators authority to issue orders are of interest:

- (1) Sect 460 stating that both parties must be awarded the possibility to express themselves prior to the final award; – and
- (2) Sect 461 second sentence, excluding civil procedure enforcement remedies (“tvangsmilder”) or penalties (“straff”).

Provisions with similar objectives but of a different formal structure are found in the Danish 1972 Act Sect 7, stating as a reason for void arbitration award the possible lack of fair trial (“ikke har været betryggende for parterne”).¹⁴

The public policy considerations justifying such restrictions on freedom to contract can only be understood when the total public policy perspective of arbitration is appreciated: The international legal order accepts private decisions making as equivalent to court judgements, but require minimum standards on procedure. One is the requirement of written form for arbitration clauses,¹⁵ another is the said minimum

12. In Nordic countries similar references could be made to the local Chamber of Commerce Rules of Copenhagen (Copenhagen Arbitration) and Oslo (Oslo Chamber of Commerce).

13. The references in Sect 460–62 cannot be understood as exhaustive. Other minimum requirements must be implied, cf *Mæland* p 138–40.

14. Comp Norw CPS Sect 468 No 3.

requirement on how the arbitration may proceed in order to be recognized as an equivalent alternative to court litigation.

The Nordic solution for disputes subject to arbitration agreement is based on the idea that the arbitration *substitutes* litigation by civil courts. There are in statute very limited possibilities to reverse or amend an arbitration award even if the award is obviously legally wrong (Norw CPS Sect 467-68).¹⁶ In this, the rules differ from English law, where the 1979 Arbitration Act now provides sophisticated rules both on the issue of judicial supervision of the way an arbitration is to be conducted and on the matter of subsequent review of the legal issues decided in the final arbitration award (formerly rules on arbitrators' option to "state a case" before the courts).¹⁷

Summing up the outset of this article, one could state the following:

As long as there is agreement, the arbitrators can not exercise other authority than that which refers to the parties' joint assignment to arbitrate (remuneration, scope and timing of arbitration etc, arrangements to which the arbitrators themselves are contract parties). Civil procedure legislation will in some cases supplement that agreement, affording provisions which partly aim at filling out the arbitration agreement in the same way as other supplementary contract law, partly aim to provide for the legal effect of arbitration panel decisionmaking in a national and international perspective. In other cases, the statutory provisions prevail over parties' agreement and arbitrators' discretion, restricting arbitrators' authority during dispute proceedings' irrespective of contract or even explicit *ex ante* agreement.

Generally, it seems fair to state that the legal authority for arbitrators to issue peremptory directives sanctioned one way or the other depends partly (negatively) on whether the measure in question would violate mandatory law, partly (positively) on the necessary legal authority in contract, ad hoc private agreement of the parties or statutory law, in other words thus;

15. The requirement of a written form is the most important, since this requirement establishes the basis for international enforcement of the arbitration award in all legal systems which are based on the New York Convention 1958. Norwegian readers will find the complete text of that convention in *Mæland Voldgift* (1988) pp 290 et seq (cf list of contracting states pp 294-95).

16. As for Danish law, cf *B Gomard* Op cit p 677-78, cfr 1929 Swedish Act Sect 20-22.

17. Cfr *Musatill and Boyd* Commercial Arbitration (2 ed 1989) Chap 32 and 33 with comments on the two celebrated *Bremer Vulkan* HL 1981 case ([1981] 1 Lloyd's Law Rep 253) p 504-06 and 518-23 (also the *Angelic Grace* 1980 case ([1980] 1 Lloyd's Law Rep 288, cf also *Russel* On Arbitration (1982) p 101-02 and p 223.

Kai Krüger

Negatively:

- (1) The absence of prevailing mandatory provisions prohibiting the measure in question (order or remedy);

Positively:

- (1) Arbitration agreement explicitly authorizing remedies which are applicable not included in statutory law;
- (2) Statutory authority directly or indirectly indicating powers similar to those available for the court judge under litigation;
- (4) Provisions in statute or contract authorizing discretionary powers for arbitrators to require action and supplementing such actions with sanctions and remedies

It may be that the basic approach to these issues differ in Nordic law and UK common law. In the latter respect, it seems as if the idea of exercising authority to direct and penalize as a matter of contract law is not recognized. Penalty clauses are basically void under common law, directing the parties into drafting clauses which stipulate calendaric “liquidated damage” estimates, where Nordic law sees no problems in operating “penal” contract stipulations like “dagmulkt” clauses which aim beyond normalizing loss estimate by directly *sanctioning* contracts performance schedules where time is of essence. Possibly common law reluctance to accept peremptory stipulations during proceedings as part of an arbitration agreement has a similar origin. The 1970 UK cases dealing with stay of arbitration proceedings and ways to amplify duties for parties as to time schedule for pleas, defenses and writs by applying for High Court injunctions should be viewed under such a perspective.¹⁸

18. “*The Splendid Sun*” [1981] 2 Lloyd’s Rep 29 CA, “*The Hannah Blumenthal*” [1982] Lloyd’s Rep 582. Cf *Russel On Arbitration* p 99, citing a tattooist’s statement in interview to a journalist: “*Of course the real money is made by the chaps who take these things off again*”. See now 1979 Arbitration Act Sect 5 (1) and (2).

3. *The default remedy perspective – short remarks on court litigation*

The need for a thorough but still speedy procedure provides the underlying reason for statutory remedies which seek to prevent a part from undermining the proper preparation or due progress of the case. In the preparatory stage time limits will be set by the judge for the exchange of pleas, defenses and other supplementary writs from the litigants, failing which the administering judge may at his discretion – upon request by the other party – disregard attempts to present writs with arguments, provocations or offers of evidence which have not met the said time limits.¹⁹ Normally, the court will still be basically reluctant to apply these sanctions rigidly, partly because having legal issues depend on mere procedural formalities is alien to Nordic legal tradition and practice, partly since the need to reach a well substantiated judgement – in view of the possibilities for subsequent appeal and reopening of the same factual and legal issues – seems to prevail. True enough, civil procedure is based on the “eventualmaksime” according to which facts, pleas, contentions etc should be forwarded in due course and not late on the unprepared other party. Still, the principle is given a flexible and discretionary format such as in the Norw CSP Sect 62, 189 and 335, requiring either the assumption of a *deliberate intent* to delay the proceedings or attack by surprise (Sect 62 3 para first alternative), the *actual substantial protraction of the case* (Sect 62 3 para second alternative, Sect 189 2 para and Sect 355) or *dolus resp qualified culpa* as a basis for not having acted at an earlier stage.²⁰

A total neglect from one party to participate in the presumed joint preparatory actions may – on request by the other party – result in a summary “judgement by default”, typically when a party (most often the respondent) fails to appear in the Mitigation Council (Norw “Forlikrådet”) or in the first instance. A judgement by default²¹ should be based entirely on the other party’s factual presentation of the plea (such as writ of summons). However, such judgement is not final and the harm done by applying possible wrong law to wrong or insufficient facts can be rectified in due course by repeated trial of the case on

19. Provided no sufficient cause for such failure, in which case the judge may grant relief (Norw “oppreisning”).

20. *J Hov* Op cit p 346, cf *B Gomard* Op cit p 199–202.

21. Judgement “*ex parte*”, Dan “*udeblivelsesdom*” (*Gomard* Op cit p 203 et seq), Norw “*uteblivelsesdom*” (*J Hov* Op cit pp 352 et seq), Sw “*tredskodom*” (*P O Ekelöf Rättegång V* (6 ed 1987) pp 187 et seq).

Kai Krüger

defendants' costs at his request (Norw "oppfriskning"²²). The "judgement by default" can also be subject to appeal within the court system, whereby the decision may be tried, reviewed and reversed.

Procedural default remedies rest on public policy considerations *and* on the acceptance of the active party's reasonable need to have the dispute solved without having to depend on the other party's cooperation. The default procedure can be seen as a compromise between the need to reach a decision, a reasonable need to sanction "contempt of court" on part of the non-complying party – and the underlying expectation that *any* decision must be acceptable under principles of proper law and requirements of due process of law.

The exact contents of a judgement by default on part of the respondent may be specified in provisions like the Dan CPS Sects 354, 360 and 362, Norw CPS Sect 344, applicable in situations where a party fails to appear in mandatory pre-hearing conciliations (Dan Sect 354 3 para and 360, Norw Sect 280 2nd para and Sect 289), disregards oral preparatory pleadings (Norw Sect 308 2nd para and Sect 311), fails to respond in writing to the plaintiff's writ of summons (Sect 315) and fails to appear in court hearings (Dan Sect 362, Norw Sect 340 2nd para).

The provisions justifying a judgement by default as prescribed in Dan Sect 354 3 para and Sect 360 para 3, Norw Sect 344 do not automatically lead to a total accept of plaintiff's allegations in fact or in law. A judgement by default does not preclude applying *proper law* in the dispute. If the plaintiff's factual and legal arguments are not sufficient in substance to carry a decision in its favour, the judge must refrain from an award in favour of the plaintiff. Furthermore, even in default situations the court may not disregard notorious facts (Norw Sect 344 2nd para: "vitterlige kjendsgjæringer", Sw RB Chap 44 8 § "förhållande, som är allmänt veterligt"²³). The core of the provisions in Danish and Norwegian law is (a) the assumption that the court should base its decision on the facts as presented by the plaintiff

Dan Sect 354 3 para and 360 3 para:

"efter sagsøgerens påstand, for så vidt denne findes begrundet i sagsfremstillingen",

22. *J Hov Op* cit p 367–68.

23. The Danish provisions cited have apparently no direct equivalent to "vitterlige kjendsgjæringer" or "förhållande, som är allmänt veterligt".

Default Remedies in International Arbitration Proceedings

cfr Norw Sect 344 2 para

“*legger retten saksøkerens fremstilling av sakens sammenheng*”

and Sw RB Chap 44 8 §

“*grundas på kärandens framställning av omständigheterna i målet...*”

and (b) that the case may be closed by such judgement without further proceedings or deliberation. True enough, this will exclude the relevance of both allegations on facts presented up until the defaulting behaviour and the possibility that facts presented by the plaintiff might be questioned if the defendant had acted. In the first aspect, the default remedy rules out allegations on facts previously presented by the defendant which should otherwise have been relevant to the case. In the last aspect, the defendant is prevented from subsequent amendments or corrections: The case is to be closed and decided without further possibilities for the defendant to prove his defense.

The possible judgement by default must have been communicated to the defaulting party in advance.

If the conditions for judgement by default are present, there remains the question of whether the court may exercise an addition discretion as to whether a judgement by default should be issued or not. Under Norwegian law, two Sup Ct decisions seem to justify the conclusion that a party referring to Norw CPS Sect 315 may *demand* the judgement by default.²⁴

Other default remedies alternative to judgement are *finer* (Norw domstoll Sect 210). There is also the possibility that the court – in lack of a demand from the active party – may stay the case or order a *suspension*.²⁵ If the active party does not demand a judgement by default, there remains even the possibility that the neglect of the defaulting party is treated as an *admission* (Norw CPS Sect 184).

4. *Default and neglects in arbitration – international and national legislative context*

Default remedies are not dealt with specifically in the 1958 New York

24. Rt. 1970.1537 and Rt. 1987. 429, cf *J Hov* s 355.

25. *J Hov Op* cit p 353.

Kai Krüger

Convention. In other international provisions, however, default remedies are regulated somewhat more specifically. These provisions must be seen in the context of national statutory law on the matter, as provided for in civil procedure codes generally (such as in the Norw CPS Chap 32) or in statutes dealing explicitly with arbitration (such as in the Dan 1972 and the Swedish 1929 Acts).

Arbitrators' authority to direct activities by the disputing parties asking for an arbitration award and arbitrators' authority to sanction such directives and orders by procedural or legal remedies are of a different nature. The basis for such arrangements must be found either in agreement, in relevant court practice or in statute. Both could be either specific or of a discretionary nature.

Courts may be required to render assistance to an arbitration proceeding. The Norw CPS Sect 462 authorizes the arbitrators to request ordinary courts to assist in filing evidence (Norw "domstolslov" Sect 44), such as for instance cases where arbitrators themselves are prevented from receiving "forsikring" according to Sect 461.

The UK approach to the idea of supplementing powers by court orders in current arbitration is more extensive and must be seen in view of the 1979 Act on supervision and judicial review of arbitration in general. A distinction must be drawn both between total default and less significant passivity as well as between arbitrator's powers at common law and specific remedies listed under Section 5 of the 1979 Arbitration Act. High Court may on arbitrator's application in cases of total default extend powers of the arbitrator which are normally not implied, enabling a procedure generally equivalent to the procedure

"in like manner as a judge of the High Court might continue with proceedings in that court where a party fails to comply with an order of that court or a requirement of rules of court"²⁶

In Nordic law, the "two layer" system in arbitration seems to differ from common law in that the interaction between courts and arbitrators is not made an inherent part of disputes subject to arbitration except for the cases where arbitration awards are brought to courts for judicial review in case of serious violation of fundamental principles of due process.²⁷

26. *Mustill and Boyd* Op cit pp 535–45.

The following discussion will therefore address itself to the question of what the arbitrators may do in default situations before or at the oral hearing of the dispute, either using their discretion, under statutory provisions or institutional principles set in international codes of a private or semi-official character.

5. *Re-framing the problem – discussion and observations*

To apply prescriptive default remedies in a current arbitration dispute procedure could after this be viewed under several procedural alternatives;

(1) One could consider such remedies as true “default” quasi-contract concessions of substance in the dispute;

(2) One could look for “*penal*” sanctions, ordering the litigants to act in a disciplinary manner (cf common law equitable “contempt of court” sanctions);

(3) There is also the question of staying the case, *suspending* the proceedings or even *terminating* the proceedings under the assumption *either* that the arbitration agreement is subject to contract law “frustration” as between the parties – *or* that the contracted commission for the arbitrators’ service has been breached by the parties jointly (assuming of course that the due cooperation by both parties could be viewed as essential for accepting a commission to arbitrate);

(4) One could discuss whether a party’s exceeding time limits for pleas, writs and evidence without showing sufficient cause for delay, should have a preclusive effect, allowing the arbitrators to disregard formally subsequent late pleas, writs and evidence (“eventualmaksimen”).

(5) One could discuss whether defaults may justify a summary

27. Cf however the Norw CPS Sect 465 2 para on the filing of civil arbitration awards by local courts. In Norway this is a “sleeping” provision, often neglected by arbitrators. However, the legal authority of arbitration awards will often gain from arrangements to publish awards (with the consent of both parties) in law reports such as “Nordiske Domme i sjøfartsanliggender” (Oslo 1900-, edited by Scandinavian Institute of Maritime Law). Cf *S Brækhus* Festskrift A Bratholm (1990) pp 447 et seq, *A Meidell* “Utenlandsk retts og voldgiftspraksis som tolkningsfaktor for internasjonale standardvilkår” (Wikborg & Rein Temahefte 1997 nr 1). In construction law the first extensive academic reference to arbitration awards was made by *Tore Sandvik* in “Entreprenørrisikoen” (doctoral thesis 1966). Arbitration awards in this industri is still collected in the Law Faculty Library of University of Bergen Law Faculty Library under supervision of the author of this article.

conclusion of the case as the *ex parte* “judgement by default” based on the active party’s presentation of facts and contentions, disregarding the possibility that those facts hypothetically might have been contradicted if the other party had been present.

(6) There remains the possibility to allow for an ordinary or – according to arbitrators’ discretion – *summary hearing* of the case based on *the facts as presented*, supplemented possibly with the investigations felt necessary by the arbitrators in order to substantiate the award (except for requiring the filing of court evidence such as in Norw CPS Sect 462).

Any of the listed alternatives might under the circumstances lead to an arbitration award not in conformity with the law. Is this unacceptable in a “one shot” proceeding where no appeal options are available?

The duty to achieve a correct award in court litigation is not a paramount imperative. The parties may structure the dispute in a way which restricts the court’s possibility to reach a legally correct solution, for instance by explicitly excluding otherwise relevant law (such as Norw CSP Sect 85), by the administration of scope of evidence to be presented before the court – or by court’s discretionary disregard of evidence, pleas and writs filed after expiry of time limits. On appeal, however, the reviewing instance may rectify such shortcomings in law. One must therefore distinguish between the measures taken under the dispute before an actual court and the more restricted possibilities to rule out law which is relevant but which was not invoked under first or second instance hearing.

In arbitration “one shot” hearings, with no subsequent possibilities for appeal or review, there are strong reasons to avoid quasi-legal decisionmaking which at the end is not in accordance with the law. On the other hand, any commercial system based on contract autonomy apply formalities in conjunction with ideal principles of law or morals. Modern contracts contain rigid time limits for precluding Variation Order claims for additional payment. Contract legislation and standard contracts rule out claims not forwarded within statutory or contract time limits. Claims for damage etc are statute-barred after lapse of time. Would a call for commercial promptness in arbitration proceedings based on otherwise recognized civil procedure provisions be disastrous to anything else than law professionals’ own reputation?

The UK system allows for imported principles of court litigation when applied for under 1979 Arbitration Act Sect 5 in a system which *also* opens for optional exclusion of subsequent judicial review. In

Nordic law, the powers to issue orders and directives must be based on statutory references to civil procedure like Norw CSP Sect 459 or supplementary authority in contract (by disputing parties).

6. Conclusions

Referring to the above listed items (1-6), there seems to be basis for the following conclusions;

Ad (1) Provisions which *allow for the assumption that default behaviour amounts to concessions of substance in the dispute* are acceptable under a civil procedure subject to “free estimate of evidence”, like the Norw CSP Sect 183. Sect 184 allows for the assumption that default behaviour on any party may, under the circumstances, be treated as an acceptance in the case, provided that the parties may dispose over the disputed issue (“fri rådighet over sakens gjenstand”). This must be fully acceptable also in arbitration proceedings. The Sect 184 belongs to the statutory regime imported into arbitration through the provision of CSP Sect 459.²⁸

Ad (2) *Authority to issue imperative peremptory “penal” sanctions, ordering the litigants to act in a certain manner* is apparently not a remedy recognized under UK common law unless the arbitrators are authorized to issue injunctions according to the provisions set in 1979 Arbitration Act Sect 5. In Norwegian law, some restrictions are laid down in CSP Sect 461, restricting the use of penal or executive injunctions such as fines etc (“rettergangsbot”). However, the authority to direct their progress of the pre-hearing proceedings and the hearing itself must be understood as evident in the commission to arbitrate and even in the reference made in Norw CSP Sect 459.²⁹ However, the concept of “binding” in relation to orders or injunctions has no meaning unless one assumes some kind of remedies and sanctions. The question must therefore be rephrased: Which remedies and sanctions may the arbitrators apply in cases of non-conformance?

Ad (3) The issue of *staying the (arbitration) case* has been much debated in UK common law, mainly because this issue is part of the judicial review by reference to court litigation.³⁰ In the Nordic system,

28. See however UNCITRAL 1985 Model Law Art 25 (b).

29. IBA Supplementary Rules Art 4.5.

30. *Mustill and Boyd Op cit pp 497 et seq, Russel Op cit pp 99 et seq.*

where the main rule is no subsequent or parallel judicial supervision or review, the remedy of staying the case (“stansning” – Norw CPS Sect 340 2 para) seems to lead nowhere. The situation where *both* parties fail to appear seems to be only a theoretical possibility (compare the system of filing financial deposits for arbitration costs). *Suspending* the proceedings is the obvious remedy where the non-appearing party has a sufficient cause.³¹

Terminating the proceedings could be the outcome under the assumption either that the arbitration agreement is subject to contract law “frustration” as between the parties (as in UK common law) – or assuming that the contracted commission for the arbitrators’ service has been breached by the parties jointly (assuming of course that the due cooperation by both parties could be viewed as essential for accepting a commission to arbitrate. Where the plaintiff fails to appear without reasonable cause in arbitration hearings, the more recommendable solution seems to be to consider this *either* a concession that there is no basis for the claim (above) – or as a basis for judgement in favour of the defendant – either as a judgement by default or as a judgement based on the evidence as presented in writing in the pre-hearing stages.³²

Ad (4) *Exceeding time limits for pleas, writs and evidence without showing sufficient cause for delay may under civil procedure be given a preclusive effect*, allowing also the arbitrators under Norw CPS Sect 459 to disregard formally subsequent late pleas, writs and evidence (“eventualmaksimen”). However, there is no need to operate more rigid rules in arbitration than in civil court litigation. The Norw CPS Sect 459 reference to provisions like Sect 62, 189 and 335 seem in my opinion satisfactory to apply also in arbitration proceedings. The arbitrators must evidently have their attention directed to the fact that the consequences of not accepting delayed evidence is more fatal in a “one shot” hearing than in court litigation before first instance.

Ad (5) *The ex parte “judgement by default”* based on the active party’s (plaintiff’s) presentation of facts and contentions would if acceptable open for the disregard of the possibility that those facts hypothetically might have been contradicted if the other party had been

31. As to what constitutes delay and absence, see Norw Rt. 1938. 967, commented by *J Hov Op cit p 354* (20 minutes delay). Leaving the hearings may also constitute default – Rt. 1988. 481.

32. The UNCITRAL 1985 Model law Art 25 and Rules 1976 Art 28 provide for a *termination* of the case when claimant has failed to communicate his claim without showing sufficient cause for such failure.

present. Except for the possibility that a 1979 Arbitration Act Sect 5 might enable *ex parte* procedure as in court litigation, the prevailing view under Nordic law seems to be that *ex parte* summary decisions based on formalities should not take place. The reasons given for this are not necessarily convincing, such as referring to the overriding duty of the arbitrators to reach a legally correct solution (which in substance is only a call for professional integrity within the business of solving legal conflicts and disputes), the lack of appeal options in arbitration (question: why so more than in other situations where a commercial professional party suffers a loss for lack of required action?) – or the possibility that the arbitrators to a greater extent than courts may act by themselves in investigating the matters and collecting evidence not provided by the defaulting party (question: is that “Change Order” inherent in the commission to arbitrate on the assumption that the time and work load involved is equivalent to a hypothetical court litigation over the same issue?).

Be all this as it may, the absence of authority for *ex parte* judgement by default procedures in statute or institutional provisions seem to substantiate the conclusion that a judgement by default should not be granted in arbitration proceedings.³³

Ad (6) This leaves us with the remaining procedural avenue in default situations, namely to *allow for an ordinary or – according to arbitrators’ obviously lawful discretion – summary (even written) hearing of the case based on the facts as presented*, supplemented possibly with the investigations and collection of evidence felt necessary by the arbitrators in order to substantiate the award (in addition to or alternatively to the filing of court evidence such as in Norw CPS Sect 462).³⁴

The 1976 UNCITRAL Arbitration Rules³⁵ provide a provision on “Default” in Art 28, as does the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration³⁶ in Art 25. Both provisions deal with three situations, *firstly* the failure of the claimant to communicate his statement of claim (not very practical), in which case the arbitral tribunal shall terminate the proceedings (above). *Secondly*, the failure

33. *Mæland Op cit*

34. Cf Regler for Oslo Handelskammers voldgiftsinstitutt samt Lov for den faste tekniske voldgiftsrett for Vestlandet (1987,) both cited by *Mæland Op cit* pp 297 et seq and 302 et seq and in particular the provision on default in the Oslo rules Art 102 para and in the FTV § 14.

35. UN Resolution 31/98 adopted 15.12.1976.

36. 21.6.1985.

Kai Krüger

of the respondent to communicate his statement of defense, in which case the arbitrators shall order that the proceedings continue but (1985 Model Law), however without the option to treat such failure in itself as an admission of the claimant's allegations. *Thirdly* the failure of any party to (a) appear at a hearing or (b) to produce documentary evidence. This will not affect the progress of the proceedings, and the arbitrators may make the award on the evidence before them.³⁷

The 1988 International Chamber of Commerce Rules of Conciliation and Arbitration contain provisions on default in Art 15. The provision authorizes the progress of the proceedings when a party fails to appear

“...and such proceedings shall be deemed to have been conducted in the presence of all parties”

but gives no guidelines on the legal consequences of such failure.³⁸

The IBA Supplementary Rules Art 4.6. only deal with the latter situation, and states that

“...the Arbitrator shall draw his conclusions from such failure”.

37. In the 1976 Rules, the evidence rule only applied in the (b) alternative.

38. The reluctance to provide for legal consequences could be seen in a choice of law aspect; where a particular national law applies, it *could* be argued that the consequences of default should be treated under that law. However, institutions like ICC must have the authority to prescribe effects more specifically than has been done in the cited article. Compare with ICC rules the London Maritime Arbitrators' Association Terms cited in *Russel Op cit* pp 780 et seq (and in particular First Schedule (A) Jurisdiction (2) and (3)), cf also the citation pp 791 et seq of the 1985 Rules of the London Court of International Arbitration Art 6.7. and pp 802 et seq of International Civil Engineers' Arbitration Procedure (1983) Art 11.4. and Art 15.4.

International privatret og udstationering af arbejdstagere

*Professor, dr. jur. Ruth Nielsen, Juridisk Institut,
Handelshøjskolen i København*

1. Indledning

EU har beskæftiget sig med international privatret i forskellige sammenhænge igennem de seneste 30–40 år. Den nyeste retsakt på området er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser,¹ der blev vedtaget den 16. december 1996 med hjemmel i EF-Traktatens art. 57, stk. 2 og 66, dvs. reglerne om etableringsfrihed og fri bevægelighed for tjenesteydelser.

Det vedtagne direktiv bygger på et forslag, der oprindeligt blev fremsat i 1991² og ændret i 1993.³ Det oprindelige direktivforslag indeholdt en tidsgrænse på 3 måneder, således at dets regler kun skulle finde anvendelse på entreprisarbejde mv. af mere end tre måneders varighed. Denne grænse bortfaldt inden vedtagelsen af direktivet.

Direktivet om udstationering gør anvendelse af udstationeringsstedets lov præceptiv i relation til en række ansættelsesvilkår uanset varigheden af udstationeringen. Formålet hermed er dels at skabe klare regler for, hvilket lands lov der gælder, og dels at sikre en vis minimumsbeskyttelse af udstationerede arbejdstagere og forhindre "social dumping" ved at tjenesteydere fra lavtlønslande påtager sig tjenesteydelser i højt lønslande, som de opfylder ved hjælp af udstationeret, billig arbejdskraft, der får løn og arbejdsvilkår svarende til forholdene i udsendelseslandet, men ringere end de normale i værtslandet, hvor arbejdet udføres.

1. 96/71/EF.
2. EFT 1991 C 225/6.
3. EFT 1993 C 187/5.

Ruth Nielsen

I nærværende artikel vil jeg diskutere hovedindholdet af direktivet i forhold til de almindelige internationale privatretlige regler, der gjaldt forud for vedtagelsen af direktivet. Det vil især sige Romkonventionen fra 1980 om lovvalget i kontraktforhold og Bruxelleskonventionen fra 1968 om internationalt værneting. I vidt omfang gælder de hidtidige regler fortsat, dels fordi en række tilfælde af udstationering falder uden for direktivet om udstationering, dels fordi Romkonventionen regulerer flere aspekter af ansættelseskontrakten, fx også spørgsmålet om formregler, end direktivet om udstationering. I forhold til Bruxelleskonventionen er værnetingsreglen i udstationeringsdirektivet et rent supplement, der giver et ekstra værneting ved siden af, hvad der følger af de hidtidige regler. I den udstrækning der er forskel på, hvad Romkonventionen foreskriver om lovvalg i ansættelseskontrakter, og hvad det nye direktiv bestemmer, følger det af art. 20 i Romkonventionen, at direktivet har forrang for konventionen.

2. *Udgangspunktet i dansk international privaret*

Lando⁴ konkluderede i 1981, dvs. før gennemførelsen af Romkonventionen i dansk ret,⁵ at der i dansk international privaret, når arbejdsgiveren og den udstationerede arbejdstager havde fælles domicillov, var en formodning for denne. Også efter Romkonventionens gennemførelse skulle mange udstationeringer, hvor arbejdsgiver og arbejdstager har fælles domicillov, behandles efter denne og ikke efter udstationeringsstedets lov.⁶ I forhold hertil medfører direktivet om udstationering af arbejdstagere en klar ændring, idet udstationeringsstedets lov bliver obligatorisk, som hovedregel fra første udstationeringsdag.

3. *Arbejdsaftaler bedømt efter Romkonventionen*

3.1. *Den historiske udvikling*

Europa Kommissionen fremsatte i 1972 forslag til regulering af lovvalgsspørgsmålet i ansættelsesforhold i to forskellige sammenhænge.

4. Kontraktstatuttet, Kbhvn 1981 s. 367.

5. Ved lov nr. 118 af 1984.

6. Se nærmere Allan: EU-IP, Kbhvn 1994 s. 159.

For det første foreslog man en forordning om lovvalget i ansættelsesforhold.⁷ Under hensyn til ØSU's og EF-Parlamentets synspunkter blev et ændret forslag fremsat i 1976.⁸ Udkastet er ikke vedtaget.⁹ Udkastet fik dog betydning for udformningen af art. 6 om individuelle arbejdsaftaler i Romkonventionen.¹⁰

I 1972 fremlagde Kommissionen for det andet forslag til konvention om lovvalget vedrørende kontraktmæssige og ikke-kontraktmæssige forpligtelser. I en ændret form, hvor erstatning uden for kontrakt blev udeladt, blev den underskrevet i 1980¹¹ som Konventionen om hvilken lov, der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser mv. (Romkonventionen).¹² Der er udarbejdet to protokoller,¹³ der tillægger EF-domstolen kompetence til at fortolke Romkonventionen. Disse protokoller er ikke trådt i kraft. Fortolkningen af Romkonventionen ligger derfor hos de nationale domstole uden mulighed for, at de kan spørge en overnational instans.

3.2. Romkonventionens hovedregler

Romkonventionen indeholder lovvalgsregler for de fleste typer kontraktlige forpligtelser, herunder en eksplicit regel om individuelle arbejdsaftaler, hvor der opstilles en formodning for arbejdsstedets lov.¹⁴ Ved udstationering, hvor arbejdstageren normalt arbejder i et land,

7. J O 1972 No C 49/26. Teksten til udkastet til forordning er også publiceret i *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1973 p 585.
8. COM (75) 653. Denne tekst er optrykt i *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Deventer 1976 p 288.
9. Se om forslaget Philip, Allan: *Contracts of Employment in the Law of Conflict of Laws in the EEC*, i *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung*, Festschrift für F A Mann, München 1977 og Gamillscheg, Franz: *Intereuropäisches Arbeitsrecht. Zu zwei Vorschlägen der EWG zum internationalen Arbeitsrecht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1973 s. 284 ff.
10. Jf Giuliano, Mario og Paul Lagarde: *Betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser*, EFT 1980 C 282 s. 25.
11. EFT 1980 L 266.
12. Se om baggrunden for denne Giuliano, Mario og Paul Lagarde: *Betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser*, EFT 1980 C 282 s. 1 ff.
13. 89/128/EØF og 89/129/EØF, EFT 1989 L 48. Se om disse protokoller rapport udarbejdet af Antonio Tizzano, EFT 1990 C 219.
14. Se om Romkonventionen generelt Bogdan, Michael: *1980 års EG-konvention om tillæmplig lag på kontraktrettslige forpligtelser*, TFR 1982 s. 1 ff, Philip, Allan: *EU-IP*, Kbhvn 1994 og Lando, Ole: *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, i *Common Market Law Review* 1987 s. 159 ff.

Ruth Nielsen

men i en periode udstationeres i et andet land, er det ikke særlig klart, hvad denne formodningsregel fører til.

3.2.1. Aftalefrihed. Romkonventionens art. 3

Romkonventionens hovedregel er, at parterne frit kan aftale, hvilket lands ret der skal anvendes på deres kontrakt, jf. art. 3, stk. 1. Det indebærer som udgangspunkt, at parterne ved deres aftale kan fravige alle privatretlige regler, fx funktionærloven. En lovvalgsaftale er uden betydning for håndhævelsen af offentligretlige regler, fx arbejdsmiljølovgivningen.

3.2.2. Den individualiserende metode

Romkonventionen bygger som hovedregel på den individualiserende metode. Art. 4, stk. 1, 2 og 5 indeholder konventionens generelle regler om lovvalget, når parterne ikke har indgået en gyldig lovvalgsaftale. Det grundlæggende princip er, at kontrakten er underkastet loven i det land, den har sin nærmeste tilknytning til. Dette princip suppleres af en formodningsregel i art. 4, stk. 2, hvorefter der er formodning for, at en kontrakt har sin nærmeste tilknytning til det land, hvor den part, der skal præstere den for aftalen karakteristiske ydelse, har sin bopæl (forretningssted, hovedsæde).

Ved gensidigt bebyrdende aftaler, hvor den ene part skal præstere en ydelse, som den anden part skal betale penge for, er den ydelse, der består i andet end penge, den for kontrakten karakteristiske. Ved arbejdsaftaler er det arbejdstagerens ydelse.

3.2.3. Formodningsregel vedrørende arbejdsaftaler: Arbejdsstedets lov

Hovedreglen om den individualiserende metode gælder også for arbejdsaftaler, men art. 6, stk. 2, opstiller nogle særlige formodningsregler for individuelle arbejdsaftaler. Romkonventionens art. 6 lyder:

1. Uanset artikel 3 kan parternes lovvalg i arbejdsaftaler ikke medføre, at arbejdstageren berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af ufravigelige regler i den lov, som i henhold til stk. 2 ville finde anvendelse i mangel af lovvalg.
2. Uanset art. 4 er en arbejdsaftale i mangel af et lovvalg i henhold til art. 3 undergivet
 - a) loven i det land, hvor arbejdstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde, selvom han midlertidigt er beskæftiget i et andet land, eller

International privatret og udstationering af arbejdstagere

- b) hvis arbejdstageren ikke sædvanligvis udfører sit arbejde i et bestemt land, hvor det forretningssted, som har antaget arbejdstageren er beliggende, medmindre det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land, i hvilket fald loven i dette land finder anvendelse.

Der er efter art. 6, stk. 2, en formodning for, at arbejdsstedets lov skal anvendes, når arbejdet sædvanligvis udføres i et bestemt land. Hvis dette ikke er tilfældet, er der formodning for loven i det land, hvor arbejdsgiveren har sit forretningssted (det forretningssted, der har antaget arbejdstageren). Art. 6, stk. 2 er kun en formodningsregel. En lovvalgsaftale kan indgå som et moment i de samlede omstændigheder, der skal tages i betragtning ved anvendelse af den individualiserende metode. Det vil derfor være muligt for domstolene ud fra en samlet vurdering at anerkende lovvalgsaftalen i den udstrækning, den valgte lov med rimelighed lader sig forene med formodningsreglen i art. 6, stk. 2.

3.2.4. Flexibilitet contra retssikkerhed

Romkonventionen indfører meget fleksible regler. Flexibiliteten og dermed usikkerheden om, hvad der gælder, er vedrørende ansættelseskontrakter særlig stor i forbindelse med udstationering.¹⁵ Anvendelse af Romkonventionens art. 6 på en ganske kort udstationering vil føre til, at udsendelseslandets ret er *lex causae*, mens det ved en meget lang udstationering typisk vil være udstationeringsstedets ret, der skal anvendes. Men hvor går grænsen? Det skal afgøres efter den individualiserende metode, hvilket giver lav forudsigbarhed med hensyn til resultatet.

Ved forberedelsen af direktivet om arbejdsgiverens oplysningspligt i ansættelsesforhold¹⁶ overvejede man at give arbejdsgiveren pligt til at oplyse arbejdstageren om, hvilket lands lov, der gælder for ansættelsesforholdet, men det blev opgivet, bl.a. fordi det er for vanskeligt at fastslå.

Som nævnt i indledningen er retsusikkerheden om lovvalgsproblemet og det ønskelige i at erstatte den med retssikkerhed noget af begrundelsen for direktivet om udstationering, der fastsætter langt skarpere, klarere og mere uflexible regler end Romkonventionen.

15. Se nærmere Allan: EU-IP, Kbhvn 1994 s. 159.

16. 91/533/EØF.

3.2.5. Formregler

Romkonventionens art. 9 indeholder de nærmere regler om lovvalget vedrørende formregler. Her er den gamle regel *locus regit actum*, dvs. en aftale er gyldig, hvis den er indgået i overensstemmelse med formreglerne på indgåelsesstedet. Denne regel kombinerer Romkonventionen med *lex causae*.

Ifølge Romkonventionens art. 9, stk. 1, er en aftale gyldig med hensyn til form, hvis den enten opfylder formkravene i *lex causae* eller i indgåelseslandets lov. Hvis aftalen indgås mellem personer, der befinder sig i hver sit land, er det tilstrækkeligt, at formkravene i et af disse eller i *lex causae* er opfyldt, jf. art. 9, stk. 2. Det er efter Romkonventionen en mulighed, at *lex foris* formkrav kan kræves overholdt efter art. 7.

Efter art. 9, stk. 4, er ensidige viljeseerklæringer, hvilket er den retlige form, udøvelse af ledelsesretten normalt vil manifestere sig i, gyldige med hensyn til form, hvis de enten opfylder formkravene i *lex causae* eller i det land, hvor de er afgivet.

Art 9, stk. 5, vedrørende forbrugeraftaler bakker op bag art. 5 om lovvalget vedrørende de materielle regler om forbrugeraftaler ved at bestemme, at en forbrugeraftale kun er gyldig, hvis den opfylder formkravene i forbrugerens bopælsland.

Umiddelbart kunne man vente, at lovvalgsreglen vedrørende de materielle regler om individuelle arbejdsaftaler i art. 6 havde fået en tilsvarende opbakning i lovvalgsreglerne angående formkrav, men det er ikke tilfældet. Under forberedelsen af Romkonventionen¹⁷ var man opmærksom på, at alternativ anvendelse af *lex loci actus* og *lex causae* med hensyn til formen kan undergrave den beskyttelse, *lex causae* tilsigter at give arbejdstageren, hvilket kunne tale for at løse spørgsmålet om lovvalg vedrørende arbejdsaftalers form på samme måde som det tilsvarende spørgsmål vedrørende forbrugeraftaler. Der er dog den væsentlige forskel, at art. 5 om forbrugeraftaler, der gør retten i forbrugers bopælsland til den anvendelige lov (*lex causae*), fremstår som temmelig klar og entydig, mens art. 6 kun opstiller gendrivelige formodninger for, hvilket lands ret, der er *lex causae*, i sager om individuelle arbejdsaftaler.

Den retsikkerhed, der præger formuleringen af art. 6, anføres i betænkningen om Romkonventionen¹⁸ som argument for ikke at indføre

17. Giuliano, Mario og Paul Lagarde: Betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, EFT 1980 C 282 s. 31.

en beskyttelsesregel vedrørende formkrav, der betinger gyldigheden af aftaler eller arbejdsgiverens ensidige viljeserklæringer af, at formkrav i *lex causae* overholdes.

Argumentet er, at hvis *lex causae* ikke kan fastslås med stor sikkerhed, fører det til en uacceptabel usikkerhed omkring indgåelse af aftaler mv. at gøre overholdelse af *lex causae*s formregler til en gyldighedsbetingelse. Det synspunkt er efter min vurdering rigtigt. Men det illustrerer samtidig, at hvis man vælger meget fleksible regler, som man har gjort i Romkonventionen, og dermed skaber en betydelig retsikkerhed, har man også reduceret mulighederne for, at beskyttelsesregler bliver effektive.

4. *Udstationeringsdirektivets anvendelsesområde*

Direktivet om udstationering af arbejdstagere finder anvendelse på virksomheder, som i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere i et EU-land, og som foretager visse i direktivet opregnede grænseoverskridende foranstaltninger.

Direktivet finder således langt fra anvendelse på alle udstationeringer, men kun på sådanne, der har forbindelse med grænseoverskridende levering af tjenesteydelser i et medlemsland. Udstationeringer, der ikke har forbindelse med grænseoverskridende levering af tjenesteydelser eller udstationering til et land uden for EU,¹⁹ skal bedømmes efter de hidtidige regler i Romkonventionen.

4.1. *Tjenesteydelser*

Begrebet tjenesteydelser i direktivet er bredt og bredere end i andre EF-direktiver, fx vedrørende udbud af offentlige kontrakter, hvor der findes et direktiv om udbud af tjenesteydelser²⁰ og et andet om udbud af bygge- og anlægskontrakter,²¹ som ikke anses for tjenesteydelseskontrakter i udbudsdirektivernes forstand.

I udstationeringsdirektivet omfatter begrebet tjenesteydelser bl.a. bygge- og anlægskontrakter. Bygge- og anlægssektoren er formentlig den praktisk vigtigste branche, der er omfattet af direktivet, i hvert fald

18. Giuliano, Mario og Paul Lagarde: Betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, EFT 1980 C 282 s. 31.

19. Det må dog ventes, at direktivet også får virkning i EØS-området (dvs. Norge, Island og Lichtenstein).

20. 92/50/EØF.

21. 93/37/EØF.

handlede den politiske strid, der har været om forslaget til direktivet, mest om dets konsekvenser for grænseoverskridende entrepriser i bygge- og anlægssektoren, hvor diskussionen om "social dumping" har været særlig stærk. I forhold til byggeriet indeholder direktivet særlig vidtgående regler om anvendelse af udstationeringsstedets kollektive overenskomster, jf. nedenfor.

Direktivet omfatter også alle mulige andre tjenesteydelser som fx transport, telekommunikation, IT-tjenesteydelser, rengøring, markedsføring, finansielle tjenesteydelser, journalistiske ydelser, juridisk rådgivning, revision, affaldsbortskaffelse, mv.

4.2. Udstationerede arbejdstagere

Art. 2 i direktivet bestemmer, at der ved en udstationeret arbejdstager forstås enhver arbejdstager, der for en bestemt periode udfører arbejde på en anden medlemsstats område end den, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde.

Arbejdstagerbegrebet afgøres ifølge art. 2, stk. 2, i direktivet efter udstationeringsstedets lov. Engelsk ret benytter et snævrere arbejdstagerbegreb end retten i de fleste andre EU-lande. Hvis en person, der ikke er arbejdstager i engelsk ret, men ville være det fx efter dansk ret, udstationeres fra England til Danmark, er den pågældende omfattet af direktivet, fordi dansk ret (udstationeringsstedets lov) er afgørende for kvalifikationen som arbejdstager.

4.3. Grænseoverskridende

Levering af tjenesteydelser er kun grænseoverskridende, hvis leverandøren og modtageren af tjenesteydelsen har domicil i hver sit land. Hvis fx en dansk avis udsender en journalist for bedre at betjene danske avislæsere, er der ikke tale om en udstationering som led i grænseoverskridende levering af tjenesteydelser.

Udstationering af salgspersonale eller en koncerns udstationering af medarbejdere, der skal lede en dattervirksomhed i et andet land, er ikke udstationering som led i grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser.

4.4. Hvilke grænseoverskridende foranstaltninger?

Direktivet opregner tre typer af grænseoverskridende foranstaltninger, hvor direktivet finder anvendelse, forudsat at den grænseoverskridende foranstaltning foretages som led i en grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, jf. foran.

4.4.1. Trepartsforhold

Direktivet omfatter grænseoverskridende foranstaltninger, hvor leverandørtjenesteyderen for egen regning og under egen ledelse udstationerer en arbejdstager på en medlemsstats område i henhold til en aftale mellem den udstationerende virksomhed og modtageren af tjenesteydelsen, der driver virksomhed i værtslandet, dersom der i udstationeringsperioden består et ansættelsesforhold mellem den udstationerende virksomhed og arbejdstageren.

4.4.2. Udstationering i koncernforhold

Direktivet omfatter også grænseoverskridende foranstaltninger, hvor en leverandørtjenesteyder, der indgår i en koncern, i en medlemsstat udstationerer en arbejdstager på et forretningssted eller i en virksomhed, der tilhører koncernen, dersom der i udstationeringsperioden består et ansættelsesforhold mellem den udstationerende virksomhed og arbejdstageren.

4.4.3. Vikarbureauer

Direktivet finder endvidere anvendelse på virksomheder, som i sin egenskab af vikarbureau eller i sin egenskab af virksomhed, der stiller en arbejdstager til rådighed, udstationerer en arbejdstager i en bruger- virksomhed, der er etableret eller har et forretningssted i en medlemsstat, dersom der inden udstationeringsperioden er indgået en ansættelseskontrakt mellem vikarbureauet eller den virksomhed, som stiller en arbejdstager til rådighed, og arbejdstageren.

I præambelens pkt. 19) bestemmes, at medmindre andet er fastsat i andre bestemmelser i fællesskabsretten, medfører direktivet ikke en forpligtelse til at anerkende vikarbureauer juridisk, og det forhindrer heller ikke, at medlemsstaterne anvender deres egne love om tilrådhedsstillelse af arbejdskraft og om vikarbureauer på virksomheder, der ikke er etableret på deres område, men arbejder dér i forbindelse med udveksling af tjenesteydelser. Dette er i overensstemmelse med EF-domstolens praksis, jf. navnlig Webb-sagen.²²

22. Sag 279/80, straffesag mod Alfred John Webb, Saml 1981 s. 3305.

4.5. Hvem omfattes ikke?

4.5.1. Søfolk

Ifølge direktivets art. 1, stk. 2, finder det ikke anvendelse på virksomheder inden for handelsflåden for så vidt angår besætningen. Det betyder, at regler som fx kap 3 om løn- og arbejdsforhold i den danske lov om internationalt skibsregister, der foreskriver diskrimination mellem på den ene side danske statsborgere og andre, der skal ligestilles hermed (dvs. EU og EØS borgere) og på den anden side søfarende fra tredjelande, fx filippinske søfolk, kan opretholdes. § 10, stk. 2, i denne lov bestemmer (min kursivering):

Stk. 2. Kollektive overenskomster som nævnt i stk. 1, *der er indgået af en dansk faglig organisation, kan kun omfatte personer, som anses for at have bopæl i Danmark*, eller som i medfør af indgåede internationale forpligtelser skal sidestilles med danske statsborgere.

Loven om dansk internationalt skibsregister åbner mulighed for social dumping ved at redere, hvis skib er registreret i dette register, kan benytte fx filippinske søfolk til en løn, der er meget lavere end lønnen efter danske kollektive overenskomster, idet de danske kollektive overenskomster kun kan omfatte danskere og dermed ligestillede arbejdstagere, navnlig EU-arbejdstagere. Dette er fortsat tilladt efter direktivet pga undtagelsen vedrørende handelsflåden. Det strider heller ikke mod EF-Traktaten. EF-Domstolen fastslog således i Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG mod Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG,²³ at reglerne i det tyske internationale skibsregister, der svarer til de danske regler, ikke er statsstøtte i strid med EF-Traktatens art. 92.

4.5.2. Arbejdsstedet uden for EU/EØS

Direktivet handler kun om udstationering på en medlemsstats område. Udstationering uden for EU falder således uden for direktivet, selv om sådan udstationering vil være omfattet af andre EU-arbejdsretlige regler som fx EF-Traktatens art. 48 om arbejdskraftens frie bevægelighed.²⁴

23. Forenede sager C-72/91 and C-73/91 Saml 1993 I-887. Se nærmere Nielsen and Szyszcak: The Social Dimension of the European Union, Copenhagen 1997.

24. Sag 237/83, Sàrl Prodest mod Caisse primaire d'assurance maladie de Paris, Saml 1984 3153. Se generelt om EU-arbejdsrettens rækkevidde Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, Kbhvn 1997.

5. *Direktivets hovedregel*

5.1. *Generelt*

Direktivets hovedregel findes i art. 3. Den bestemmer, at medlemslandene, uanset hvilket lands lov, der i øvrigt finder anvendelse på ansættelsesforholdet, for så vidt angår en række ansættelsesvilkår skal sikre, at arbejdstagere, der er udstationerede på deres område, får de vilkår,

der er fastsat ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller

ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse for så vidt de vedrører de i et bilag til direktivet nævnte aktiviteter, der angår forskellige funktioner inden for bygge- og anlægssektoren.

5.2. *Hvilke ansættelsesvilkår omfattes af direktivet?*

De ansættelsesvilkår, der præceptivt skal respekteres, er reglerne i udstationeringsstedet om

- a) maksimal arbejdstid og minimal hviletid
- b) mindste antal betalte feriedage pr år
- c) mindsteløn, herunder overtidsbetaling; dette gælder ikke for erhvervstilknyttede tillægspensionsordninger
- d) betingelserne for at stille arbejdstagere til rådighed, især via vikarbureauer
- e) sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen
- f) beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge
- g) ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling.

I forbindelse med direktivet defineres begrebet mindsteløn i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret.

Pkt. a), e), f) og g) i ovennævnte opregning er direktivregulerede.²⁵ Alle direktiverne er minimumsdirektiver. Selv om der er et fælles mini-

25. Se navnlig 93/104/EF om arbejdstidens organisering, rammedirektivet 89/391/EØF om arbejdsmiljø med udfyldende direktiver, graviditetsdirektivet 92/85/EØF og 94/33/EF om beskyttelse af børn og unge, EF-Traktatens art. 119 og direktiv 75/117/EØF om ligeløn samt 76/207/EØF om ligebehandling. Se i det hele om disse regler Nielsen, Ruth: EU-arbejdsret, Kbhvn 1997.

Ruth Nielsen

mum i alle EU-lande, kan det gøre forskel, om det er det ene eller det andet lands ret, der finder anvendelse på ansættelsesforholdet.

Ansættelsesvilkår, der ikke er nævnt i ovenstående opremsning i direktivet, fx vedrørende afskedigelsesbeskyttelse og arbejdsgiverbidrag til social sikring falder uden for direktivet.

5.3. Monteringsarbejde

For så vidt angår arbejde i forbindelse med første montering og/eller første installation af et gode, fx en maskine, som udgør en integrerende del af en leveringsaftale, som er nødvendigt for idrifttagning af det leverede gode, og som udføres af kvalificerede og/eller specialiserede arbejdstagere fra leverandørvirksomheden, gælder de foran nævnte regler om ferie og mindsteløn ikke, hvis udstationeringen højst varer otte dage.

5.4. Arbejde af ringe omfang

Medlemsstaterne kan indrømme undtagelse fra direktivets regler om arbejdstid og ferie på grund af arbejdets ringe omfang. De medlemsstater, der gør brug af denne mulighed, skal fastsætte nærmere regler, som det pågældende arbejde skal opfylde, for at det kan betragtes som værende af "ringe omfang".

6. Forholdet til kollektive overenskomster

6.1. EF-Traktaten

EF-Domstolen har i flere sager taget stilling til grænseoverskridende entrepriser i forhold til EF-Traktaten.²⁶ Det følger af praksis herom, navnlig Rush Portuguesa-dommen, at medlemsstaterne ikke kan modsætte sig, at EU-entreprenører udfører arbejde i deres land ved hjælp af medbragt arbejdskraft fra entreprenørens hjemland, men ethvert medlemsland kan kræve, at disse entreprenører skal opfylde samme regler, fx i arbejdsmiljølovgivningen, kollektive overenskomster og lignende, som man kræver af sit eget lands arbejdsgivere. Da Danmark normalt

26. Sag 279/80, straffesag mod Alfred John Webb, Saml 1981 s. 3305, sag 62-63/81, Seco og Desquenne mod Etablissement d'assurance contre la vieillesse, Saml 1982 s. 223, Sag C-113/89, Société Rush Portuguesa mod Office National d'Immigration, Saml 1990-I-1417, sag C-43/93 Raymond vander Elst mod Office des Migrations Internationales, Saml 1994 I-3803 og Sag C-272/94, straffesag mod Michel Guiot and Climatec SA, Saml 1996 I-1905.

ikke kræver, at danske arbejdsgivere i private virksomheder skal opfylde kollektive overenskomster, kan EF-domstolens praksis ikke begrunde et krav om, at entreprenører fra andre EU-lande i Danmark skal overholde danske kollektive overenskomster. I Climatec-sagen antog EF-domstolen, at en vis forskelsbehandling med hensyn til visse arbejdsgiverbidrag til "sociale ydelser" er forenelig med og endda nødvendig for at sikre den fri bevægelighed for tjenesteydelser efter EF-Traktatens art. 59, jf. følgende:

Articles 59 and 60 of the Treaty preclude a Member State from requiring an undertaking in the construction industry established in another Member State and temporarily carrying out works in the first-mentioned Member State to pay employer's contributions in respect of loyalty stamps and bad-weather stamps with respect to workers assigned to carry out those works, where that undertaking is already liable for comparable employer's contributions, with respect to the same workers and for the same period of work, in the State where it is established.

6.2. Romkonventionen

I rapporten om Romkonventionen²⁷ siges, det, at art. 6 finder anvendelse på individuelle aftaler, men ikke på kollektive overenskomster. Da Danmark gennemførte Romkonventionen, antog regeringen i overensstemmelse hermed, at art. 6 ikke regulerer kollektive overenskomster. Visse bestemmelser i kollektive overenskomster kan anses for inkorporeret i de individuelle ansættelsesaftaler, men bortset herfra påvirker lovvalget efter art. 6 ikke anvendelse af regler i den kollektive arbejdsret.²⁸ Kollektive overenskomster må derfor gå efter hovedreglen i konventionens art. 3 og 4.

6.3. Direktivets regler om kollektive overenskomster

6.3.1. Hovedregel

Direktivet forpligter medlemslandene til at gøre overholdelse af kollektive overenskomster med generel anvendelse obligatorisk for fremmede tjenesteydere inden for de områder af bygge- og anlægssektoren, der er opregnet i et bilag til direktivet.

27. Giuliano, Mario og Paul Lagarde: Betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, EFT 1980 C 282 s. 25.

28. Jf. Folketingstidende 1983-84, 2. samling, Tillæg A, sp 170.

Ruth Nielsen

6.3.2. *Hvornår finder kollektive overenskomster generel anvendelse?*

Ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, forstås, ifølge direktivets art. 3, stk. 8, kollektive aftaler og voldgiftskendelser, der skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område. Hvis der, som fx i Danmark, ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder generel anvendelse, kan medlemsstaten beslutte at lægge til grund, at ved aftaler der finder generel anvendelse forstås:

de kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er alment gældende for alle tilsvarende virksomheder i det berørte geografiske område og i den pågældende sektor eller erhvervsgren, og/eller

de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og gælder på hele det nationale område

såfremt deres anvendelse på virksomheder, der udstationerer arbejdstagere i forbindelse med grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, jf. art. 1, stk. 1, ikke med hensyn til de arbejdsvilkår, direktivet omfatter, jf. art. 3, stk. 1, første afsnit, medfører forskelsbehandling mellem de grænseoverskridende virksomheder (art. 1, stk. 1, virksomhederne) og de øvrige virksomheder, som befinder sig i en tilsvarende situation. Efter denne artikel foreligger der ligebehandling, når nationale virksomheder, som befinder sig i en tilsvarende situation

- på arbejdsstedet eller i den pågældende sektor er underkastet samme forpligtelser på de i art. 3, stk. 1, første afsnit, nævnte områder, dvs. arbejdstid, mindsteløn, mv. som udstationeringsvirksomhederne, og
- skal opfylde disse forpligtelser med de samme virkninger.

Denne bestemmelse er ganske bemærkelsesværdig. Pligten til at respektere kollektive overenskomster uden at være part i dem er efter direktivet begrænset til de aktiviteter, der er nævnt i bilaget, dvs. til bygge- og anlægssektoren. Direktivets regel indebærer, at medlemsstaterne er nødt til at sikre, at nationale virksomheder, fx danske tjenesteydere i Danmark, også skal overholde kollektive overenskomster, de ikke er part i. Det betyder, at direktivet på et begrænset område (byggeaktiviteter), pålægger medlemslandene at give kollektive overenskomster al-

mengyldighed. Dette er helt i overensstemmelse med EF-Traktatens art. 59 og EF-Domstolens praksis herom, jf. foran, idet det sikrer, at nationale tjenesteydere ikke får fordele frem for fremmede tjenesteydere. Men i forhold til den danske arbejdsretlige tradition, hvor man traditionelt fra arbejdsmarkedets parter side har afvist almenyldighed af kollektive overenskomster,²⁹ er det en principielt vigtig nydannelse.

6.3.3. Fravigelse af direktivet ved kollektiv aftale

Direktivet er i en vis udstrækning semidispositivt, dvs. det kan ikke fraviges ved individuel aftale mellem en arbejdstager og en arbejdsgiver, men på visse punkter ved kollektiv aftale. Medlemsstaterne kan således efter samråd med arbejdsmarkedets parter i overensstemmelse med skik og brug i de enkelte medlemsstater undlade at anvende reglen om mindsteløn, jf. art. 3, stk. 1, første afsnit, litra c), hvis udstationeringen højst varer en måned. Medlemsstaterne kan også i øvrigt i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis fastsætte, at der kan gøres undtagelse vedrørende mindsteløn, hvis udstationeringen højst varer en måned.

7. Andre spørgsmål

7.1. Minimum- eller maksimumdirektiv?

Ifølge direktivets art. 1, stk. 4, må virksomheder, der er etableret i en ikke-medlemsstat, ikke behandles mere gunstigt end virksomheder, der er etableret i en medlemsstat. Det er altså forbudt at indføre specielt gunstige regler for tjenesteydere fra tredjelande, fx lade dem være fri for at respektere de nationale kollektive overenskomster, tjenesteydere fra EU skal respektere.

I forhold til arbejdstagerne er direktivet et minimumsdirektiv. Præambelens pkt. 17) bestemmer, at de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse, der gælder i udstationeringsstedet, ikke må være til hinder for, at der anvendes arbejds- og ansættelsesvilkår, som er mere favorabile for arbejdstagerne.

7.2. Kollektive kampskridt

Præambelens pkt. 22) bestemmer, at direktivet ikke berører retstilstan-

29. Se generelt om almenyldighed Ahlberg, Kerstin og Niklas Bruun: Kollektivavtal i EU. Om allmångiltiga avtal och social dumping, Stockholm 1996.

den i medlemsstaterne for så vidt angår retten til kollektive kampskridt. I dansk kollektiv arbejdsret er udgangspunktet, at der er aktionsfrihed over for en arbejdsgiver, som det konfliktsøgende forbund ikke har overenskomst med, selv om arbejdsgiveren måtte have overenskomst med nogle andre.³⁰ Det gælder både i forhold til danske og udenlandske arbejdsgivere og er således ikke i strid med EU-retlige forbud mod nationalitetsdiskrimination.

Direktivet begrænser ikke denne strejkeret over for fremmede entreprenører, som danske forbund ikke er overenskomstbundne i forhold til. Strejkefriheden og dens begrænsninger i disse situationer kan illustreres med Vestkraft-sagen fra før genforeningen af de to Tysklunde. En tysk entreprenør, der bl.a. benyttede østtysk arbejdskraft aflønnet efter en østtysk overenskomst med et væsentligt lavere lønniveau end det danske, udførte arbejde i Danmark. Danske arbejdstagere, der var overenskomstbundne over for deres danske arbejdsgivere, nedlagde spontant arbejdet i forhold til disse. Dette er klart overenskomststridigt. Det, der ville have været den lovlige konfliktmulighed, ville være at varsle hovedkonflikt over for den tyske arbejdsgiver. I forhold til denne var der ikke fredspligt, da de konfliktsøgende forbund ikke var part i dennes tyske overenskomst. Derefter kunne der etableres sympatikonflikter over for den tyske entreprenørs danske samhandelspartnere. Fredspligten over for disse viger efter dansk ret for friheden til at iværksætte sympatikonflikt. Det tager således et stykke tid, inden udenlandske entreprenører kan konfliktes på plads i forhold til de danske overenskomster. Kollektive kampskridt er derfor næppe en effektiv løsning i forhold til kortvarige grænseoverskridende entrepriser. Her giver udstationeringsdirektivet en bedre beskyttelse, idet det gælder fra første udstationeringsdag.

8. *Værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af domme*

Artikel 6 i direktivet bestemmer, at der for at gøre retten til de i artikel 3 sikrede arbejds- og ansættelsesvilkår gældende kan anlægges retssag i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er eller har været udstationeret, uden at dette i givet fald berører adgangen til at anlægge retssag i en anden stat i overensstemmelse med de internationale konventioner om retternes kompetence.

30. Se nærmere i den arbejdsretlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: Lærebog i arbejdsret, Kbhvn 1996

8.1. *Borgerlige sager*

Den vigtigste af de internationale konventioner om værneting mv. er Bruxelleskonventionen fra 1968 (Domskonventionen) om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager. Der er udarbejdet en protokol fra 1971, der giver EF-domstolen kompetence til at fortolke konventionen. I 1988 blev der indgået en konvention (Luganokonventionen)³¹ mellem EF og EFTA-landene om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser. Denne konvention indeholder en eksplicit regel om kontraktværneting i sager om individuelle arbejdsaftaler.³² Ved ændringen af Bruxelleskonventionen i 1989³³ i forbindelse med Spaniens og Portugals medlemskab af EF (San Sebastiankonventionen) blev Luganokonventionens formulering af kontraktværnetinget med en ændring, der følger af EF-domstolens fortolkning af domskonventionen, indsat i Bruxelleskonventionen, se nærmere nedenfor om værneting.

Den internationale kompetence i arbejdsretlige sager ligger efter domskonventionen hos:

- retterne i den stat, hvor sagsøgte, i individualarbejdsretlige sager typisk arbejdsgiveren, har bopæl (art. 2) eller hjemsted (art. 53)
- retten på det sted, hvor forpligtelsen er opfyldt eller skal opfyldes (art. 5 nr. 1). Det er som hovedregel retterne i det land, hvor arbejdsstedet er beliggende,
- den ret, hvis kompetence er aftalt udtrykkeligt eller stiltiende (art. 17 og art. 18).

I 1988 blev der indgået en konvention (Luganokonventionen)³⁴ mellem EF og EFTA-landene om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser.³⁵ Denne konvention indeholder en eks-

31. 88/592/EØF, EFT 1988 L 319.

32. Se for en sammenligning af Bruxelles- og Luganokonventionerne Lando, Ole: Comparative Aspects of the Jurisdiction Rules of the Brussels and Lugano Conventions, i Mary Robinson and Jantien Findlater (eds): Creating a European Economic Space: Legal Aspects of EC-EFTA Relations, Dublin 1990.

33. 89/535/EØF, EFT 1989 L 285.

34. 88/592/EØF, EFT 1988 L 319.

35. Se om denne Möller, Gustaf: Luganokonventionen, "Fri rörlighet för domar", Europeisk rätt i utveckling. Festskrift utgiven i anledning av Juristklubben CO-DEX' 50-års jubileum, s. 134, Helsinki 1990, Pålsson, Lennart: Luganokonventionen, Svensk Juristtidning 1990 s. 441 og rapporten om Luganokonventionen af Je-nard og Möller i EFT C 189.

plicit regel om kontraktværneting i sager om individuelle arbejdsaftaler samt en regel, der begrænser friheden til at indgå værnetingsaftaler i ansettelseskontrakter.³⁶

Ved ændringen af Bruxelleskonventionen i 1989³⁷ i forbindelse med Spaniens og Portugals medlemskab af EU ved San Sebastiankonventionen blev Luganokonventionens formulering af kontraktværneting som fortolket af EF-domstolen indsat i Bruxelleskonventionen, hvis art. 5 nr. 1 herefter lyder således:

“1. i sager om kontraktforhold, ved retten på det sted, hvor den pågældende forpligtelse er opfyldt eller skal opfyldes; i sager vedrørende individuelle arbejdskontrakter, er dette sted der, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde; hvis arbejdstageren ikke sædvanligvis udfører sit arbejde i et bestemt land, kan arbejdsgiveren ligeledes sagsøges ved retten på det sted, hvor den virksomhed, som har antaget arbejdstageren, er eller var beliggende.”

Ved ændringen af domskonventionen i 1989 i forbindelse med Spaniens og Portugals tiltræden (San-Sebastiankonventionen) indsattes som sidste afsnit i art. 17 i domskonventionen følgende:

“I sager om individuelle arbejdskontrakter er en aftale om retternes kompetence kun gyldig, såfremt den er indgået, efter at tvisten er opstået, eller arbejdstageren påberåber sig den med henblik på at anlægge sag ved en anden ret end retterne på det sted, hvor sagsøgte har bopæl, eller de i art. 5, nr. 1 nævnte retter.”

I Rutten-sagen³⁸ tog EF-Domstolen stilling til præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af Bruxelleskonventionens artikel 5, nr. 1, vedrørende en arbejdskontrakt, hvor arbejdstageren som led i tjenesten foretog rejser til forskellige lande inden for EU og til USA. Den forelæggende ret anmodede om fortolkning af udtrykket det “sted ... hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde” i konventionens artikel 5, nr. 1,

36. Se for en sammenligning af Bruxelles- og Luganokonventionerne Lando, Ole: Comparative Aspects of the Jurisdiction Rules of the Brussels and Lugano Conventions, i Mary Robinson and Jantien Findlater (eds): Creating a European Economic Space: Legal Aspects of EC-EFTA Relations, Dublin 1990.

37. 89/535/EØF, EFT 1989 L 285.

38. Sag C-383/95, Petrus Wilhelmus Rutten mod Cross Medical Ltd, dom af 9.1.1997, endnu ikke i Samlingen.

anden sætning, for så vidt angår tilfælde, hvor en arbejdskontrakt opfyldes i mere end én kontraherende stat. Det hedder i domskonklusionen:

“Artikel 5, nr. 1, i konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, som ændret ved konventionen af 26. maj 1989 om Kongeriget Spaniens og Den Portugisiske Republiks tiltrædelse, skal fortolkes således, at det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde, for det tilfælde at arbejdstageren til opfyldelse af en arbejdskontrakt udfører sit arbejde i mere end én kontraherende stat, i bestemmelsens forstand er det sted, hvor arbejdstageren har etableret det faktiske midtpunkt for sin erhvervsudøvelse. Med henblik på den konkrete fastlæggelse af dette sted skal der tages hensyn til den omstændighed, at arbejdstageren har størstedelen af sin arbejdstid i en af de kontraherende stater, hvor han har et kontor, hvorfra han tilrettelægger sin virksomhed for arbejdsgiveren, og hvortil han vender tilbage efter hver forretningsrejse i udlandet.”

Værnetingsreglen i udstationeringsdirektivets art. 6 supplerer Bruxelleskonventionens art. 5 ved at give arbejdstageren og dennes organisation ret til at anlægge sag på udstationeringsstedet.

Regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser findes i Bruxelleskonventionens afsnit III. Disse regler gælder uafhængigt af, om konventionen har dannet grundlag for værnetinget. Domsafgørelser truffet af domstole, hvis kompetence er begrundet i værnetingsreglen i udstationeringsdirektivets art. 6, skal således også anerkendes og kan fuldbyrdes efter Bruxelleskonventionen. Det er dog en forudsætning, at sagen efter sin art falder inden for konventionens saglige område. Bruxelleskonventionen handler kun om borgerlige sager, hvilket der vil være tale om i tvister om udstationering mellem den enkelte arbejdstager og dennes arbejdsgiver eller mellem de kollektive parter.

8.2. Straffesager

En del af de arbejdsvilkår, udstationeringsdirektivet vedrører, fx angående arbejdsmiljø, ferie og ligebehandling, er strafsanktionerede i en række lande, bl.a. Danmark. I sådanne sager gælder national procesret suppleret med relevante EU-regler, herunder navnlig forbudet mod nationalitetsdiskrimination i EF-Traktatens art. 6, 48, 52 og 59.

Eckehard Pastoors m fl mod Belgien,³⁹ angik en retssag mellem på den ene side en tjenesteyder Trans-Cap GmbH, der var et landeveys-

transportselskab med hjemsted i Tyskland, og en af dets chauffører Ekehard Pastoors, der havde bopæl i Tyskland, og på den anden side den belgiske stat. Sagen vedrørte spørgsmålet om lovligheden af en pligt efter belgisk ret for personer, som ikke var bosat i Belgien, til at betale et pengebeløb (15.000 belgiske francs) som sikkerhed for bøde og sagsomkostninger ved overtrædelse af strafsanktionerede regler i en EF-forordning inden for vejtransportområdet,⁴⁰ hvis de ønskede en prøvelse af straffesagen ved domstolene og ikke blot accepterede at betale en bøde på stedet (10.000 francs). Personer med bopæl i Belgien, der ikke ville acceptere en bøde på stedet, skulle ingenting betale, medmindre de blev dømt ved domstolene. EF-Domstolen konstaterede indledningsvis, bl.a. under henvisning til, at Bruxelleskonventionen kun handler om borgerlige sager, at der er en reel risiko for, at det er umuligt eller i det mindste betydeligt vanskeligere og forbundet med større omkostninger at fuldbyrde en dom, hvorved en person uden bopæl i Belgien var blevet dømt. Denne situation begrundede følgelig objektivt en forskel i behandlingen af mulige lovovertrædere med og uden bopæl i Belgien. I den konkrete sag blev forskellen imidlertid anset for at være for stor. De nationale bestemmelser, der var tale om i hovedsagen, stred derfor mod proportionalitetsprincippet og var forbudt ifølge EF-Traktatens artikel 6.

9. Konklusion

Direktivet om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser indfører sammenlignet med Romkonventionen en ny og klar regel om lovvalget i ansættelseskontrakter for udstationerede arbejdstagere i forbindelse med grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, idet udstationeringsstedets lov som hovedregel skal anvendes fra første udstationeringsdag. I og med at der er tale om et direktiv, hører fortolkningen heraf, til forskel fra hvad der tilfældet med Romkonventionen, efter EF-Traktatens art. 177 under EF-Domstolen.

I forhold til traditionel dansk, kollektiv arbejdsret er direktivet bemærkelsesværdigt ved – omend på et begrænset område, nemlig vedrørende byggeaktiviteter – at gøre kollektive overenskomster almenfor-

39. Sag C-29/95, dom af 23.1.1997, endnu ikke i Samlingen.

40. Jf Rådets forordning 3821/85/EØF om kontrolapparat inden for vejtransport.

International privatret og udstationering af arbejdstagere

pligende, således at de binder alle arbejdsgivere på området, uanset om de er parter i overenskomsten eller ej.

The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions: The Forum Solutionis

Professor Lennart Pålsson, Lund University, Sweden

1. *The subject*

Art. 5 (1) of the Brussels and Lugano Conventions (both of which will here, for convenience, be referred to as “the Convention”, except where it appears necessary to distinguish between them) makes provision for a forum solutionis in contractual disputes. According to that provision:

“A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued: (1) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question; in matters relating to individual contracts of employment, this place is that where the employee habitually carries out his work, or if the employee does not habitually carry out his work in any one country, this place shall be the place of business through which he was engaged”.

This paper will only be concerned with the first sentence of the provision, dealing with contracts in general. The special rules regarding contracts of employment will accordingly be left out of consideration, except in so far as cases and materials bearing on those rules are also of interest for the interpretation of the first sentence.

It is a well-known fact that art. 5 (1) plays a major part in the case-law, both of the European Court and of national courts in the Contracting States, relating to the Convention. At the same time it is probably the most controversial and intractable provision of the whole Convention. It seems capable of producing an almost endless row of new problems. In addition, solutions to old problems concerning the provision, which one might have thought to be well settled, tend to be called into question afresh.

Ole Lando, to whom this contribution is dedicated, was a pioneer in Scandinavia in adverting to these questions¹ and was the first person to

Lennart Pålsson

arouse my own interest in the Convention. Through the years his comments on various aspects of the Convention have been a great source of inspiration, not least because of their sound lack of veneration for authorities and “orthodox” views.

For obvious reasons it is not possible here to go into all problems raised by art. 5 (1). Emphasis will to some extent be placed on questions which have so far been relatively little adverted to. It is also proposed to subject the prevailing interpretation and application of the provision to a critical examination and to make some suggestions for reform or re-interpretation. – The special provisions in Protocol no. 1 concerning the application of art. 5 (1) in Luxembourg and, as regards the Lugano Convention, the recognition in Switzerland of judgments based on that provision will not be considered at all.

2. Rationale of Article 5 (1) and Relevant Canons of Interpretation

The general principle of jurisdiction, enshrined in art. 2 (1) of the Convention, is that a person domiciled in a Contracting State must be sued in the courts of that State. By way of exception to this principle, provision is made for cases, which are exhaustively listed in Sections 2 to 6 of Title II of the Convention, in which a defendant domiciled in a Contracting State may or must be sued before the courts of another Contracting State. Art. 5 (together with arts. 6 and 6A) forms part of Section 2, entitled “Special jurisdiction”, of Title II. The effect of the rules of special jurisdiction is, in the situations specified by them, to give the plaintiff an option permitting him to sue the defendant before the courts of a State other than the one in which the latter is domiciled.

According to the Jenard Report, the adoption of the rules of special jurisdiction was justified “by the fact that there must be a close connecting factor between the dispute and the court with jurisdiction to resolve it”.² In the same vein the European Court has stated that the choice available to the plaintiff under art. 5 (1) was introduced “in view of the existence in certain well-defined cases of a particularly close rela-

1. Lando, *Syv afgørelser om fortolkningen af EF-konventionen om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af domme*, Nordisk Tidsskrift for International Ret 1977, 77–92, especially at 80–86.
2. Jenard Report, O.J. 1979 C 59/1, at 22.

tionship between a dispute and the court which may be most conveniently called upon to take cognizance of the matter”.³ Similar language has been used in subsequent cases involving the interpretation of art. 5 (1), sometimes with the addition that the relevant connecting factors were chosen “with a view to the efficacious conduct of the proceedings”.⁴ Statements such as these point to the conclusion that the forum solutionis is considered to be the court which because of its proximity to the evidence (“Beweisnähe”) to be adduced in contractual disputes is in a particularly favourable position to decide such disputes.

Another aim often said to be pursued by art. 5 (1) is to achieve a fair allocation, as between the plaintiff and the defendant, of the advantages and risks with regard to jurisdiction.⁵ According to this view the provision is dictated by a party interest and serves as a counterweight to art. 2. It should be noted in this connection that the result of applying art. 5 (1) is almost invariably to confer jurisdiction on the courts of the plaintiff’s domicile.

Whatever the true rationale of the provision may be, it is a fact that art. 5 constitutes a derogation from the basic rule in art. 2. It has usually been inferred that the provision must be interpreted restrictively, or in such a way as not to go beyond the situations envisaged by the Convention. Statements to this effect have repeatedly been made by the European Court.⁶ Nevertheless, some criticism has been voiced in respect of this canon of interpretation.⁷

Another consideration, related to that of restrictive interpretation, is that the Convention is generally hostile towards the attribution of jurisdiction to the courts of the plaintiff’s domicile, which are regarded as exorbitant fora. According to the Jenard Report, this was one of the reasons why the authors of the Convention, whilst accepting the forum solutionis, rejected the idea of introducing a forum loci contrac-

3. *Tessili v. Dunlop* [1976] E.C.R. 1473, para. 13.

4. See, e.g., *Peters v. ZNAV* [1983] E.C.R. 987, para. 11; *Shenavai v. Kreischer* [1987] E.C.R. 239, para. 6; *Custom Made Commercial v. Stawa* [1994] E.C.R. I-2913, para. 12.

5. See, e.g., Geimer and Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung I/1* (1983) 551-555; Lando, in *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, ed. Court of Justice of the European Communities (1992), 26, at 26-27; Spellenberg, *IPRax* 1981, 75, at 76-77.

6. E.g., in *Kalfelis v. Schröder* [1988] E.C.R. 5565, para. 19; *Six Constructions v. Humbert* [1989] E.C.R. 341, para. 18; *Handte v. TMCS* [1992] E.C.R. I-3967, para. 14.

7. See, e.g., Huet, in *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe* (*supra*, note 5) 63-71; Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht* (5th ed. 1996) 90.

tus; for there was “concern that acceptance of the jurisdiction of the courts for the place where the obligation arose might sanction, by indirect means, the jurisdiction of the forum of the plaintiff”.⁸ In the Convention itself a very clear expression of this antipathy is to be seen in the enumeration of “blacklisted” national fora in art. 3, para. 2. In the same spirit the European Court has ruled that the underlying idea of the Convention is to limit the number of cases in which a person may be sued in the courts of the plaintiff’s domicile.⁹ Other decisions point out similarly that jurisdictional rules, such as that contained in art. 14, which exceptionally allow the plaintiff to bring suit in the forum of his own domicile, cannot give rise to an interpretation going beyond the cases envisaged by the Convention.¹⁰

Yet another point of view which has consistently been emphasised by the European Court in relation, inter alia, to art. 5 (1) is the need to avoid, as far as possible, the multiplication of the bases of jurisdiction in relation to one and the same legal relationship.¹¹ This has been of importance not least with regard to the interpretation of the concept of “the obligation in question” in art. 5 (1). A related consideration adduced by the Court is that jurisdictional rules derogating from the principle laid down in art. 2 should be interpreted in such a way as to enable the plaintiff easily to identify the court before which he may bring an action and the defendant reasonably to foresee the court before which he may be sued.¹²

In light of the general ideas outlined above it is now proposed to deal with each of the main problems surrounding the interpretation of art. 5 (1).

3. *Matters relating to a contract*

3.1. *General*

Art. 5 (1) being limited to matters relating to a contract, the first question to be asked is what disputes come within that concept. Since the

8. Jenard Report (*supra*, note 2), at 23.

9. See, e.g., *Six Constructions v. Humbert* [1989] E.C.R. 341, paras. 13–14; *Dumez France v. Hessische Landesbank* [1990] E.C.R. I-49, para. 16.

10. *Shearson Lehman Hutton v. TVB* [1993] E.C.R. I-139, paras. 16–17.

11. See, e.g., *De Bloos v. Bouyer* [1976] E.C.R. 1497, para. 9; *Shenavai v. Kreisler* [1987] E.C.R. 239, para. 8; *Mulox v. Geels* [1993] E.C.R. I-4075, paras. 11 and 21.

12. *Handte v. TMCS* [1992] E.C.R. I-3967, para. 18; *Mulox v. Geels*, *ibid.*

The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions

judgment of the European Court in *Peters v. ZNAV*¹³ it has been clear that this is an independent concept, which must be interpreted autonomously, by reference chiefly to the system and objectives of the Convention, in order to ensure as far as possible the equality and uniformity of the rights and obligations arising out of the Convention for the Contracting States and the persons concerned.

What, then, is the meaning of the concept according to an autonomous interpretation? On this point the decisions so far given by the European Court provide only limited guidance.

In the *Peters* case the Court stated that membership of an association creates between the members close links of the same kind as those which are created between the parties to a contract. It was consequently held that obligations to pay money which have their basis in the relationship existing between an association and its members by virtue of membership are “matters relating to a contract” within the meaning of art. 5 (1), and also that it makes no difference in that regard whether the obligations in question arise simply from the act of becoming a member or from that act in conjunction with one or more decisions made by the organs of the association. – Whilst this conclusion appears to be unobjectionable, it seems to have been reached by placing a rather broad interpretation on the concept in question and scarcely to be consistent with the idea of interpreting art. 5 (1) restrictively.

The next case in point is *Arcado v. Haviland*,¹⁴ which concerned an action by an agent seeking compensation for wrongful repudiation of a commercial agency agreement and payment of the balance of commission due under that agreement. The European Court, rejecting the defendant’s submission that the claim for compensation was based on a quasi-delict – which would be referable to art. 5 (3) rather than art. 5 (1) – again held that these were proceedings in matters relating to a contract.

The opposite conclusion was reached in a case involving a chain of contracts, *Handte v. TMCS*:¹⁵ A German company (S) had manufactured and sold mechanical equipment to a French company (B 1), which in turn resold it to another French company (B 2). B 2 sued both S and B 1 before a French court claiming compensation for damage incurred by reason of the fact that the equipment was defective and un-

13. [1983] E.C.R. 987.

14. [1988] E.C.R. 1539.

15. [1992] E.C.R. I-3967.

suitable for its intended purpose. Was the action, in so far as it was directed against S, to be treated as contractual so as to found jurisdiction under art. 5 (1)? Although French law apparently regards such proceedings as contractual, the European Court found that the phrase “matters relating to a contract”, as used in art. 5 (1), is not to be understood as covering a situation in which there is no obligation freely assumed by one party towards another. It followed that art. 5 (1) does not apply to an action between a sub-buyer of goods and the manufacturer, who is not the seller (to the sub-buyer), relating to defects in those goods or to their unsuitability for their intended purpose.

There are of course many other cases in which doubts may be entertained as to whether a claim is in a “matter relating to a contract”. Such doubts can only be dispelled gradually, as new issues are referred to and decided by the European Court.

3.2. Contract claimed to be invalid

Special problems are bound to arise in cases where the contract relied upon in support of jurisdiction under art. 5 (1) is claimed to be invalid or non-existent. In *Effer v. Kantner*¹⁶ the European Court held that the plaintiff may invoke the jurisdiction of the courts of the place of performance in accordance with art. 5 (1) even when the existence of the contract on which the claim is based is in dispute between the parties.¹⁷

In reaching this conclusion Court stated that:

“...the national court’s jurisdiction to determine questions relating to a contract includes the power to consider the existence of the constituent parts of the contract itself, since that is indispensable in order to enable the national court in which proceedings are brought to examine whether it has jurisdiction under the Convention. If that were not the case, Article 5 (1) of the Convention would be in danger of being deprived of its legal effect, since it would be accepted that, in order to defeat the rule contained in that provision it is sufficient for one of the parties to claim that the contract does not exist. On the contrary, respect for the aims and spirit of the Con-

16. [1982] E.C.R. 825. For national decisions to the same effect see, e.g., Germany: OLG Hamm 3 Oct. 1979, IPRspr. 1979 no. 168; Sweden: Svea hovrätt 30 Sept. 1994, ND 1994, 22; Switzerland: BG 21 Feb. 1996, BGE 122 III 249.

17. For an earlier case of interest see *Sanders v. Van der Putte* [1977] E.C.R. 2383, which involved the interpretation of art. 16 (1) and where jurisdiction under that provision was said, *obiter*, not to be affected by the fact that the defendant contested the existence of the agreement (a lease) forming the subject of the action.

The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions

vention demands that that provision should be construed as meaning that the court called upon to decide a dispute arising out of a contract may examine, of its own motion even, the essential preconditions for its jurisdiction, having regard to conclusive and relevant evidence adduced by the party concerned, establishing the existence or the inexistence of the contract.”

It is not so easy, to say the least, to interpret or to evaluate the statements made in this passage. One can readily understand and accept that, in order to oust the jurisdiction provided by art. 5 (1), it cannot be sufficient for the defendant to deny the existence of a valid contract. To that extent the ruling of the Court appears to be almost self-evident. But what is the position if the defendant manages to raise serious doubts as to the existence or validity of the contract, or even to prove that there was no contract? Or, to put the question in another way, must the existence and the validity of the contract be conclusively established before jurisdiction can be founded on art. 5 (1)? The wording of the passage in the judgment quoted above may suggest the interpretation that the latter question is to be answered in the affirmative, especially where it is said that the court may have regard to conclusive and relevant evidence adduced by the party concerned, establishing the existence or the inexistence of the contract.

Admittedly, there is in general nothing abnormal in requiring the plaintiff to prove the facts necessary for the exercise of jurisdiction. On the contrary, it is believed, this is the main rule with regard to such facts. If, for instance, the plaintiff claims that the court seised has jurisdiction by virtue of a prorogation agreement, or an agreement on the place of performance of a contract, he will surely have to prove the existence of that agreement in order for the court to be able to assume jurisdiction on this ground.

Nevertheless, it is submitted that such a requirement would be excessive in the case of art. 5 (1). The reason is that the existence and validity of the contract are what in German-speaking countries is referred to as “doppelrelevante Tatsachen”, i.e. facts which are relevant both for the purpose of founding jurisdiction and for the purpose of adjudicating upon the substantive merits of the claim. As the European Court itself has said on another occasion, respect for the purpose and spirit of the Convention requires an interpretation of art. 5 which enables the national court to rule on its own jurisdiction without being compelled to consider the substance of the case.¹⁸ As regards facts

which are relevant for both purposes this can only be achieved if those facts are not required to be definitively established already at the stage of deciding whether there is jurisdiction. In principle, therefore, it is submitted that it should be sufficient for jurisdiction to be exercised under art. 5 (1) that the plaintiff asserts the existence of facts which, if found to be true, would give rise to a claim sounding in contract.¹⁹ Alternatively, the plaintiff should perhaps be required to adduce *prima facie* proof of the existence of a valid contract.²⁰ In any event the substantive claim should not be allowed to be fully litigated at this stage, and the defendant should consequently not be entitled to challenge the court's jurisdiction by adducing evidence to justify his assertion that there was no valid contract.

The consequences of requiring the existence and the validity of the contract to be definitively established in order for jurisdiction to be assumed under art. 5 (1) would be quite unsatisfactory. This is especially so if the defendant should succeed in convincing the court that no valid contract has come into existence. For the court would then have to declare that it lacks jurisdiction under art. 5 (1), and the defendant would be unable to obtain a judgment on the merits, defeating the plaintiff's action and recognisable in all other Contracting States. The defendant would therefore run the risk that the same action could be brought against him afresh in the courts of the State of his domicile.

If by any chance the European Court should share the view propounded here, it is certainly desirable that the Court should express itself in much more unambiguous terms than it did in *Effer*. What, exactly, that decision stands for is far from clear and has been the subject of much controversy among writers. One must therefore hope that the Court will soon get an opportunity to clarify its position.

A related problem is whether art. 5 (1) can be invoked in cases where the plaintiff seeks a declaration that a contract is invalid or non-exist-

18. *Peters v. ZNAV* [1983] E.C.R. 987, para. 17.

19. See the national cases cited *supra*, note 16 and, e.g., Gottwald, IPRax 1983, 13–16; Schlosser, *EuGVÜ* (1996) 122; Stoll, IPRax 1983, 52, at 53. A different view is taken by French writers: Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano* (2nd ed. 1996) 111; Gothot and Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968* (1985) 30–31; Huet, *Clunet* 1982, 473–479. See also Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* (1987) 494–501.

20. Cf. the observations submitted by the United Kingdom in *Effer*, according to which the claim must relate to an obligation derived from a relationship *prima facie* of a contractual nature and be brought *bona fide* by the plaintiff. The Court cited the test so proposed in its judgment, though without either endorsing or rejecting it.

ent. At first sight it may seem that such a plaintiff “stumbles over himself”: he asserts that there is no valid contract and, in consequence, no contractual obligations between the parties, whilst at the same time relying on the existence of such an obligation in support of the court’s jurisdiction.

Such logic, however, is not necessarily decisive. There are in fact some considerations militating either way. Opinion among writers is divided.²¹ The problem has so far not been directly considered by the European Court.

There are, however, some national court decisions bearing on the question. In one English case, *Trade Indemnity v. Försäkringsaktiebolaget Njord*,²² some English reinsurers brought an action against a Swedish insurance company seeking to avoid two contracts of reinsurance. The court found that this claim fell within the words “in matters relating to a contract” in art. 5 (1) (although the attempt to establish English jurisdiction failed for other reasons, see *infra*, section 4.1). In another English case, *Boss Group v. Boss France*,²³ it was similarly held to be permissible for the plaintiffs to rely on art. 5 (1), even though they denied the existence of the contract in question but where the defendants were asserting the contrary. The French Court of Cassation has likewise held that a claim to avoid a contract falls within the scope of art. 5 (1).²⁴

The position adopted in these cases seems to be in line with the decision of the European Court in *Effer*. Since it was held there that a dispute may concern “matters relating to a contract” even if the defendant contests the existence of the contract on which the claim is based, the same ought reasonably to hold true if it is the plaintiff who denies the existence or the validity of the contract. For it would be little satisfactory if the jurisdiction of the court were to depend on the question whether the proceedings were initiated by the party seeking to enforce the contract or by the party asserting its non-existence or invalidity.

Exceptionally, however, it may be clear from the outset that there never was any contract at all. In such cases it seems impossible to say that the dispute concerns “matters relating to a contract”.

21. For the view that such cases are covered by art. 5 (1) see, e.g., Gaudemet-Tallon (*supra*, note 19) 112; Kropholler (*supra*, note 7) 98. For critical views see, e.g., Gothot and Holleaux (*supra*, note 19) 31–32; Kaye (*supra*, note 19) 496.

22. [1995] 1 All E.R. 796, at 816–817 (Q.B.).

23. [1996] I.L.Pr. 544 (C.A.).

24. Cass.civ. 25 Jan. 1983, Rev.crit.d.i.p. 1983, 516, note Gaudemet-Tallon.

4. *The relevant obligation*

4.1. *The notion of obligation*

The notion of obligation used in art. 5 (1) obviously covers such obligations as arise with and are based on a contract. But does it extend, or should it be extended, to include pre-contractual duties, i.e. obligations arising before contract or in relation to its formation, such as the duty to avoid misrepresentations or non-disclosures in the making of a contract (in Continental and Scandinavian parlance, *culpa in contrahendo*)?

A negative answer to this question is suggested by the language used by the European Court in several cases involving the interpretation of art. 5 (1). In those cases the Court invariably speaks of “contractual obligations”, “the obligation which arises under the contract,” etc.²⁵ Whilst phrases such as these may seem to exclude pre-contractual obligations from the scope of the provision, the basis they afford for any conclusion is tenuous, since the present question was not at issue in any case decided by the European Court.

The question did arise for decision, however, in the aforementioned English case of *Trade Indemnity v. Försäkringsaktiebolaget Njord*.²⁶ In that case, it will be recalled, the plaintiffs sought to avoid some reinsurance contracts. The ground was that the defendant, when negotiating those contracts, had failed to make a fair presentation of the risk and to disclose all material matters. Since the place of performance for that obligation was London, where the contracts had been made, the plaintiffs argued that the English court had jurisdiction by virtue of art. 5 (1). The court, however, held that such a pre-contractual duty was not an obligation within the meaning of art. 5 (1) and that the plaintiffs had therefore failed to bring themselves within that provision.

There are at least two considerations tending to support this view, both of which were invoked by the English court. In the first place, art. 5 (1) sanctions the jurisdiction of the courts for the place where contracts are to be performed, as distinct from the courts for the place where contracts are made. Since pre-contractual duties must in principle be performed at the place of contracting, to accept such a duty as an obligation which founds jurisdiction at the place of performance

25. See, e.g., *De Bloos v. Bouyer* [1976] E.C.R. 1497, paras. 11 and 14; *Shenavai v. Kreisler* [1987] E.C.R. 239, para. 18.

26. [1995] 1 All E.R. 796, at 817-820 (Q.B.).

would in reality amount to recognising the jurisdiction of the courts for the place where the obligation arose and thus run counter to the policy of the Convention. Secondly, art. 5 (1) provides an exceptional jurisdiction and should not be given an interpretation which is wider than necessary. Pre-contractual obligations should therefore be held to fall outside its scope.

4.2. Which is the obligation “in question”?

Most contracts involve two or more mutual obligations which must often be performed at different places. There may therefore be a multiplicity of places of performance in respect of one and the same contract and, in consequence, a multiplicity of fora solutionis, all of which are in principle courts of competent jurisdiction. In each individual case, however, jurisdiction is only vested in the court for the place of performance of “the obligation in question”.

This wording – as well as its counterpart in the French language version (as amended in 1978) which, in clearer terms, speaks of “l’obligation qui sert de base à la demande” – goes back to the judgment of the European Court in *de Bloos v. Bouyer*.²⁷ That case was concerned with a contract whereby a French supplier (Bouyer) had granted a Belgian distributor (de Bloos) an exclusive sales concession. Complaining that Bouyer had unilaterally repudiated the contract without notice by supplying goods to another distributor, de Bloos brought proceedings against Bouyer before a Belgian court seeking the dissolution of the contract on the ground of the grantor’s wrongful conduct and the payment of damages, inter alia, for loss of goodwill. The Belgian court sought a ruling from the European Court on a number of questions as to the relevant obligation within the meaning of art. 5 (1).

In response to this request the Court stressed the need to interpret the Convention in such a way as to avoid, as far as possible, creating a situation in which a number of courts have jurisdiction over the same contract. Because of this, art. 5 (1) could not be interpreted as referring to any obligation whatsoever arising under the contract in question. On the contrary, the Court said, the obligation referred to was “the contractual obligation forming the basis of the legal proceedings”, or “that which corresponds to the contractual right on which the plaintiff’s action is based”. In other words, there is in each case a relevant obligation, which is the only one to be taken into account, namely the

27. [1976] E.C.R. 1497.

obligation the non-performance or the faulty performance of which the plaintiff relies upon to support his claim.

The Court went on to rule:

“In disputes concerning the consequences of the infringement by the grantor of a contract conferring an exclusive concession, such as the payment of damages or the dissolution of the contract, the obligation to which reference must be made for the purposes of applying Article 5 (1) of the Convention is that which the contract imposes on the grantor and the non-performance of which is relied upon by the grantee in support of the application for damages or for the dissolution of the contract. – In the case of actions for the payment of compensation by way of damages, it is for the national court to ascertain whether, under the law applicable to the contract, an independent contractual obligation or an obligation replacing the unperformed contractual obligation is involved.”

As is clear from this part of the judgment, a distinction must be drawn between independent (or primary) obligations arising under the contract and consequential (or secondary) obligations having the character of sanctions or remedies for non-performance or defective performance of an independent obligation. It is only the independent obligations that can and must be taken into account for the purposes of applying art. 5 (1).

It should be added that the Belgian court which had to decide the case following the preliminary ruling given by the European Court held that it had jurisdiction.²⁸ Under a statutory provision of Belgian law, which applied to the contract, a supplier who wished to terminate a contract of exclusive distributorship had to give adequate notice or pay appropriate compensation. That provision was interpreted as meaning that the obligation to pay compensation did not constitute an alternative in the event of adequate notice not being given, but only a form of reparation. The non-performance of the obligation to give notice was therefore the basis of the dispute. And that obligation was to be performed in Belgium, so that the Belgian court was the proper forum under art. 5 (1). As regards the claim for damages for loss of goodwill see *infra*, section 4.3.

The approach adopted by the European Court in *de Bloos* has been the subject of some criticism. In particular, it has been objected that

28. Cour d'appel, Mons, 3 May 1977, Digest of case-law relating to the European Communities, D Series: Convention of 27 September 1968, I-5.1.1 – B 6.

that approach fails to take account of the interdependence of the obligations of the parties to a contract.²⁹ An example given by Lando is that, in the case of a contract for the sale of goods, the seller and the buyer disagree as to which of them bears the risk when the goods sold have been lost. Such a dispute involves both the seller's duty to deliver the goods and the buyer's duty to pay the price. The result of the de Bloos approach, however, may be that the buyer's duty will be treated as the relevant obligation if the seller sues him for the price, whereas the seller's duty will be the relevant obligation if the buyer sues him claiming delivery of the goods. This means that the identification of the relevant obligation is fortuitous – it may, for instance, come to depend on whether the buyer had already paid the price before the dispute arose – and have nothing to do with the proximity of the court seised to the relationship at issue.

To this objection others may be added. One is that the distinction drawn in de Bloos between primary and secondary obligations may give rise to difficulties and differences of opinion (as illustrated by that case itself). Furthermore, the decision in de Bloos is not as simple and clear as it may appear to be at first sight. In fact, national courts purporting to follow it have often arrived at different conclusions as to the relevant obligation. This is amply demonstrated by cases presenting essentially the same features as de Bloos, namely cases in which a dealer brings an action before the courts of his own country complaining about the wrongful termination of the agency by his supplier.³⁰ In these cases the obligation "in question" has been identified in a variety of ways such as: the principal's obligation to give notice of termination of the agreement, his obligation to supply the dealer, or not to supply anyone else within the territory agreed upon, or to continue the relationship until it is properly terminated, or his obligation to pay commission, or his obligations under individual contracts concluded within the context of the distributorship agreement, or even the dealer's obligation to provide representation (considered to be "the essential obligation under the contract").³¹

An alternative approach to that adopted in de Bloos would be to rely on the obligation which is characteristic of the contract in ques-

29. See Lando (*supra*, note 1) 85–86.

30. Many such cases are collected in Digest (*supra*, note 28), *sub* I-5.1.1 – B.

31. See, e.g., Rauscher, *Verpflichtung und Erfüllungsort in Art. 5 Nr. 1 EUGVÜ unter besonderer Berücksichtigung des Vertragshändlervertrages* (1984).

tion.³² As is well known, the concept of “characteristic obligation” or “characteristic performance” has found its way into the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations. In relation to jurisdiction under art. 5 (1) of the Brussels and Lugano Conventions it would have the great virtue of providing a single relevant obligation and, in consequence, one place of performance for each contract. Apart from contracts of employment, however, this method of determining the relevant obligation has not found favour with the European Court. Rather, the rule laid down in *de Bloos* has subsequently been confirmed by the Court in *Shenavai v. Kreischer*³³ and *Custom Made Commercial v. Stawa*.³⁴ The former case concerned payment for services provided, the latter payment for goods supplied.

Apparently, then, the law on this point may now be regarded as settled. Possibly, though, there is still some room left for interpretation. It may be appropriate at this stage to draw attention to a case decided by a Danish Court of Appeal.³⁵ In that case a Danish company (S) had sold software to an English company (B). B alleged that the software supplied was defective and required considerable adjustments in order to become fit for its purpose. S brought an action in the court of its own domicile against B claiming payment of the price. That obligation was to be performed in Denmark. Accordingly, S argued that the court had jurisdiction under art. 5 (1). The court, however, did not accept this view: The point at issue was whether the software delivered conformed with the contract. If that was so, B’s obligation to pay was undisputed. In such circumstances the relevant obligation was identified as S’s duty to deliver faultless software. Since that obligation was to be performed in England, the Danish court could not found jurisdiction on art. 5 (1).

According to this decision, the relevant obligation is that which is genuinely controversial between the parties, regardless of whether it is also the obligation whose performance is sought in the judicial proceedings. This view, which has also been defended by Danish writers,³⁶ has much to commend itself. One of its advantages is that the relevant obligation will be the same, irrespective of which of the parties sues the

32. See Lando, in *Creating a European Economic Space: Legal Aspects of EC-EFTA Relations* (1990) 117, at 120–125.

33. [1987] E.C.R. 239.

34. [1994] E.C.R. I-2913.

35. Østre Landsret 24 June 1993, UfR 1993, 802.

36. Philip, *EU – IP* (2nd ed. 1994) 47. In a similar vein: Lando (*supra*, note 5) 31–32.

other, thus reducing or eliminating the scope left for chance. Furthermore, the risk of a multiplicity of courts being possessed of jurisdiction under art. 5 (1) is considerably reduced, in particular because payment obligations will largely be treated as irrelevant for the present purpose. Indeed, in most cases in which the defendant contests a claim for payment the reason is presumably – as in the above Danish case – not that that obligation in itself is in dispute, but that the goods or services provided allegedly do not conform with the contract. In all such cases the obligation to deliver the goods or to provide the services in question will alone be relevant for the purposes of applying art. 5 (1). Although this view does not coincide with that based on the concept of characteristic obligation, it would very often lead to the same results.

To all appearances this approach has not been adopted in opposition to the relevant decisions of the European Court. On the contrary, it results from an interpretation of those decisions and purports to follow them. In this respect, however, I must confess that I have strong doubts. It seems to me to be very difficult to reconcile the “Danish” position with that endorsed by the European Court.³⁷ I should be quite happy, however, if my doubts could be dispelled by the Court. Indeed, the above solution is in my opinion superior to that adopted (as I believe) by the European Court and harmonises better with the policy pursued and the desiderata expressed in the case-law of that Court.

4.3. Several relevant obligations

The approach adopted by the European Court affords no solution where the dispute is concerned with a number of independent obligations arising under the same contract and forming the basis of the plaintiff’s action. The decision of the Belgian court in the de Bloos case may serve as an illustration. In that case, it will be recalled, the plaintiff also claimed damages for loss of goodwill. Under the applicable Belgian law this claim (as distinct from the claim for compensation for failure to give notice of termination of the contract) was found to relate to an independent contractual obligation, which had to be performed at the defendant’s offices in France. In consequence, the Belgian court

37. Especially in view of the decision in *Custom Made Commercial v. Stawa* [1994] E.C.R. I-2913, where the Court refused to accept the opinion submitted by Advocate General Lenz, which was much to the same effect as the “Danish” view. See *infra*, section 5.2.

would not have jurisdiction under art. 5 (1). However, as this claim was related to the others, in respect of which the court did have jurisdiction, and in view of the provision on related actions in art. 22 of the Convention, the court held that its jurisdiction could be extended to include that claim.

The Belgian court was clearly wrong in justifying its decision by reference to art. 22, since that provision does not confer jurisdiction on any court not otherwise possessed of jurisdiction. Nevertheless, the decision may well stand in light of the subsequent judgment of the European Court in *Shenavai v. Kreischer*.³⁸ In that case the Court said, by way of an obiter dictum, that a court faced with a case of the type envisaged here should be guided by the maxim *accessorium sequitur principale*. In other words, where various (independent) obligations are at issue, a distinction should be drawn between principal and accessory obligations and the former alone may be taken into account by the court in ruling on its jurisdiction. This distinction, of course, is quite different from that adverted to earlier between primary and secondary obligations arising under the contract. It appears to be commendable in principle, but it may also be a source of fresh problems.³⁹

5. *The place of performance*

Once the relevant obligation has been identified, it remains to ascertain its place of performance. As regards this question, two main alternatives may be distinguished, according to whether the parties have or have not validly agreed on the place of performance.

5.1. *Determination by agreement*

The simplest case is where the parties have agreed the place of performance of the obligation in question. Such an agreement may have been made expressly, but it may also be deducible from the material terms of the contract, as for example where a seller of machinery has undertaken not only to supply the machinery but also to install it on the buyer's premises.

Where a clause of this kind forms part of the contract, it will nor-

38. [1987] E.C.R. 239. See also *Mulox v. Geels* [1993] E.C.R. I-4075, para. 22.

39. See Droz, *Rev.crit.d.i.p.* 1987, 798–804 (at 798: “On reste donc bien dans la mer, toujours recommencée, des incertitudes.”).

mally be binding on the courts for the purposes of applying art. 5 (1). This emerges clearly from the judgment of the European Court in *Zelger v. Salinitri* (No. 1).⁴⁰ It was held there that “if the place of performance of a contractual obligation has been specified by the parties in a clause which is valid according to the national law applicable to the contract, the court for that place has jurisdiction to take cognizance of disputes relating to that obligation under Article 5 (1) ...”

In the same case the Court held against the view put forward by some writers and endorsed by some national courts that the validity of an agreement concerning the place of performance should depend upon compliance with the form prescribed for prorogation agreements in art. 17 of the Convention. The effect of a clause of the former type, it is true, will be partly similar to that of a prorogation agreement, inasmuch as it will (indirectly) lead to a particular court having jurisdiction. This, however, was not considered to be decisive. The European Court chose rather to emphasise the differences between art. 5 (1) and art. 17. It pointed out that the special jurisdiction provided by art. 5 (1) is at the option of the plaintiff and that it is justified by the existence of a direct link between the dispute and the court called upon to take cognizance of it; whereas art. 17 provides an exclusive jurisdiction which dispenses with the need for any objective connection between the dispute and the court designated by the parties. An agreement on the place of performance may therefore be valid, irrespective of whether the formal conditions provided for under art. 17 have been observed.

This rule seems unobjectionable in cases where the parties have intended the place of performance specified in their agreement actually to be that of performance of obligations under the contract, thus linking the contract to the courts for that place. The position is different, though, in the case of an agreement which is not designed to fix the place where the person liable has to perform his obligations, but solely to establish – informally – that the courts for a particular place are to have jurisdiction. Such clauses, often referred to as “abstract” agreements on the place of performance, seem to be particularly common in German business practice (“Erfüllungsort Hamburg”, etc.). In the recent case of *Mainschiffahrts-Genossenschaft v. Les Gravières Rhénanes*⁴¹ the European Court has ruled that an oral agreement of this type is not governed by art. 5 (1) but by art. 17 and is valid only if the re-

40. [1980] E.C.R. 89.

41. Case C-106/95, judgment of 20 Feb. 1997, not yet reported.

quirements set out in that provision are complied with. *Zelger v. Salin-Ittri* (No. 1) was distinguished, very appropriately it is submitted. For on the one hand, there is no “direct link” between the place of performance of an obligation and the court designated in art. 5 (1) where, as in the case of an “abstract” agreement, that place is fictitious. Art. 5 (1) was therefore rightly excluded from application. And on the other hand, it appears necessary to subject “abstract” agreements on the place of performance to art. 17, since otherwise the door would be left wide open for circumvention of the formal requirements prescribed by that provision.

5.2. *Determination by legal rules*

In the absence of an effective agreement on the place of performance, that place must be defined by reference to legal rules. Apart from contracts of employment, the Convention does not itself provide any such definition. And the rules existing in the national legal systems of the Contracting States, in addition to being in many cases controversial and uncertain, are often divergent. A simple example is that, in the case of money liabilities, payment as a rule is to be made at the creditor’s residence (“Bringschuld”), e.g., under Dutch, English, Italian, Scandinavian and Swiss law, but at the debtor’s residence (“Holschuld”), e.g., under Austrian, Belgian, French and German law.⁴²

The European Court has not found it possible to overcome this division by developing common criteria for locating the place of performance. Indeed, in the very first case to come before it under the Convention, *Tessili v. Dunlop*,⁴³ the Court declined the option of ascribing an independent meaning to the concept in question. Instead, it held that the place of performance is to be determined in accordance with the law which governs the obligations in question according to the rules of the conflict of laws of the court before which the matter is brought.

The national rules on the subject, with their mutual divergencies, are thus left intact even within the context of application of the Convention. It must be noted, however, that reference is not to be made to the

42. A brief comparative survey is given in *Explanatory Report on the European Convention on the Place of Payment of Money Liabilities*, published by the Council of Europe (1972), 6–7. The subject is treated comprehensively by Schack, *Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozessrecht* (1985).

43. [1976] E.C.R. 1473.

lex fori as such, but to the law designated by the rules of the conflict of laws of the forum. This is important because the choice-of-law rules for contractual obligations have been unified within the European Union by the aforementioned Rome Convention of 1980.⁴⁴ In principle, even if hardly always in practice, this should result in the same law being applicable to the relevant contractual obligation, wherever (within the European Union) the question arises. In this way some degree of uniformity in the application of art. 5 (1) is likely to be achieved, despite the differences still obtaining between the legal systems of the Contracting States as to the place of performance of such obligations.

It must further be noted that the reference to the national law applicable to the obligation in question includes such international conventions on uniform (substantive) law as form part of that law.⁴⁵ The most important of these, at least in the present connection, is the Vienna Convention of 1980 on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). That Convention, pursuant to its art. 1 (1) (a), applies even without the interposition of conflicts rules in the case of contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different Contracting States.

One rather obvious objection to the Tessili rule is that its operation may be rather complex and that it really involves putting the cart before the horse. For in order to enable a decision to be made with regard to jurisdiction, it will be necessary first to find the law applicable to the substance of the dispute and then to ascertain and apply the rules of that law concerning the place of performance. Both of these “preliminary” questions may well be complex and controversial. Unfortunate and contrary to the policy normally pursued by the European Court as these consequences doubtless are, the complex questions that ensue may be regarded as the necessary corollary to the view espoused in Tessili that the place of performance is not an independent Community concept and that that place must be determined by reference to national law. The alternative of referring to the lex fori as such, whilst representing a simpler solution, would certainly be less adequate than that adopted by the European Court.

44. Austria, Finland and Sweden are not yet bound by that Convention, but their accession to it is expected within the near future. Three other States, viz. Iceland, Norway and Switzerland, are parties to the Lugano Convention but not to the Rome Convention.

45. For a case illustrating this point see *Custom Made Commercial v. Stawa* [1994] E.C.R. I-2913.

Other critics of the Tessili rule argue that that rule may in certain cases result in a court having jurisdiction over a dispute with which it has little or no connection. In such cases, it is contended, a departure from the rule should be admitted on the ground that the rule would lead to results which are contrary to the aim of art. 5 (1).

Objections of this kind seem to have prompted the reference to the European Court in *Custom Made Commercial v. Stawa*.⁴⁶ In that case a German company (S), which had its seat in Bielefeld, had supplied goods to an English company (B). When B paid only part of the stipulated price, S brought proceedings for recovery of the balance before the Landgericht Bielefeld. The sales transaction was governed by the Uniform Law on the International Sale of Goods (annexed to the Hague Convention of 1 July 1964), the predecessor of CISG. Pursuant to art. 59 (1) of that Law the buyer must pay the price to the seller at the seller's place of business or, if he does not have a place of business, at his habitual residence.

In these circumstances it would seem to be fairly clear, following the Tessili rule, that the German court had jurisdiction under art. 5 (1). Nevertheless, the question proved to be controversial. S was successful at first instance and on appeal, but B then appealed to the Bundesgerichtshof, which took the view that the dispute gave rise to problems of interpretation of the Convention and decided to refer, among others, the following question to the European Court:

“Is the place of performance under Article 5 (1) ... to be determined pursuant to the substantive law applicable to the obligation in issue under the conflicts rules of the court hearing the case where the case concerns a claim for payment of the price brought by the supplier against the customer under a contract for manufacture and supply, according to the conflicts rules of the court hearing the case that contract is governed by uniform sales law and under that law the place of performance of the obligation to pay the price is the place of establishment of the plaintiff supplier?”

Advocate General Lenz, in an extensive opinion, recognised that the place of performance should continue to be determined as a general rule on the basis of the substantive law of the contract but suggested a departure from that principle where its application, in a given case, manifestly does not square with the aim of art. 5 (1). On grounds which must here be passed over he came to the conclusion that in the

46. [1994] E.C.R. I-2913.

circumstances of the case at hand the place of performance was “the place agreed in the contract at which the goods are intended to be supplied, irrespective as to which of the parties have to bear the risk of conveying the goods to that place”.

The European Court (Full Court) did not agree. Instead, it decided to maintain its previous course. It held that “in the case of a demand for payment made by a supplier to his customer under a contract of manufacture and supply, the place of performance of the obligation to pay the price is to be determined pursuant to the substantive law governing the obligation in dispute under the conflicts rules of the court seised, even where those rules refer to the application to the contract of provisions such as those of the Uniform Law on the International Sale of Goods, annexed to the Hague Convention of 1 July 1964”.

Although this judgment does nothing but confirm “old truths”, it has come in for some sharp criticism.⁴⁷ Looking at the matter free from authority one can readily agree with the critics. It is obvious, for instance, that art. 5 (1), as applied under the Tessili rule, very often has the effect of according jurisdiction to the plaintiff’s forum and that it is therefore conducive to a result which is frowned upon by the Convention. And it is no doubt a sign of weakness that the European Court itself in *Custom Made Commercial* had to admit that the rule it adhered to may in certain cases have the effect of conferring jurisdiction on a court which has no connection with the case.

In *Custom Made Commercial* it was submitted that the Tessili rule should be made subject to an exception where the court does not have a sufficiently close connection with the dispute. This proposition, however, appears to be very questionable. Criteria such as that requiring “a close connection” with the dispute are notoriously vague and difficult to apply. Allowing them to affect the application of art. 5 (1) would be likely to produce uncertainty and to give rise to many fresh problems of interpretation. After all and as compared with this proposal, the Tessili rule does have the advantage of affording some degree of certainty and foreseeability. As was pointed out by the European Court in *Custom Made Commercial*, the use of criteria other than that of the place of performance might jeopardize the possibility of foreseeing which court will have jurisdiction and for that reason be incompatible with the aim of the Convention. Other remedies, to be discussed in what follows, seem to be more appropriate.

47. See, e.g., Jayme, *IPRax* 1995, 13, at 14: “Ein so schwaches Urteil entmutigt.”

6. *Critical Evaluation and Suggestions for Reform*

A basic postulate in respect of rules of jurisdiction generally is that they should be based on reasonably simple and tangible criteria which are apt to facilitate the parties' ability to foresee which court or courts have jurisdiction and to forestall any need for lengthy litigation on jurisdictional issues. Although, in principle, the European Court would appear to be willing to subscribe to this view, it is clear beyond any doubt that the provision in art. 5 (1), as interpreted by the Court, does not satisfy such elementary requirements.

On the contrary, the application of art. 5 (1) often involves complicated questions of fact and law which relate to the substance of the case and which not rarely give rise to protracted, costly and useless litigation. The results of the struggles of the courts with this provision are largely unpredictable. Indeed, in spite all its efforts, the European Court has not been able to tame the unruly horse. Even less have national courts managed to do so. Although they usually seem to be willing to follow the guidance offered by the European Court, they are deeply divided on some important issues. A "homeward trend" is often to be detected in their decisions.

Furthermore, it is simply not true that the forum solutionis should always, or even usually, have the advantage of presenting "a particularly close connection" with contractual disputes, or that "the efficacious conduct of the proceedings" should require that court to have jurisdiction. As the European Court itself has had to admit, the place of performance of the obligation in question may well have insignificant connection, or no connection at all, with the dispute. This is especially so in the case of monetary obligations.

There is more substance in the argument based on the desire to ensure a fair allocation of jurisdictional risks between the parties. It is true that there is no good reason for always protecting the defendant in accordance with art. 2. Once it is admitted that there may be a genuine need for a counterweight to that provision, however, one may wonder why this should be achieved by means of a provision such as art. 5 (1). Would it not be better and much simpler to recognise openly that it is legitimate, in certain cases involving a contractual dispute, for jurisdiction to be exercised (optionally) by the courts of the plaintiff's domicile? Although the European Court has time and again declared that it is opposed to the creation of a forum actoris, the interpretation it has placed on art. 5 (1) is in fact very largely conducive to the acceptance of

such a forum. I am not convinced that the actual results of this case-law should always deserve to be criticised, and I am inclined to think that they are better than some of the broad principles which the Court has enunciated and with which they are often in glaring conflict.

My primary proposal would accordingly be that the present rule in art. 5 (1) – still leaving aside the special provisions governing contracts of employment – should be deleted.⁴⁸ It should be replaced by a provision according jurisdiction in certain circumstances, the specification of which is beyond the scope of this paper, to the courts for the plaintiff's domicile.

This, of course, would require an amendment of the Convention. Unfortunately, the prospects of such an amendment winning the necessary acceptance would seem to be almost non-existent. The best one can hope for is probably some more modest reform within the framework of the existing provision in art. 5 (1) which, it is submitted, could be brought about by the European Court without any need for the Convention to be amended.

One such step, which would represent a great improvement, would be to re-interpret the concept of "the obligation in question", perhaps along the lines suggested in Denmark (*supra*, section 4.2). The case of Custom Made Commercial is yet another example of the merits of that approach. The English buyer's refusal to pay the rest of the price in that case was apparently due to the fact that the goods supplied by the German seller were allegedly defective. If that was so, the real issue was the seller's obligation to deliver goods conforming with the contract. And if that obligation had been treated as the relevant one for the purposes of applying art. 5 (1), there would not have been any problem of jurisdiction being conferred on a court lacking sufficient connection with the dispute.

In addition, it would be desirable for the European Court to overrule its decision in *Tessili* and to adopt an independent interpretation of the concept of place of performance. Despite the fact that national rules on this subject are still at variance, it is hardly beyond the range of possibility for such a step to be taken by the Court, at least as regards some important types of contract. In the case of contracts for the sale of goods, for instance, an independent Community concept of the place of performance could be modelled on the relevant provisions of

48. The same view has been strongly advocated by some other writers. See Droz (*supra*, note 39) 803; Verheul, NILR 1975, 338 and 1976, 347, at 349.

Lennart Pålsson

CISG, which is in any case in force in the majority of States parties to the Brussels and Lugano Conventions.

Art. 177 og dansk suverænitetssafgivelse

En artikel med anledning af Danmarks ratifikation af Protokollen af 23. juli 1996 om præjudiciel forelæggelse af fortolknings spørgsmål om Europol-konventionen

Professor, dr. jur. Hjalte Rasmussen, Københavns Universitet

1. *Lidt om Ole Lando og denne artikels forfatter*

26 år minus nogle ganske få dage forløb mellem mit første møde og samtale i 1971 med Ole Lando og dén dag, jeg modtog Juridisk Instituts invitation til at bidrage til et Festskrift til Lando. Jeg er glad for at tage imod invitationen.

1971-samtalen kom i stand, fordi jeg havde ansøgt om ansættelse som amanuensis (som lektorer kaldtes dengang) på 'Lando's institut' på Handelshøjskolen i København. Det var under dét tilnavn, at Institut for Europæisk Markedsret var bedst kendt og omtaltes kvinde og mand i mellem.

Tilnavnet var fortjent. Det var det al den stund Jan Kobbarnagel, som var Handelshøjskolens rektor og ukronede konge dengang, i 1967 besluttede at oprette Instituttet for at forfremme Lando og knytte ham tættere til Handelshøjskolen ved at gøre dr.jur.'en fra 1963 og Handelshøjskolens professor i international og sammenlignende erhvervsret fra samme år til leder af det nye institut. Det var han i mange år.

Kobbarnagel havde kendt sin besøgstid: Lando forstod i kraft af en fornem akademisk og organisatorisk indsats i årene derefter at afsætte Handelshøjskolens fingeraftryk talløse steder i den store universitetsverden.

2. *Denne artikels emne, genesis, problemstilling og terminologi*

Denne artikel handler om dansk ratifikation af regler om overladelse af præjudiciel fortolkningskompetence til EF-domstolen (herefter Domstolen); det vil sige af regler som art. 177 og variationer herover.

Emnet aktualiseredes for nylig af, at Danmark forpligtede sig til at gennemføre Protokol af 23. juli 1996 (herefter Protokollen) om Domstolens fortolkning¹ af Europolkonventionen (herefter Konventionen). Det drejer sig nærmere om Protokollens artikler 1 og 2, som lyder således:

Art 1. De Europæiske Fællesskabers Domstol har på de betingelser, der er fastsat i denne protokol, kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af konventionen om oprettelse af en europæisk politienhed, i det følgende benævnt "Europol-konventionen".

Art 2, 1. I en erklæring fremsat i forbindelse med undertegnelsen af denne protokol eller på ethvert senere tidspunkt efter denne undertegnelse vil hver medlemsstat kunne acceptere De Europæiske Fællesskabers Domstols kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af Europolkonventionen på de i stk. 2, litra a) eller litra b) fastsatte betingelser.

2. En medlemsstat, der fremsætter en erklæring i henhold til stk. 1, kan nærmere angive:

- a) at enhver retsinstans i denne medlemsstat, hvis afgørelse ikke kan ankes inden for det nationale retssystem, kan anmode De Europæiske Fællesskabers Domstol om at træffe præjudiciel afgørelse vedrørende et spørgsmål, der er rejst i en for den verserende sag, og som angår fortolkningen af Europolkonventionen, når den pågældende retsinstans skønner, at en afgørelse vedrørende dette spørgsmål er nødvendig for at kunne træffe afgørelse, eller
- b) at enhver retsinstans i denne medlemsstat kan anmode De Europæiske Fællesskabers Domstol om at træffe præjudiciel afgørelse vedrørende et spørgsmål, der er rejst i en for den verserende sag, og som angår fortolkningen af Europolkonventionen, når den pågældende retsinstans skønner, at en afgørelse vedrørende dette spørgsmål er nødvendig for at kunne træffe afgørelse.

Ole Lando var den første herhjemme, som skrev en artikel om 'Fællesmarkedets Domstol'². Han var derfor tillige den første, som – for præ-

1. Protokollen er faktisk blot den sidste i rækken af tilsvarende variationer over artikel-177-temaet. Se tidligt om disse fortolkningsprotokoller, Hjalte Rasmussen, *A New Generation of Community Law*, 15 *Common Market Law Review* (1978), ss. 249–282; og Protokollen om fortolkning af Domskonventionen, *Nordisk Tidsskrift for international ret*, 1977, ss. 123–145. I disse artikler gives en (dengang) up-to-date redegørelse for en lang række af de problemer, som protokoller af art. 177-typen har givet anledning til.

cist 30 år siden – henledte danske juristers opmærksomhed på den sære og udviklingsegne art. 177 om domstolssamarbejdet mellem nationale domstole og Domstolen om præjudiciel løsning af fortolknings-spørgsmål³.

Valget af artiklens tema er ikke i mindre grad dikteret af hensynet til, at det giver mig anledning til at genopfriske interessen for et af Lando's tidligste EU-retsarbejder. Som så mange andre temaer, Lando har taget op til analyse, dokumenterer denne artikel hans evne til tidligere end de fleste andre at få øje på morgendagens store retlige problemkredse.

Art 177's retligt-politiske udviklingspotentiale var dog aldeles ukendt og uforudsigeligt i 1967, da Lando skrev sin artikel. De fleste danske jurister troede dengang, at art. 177's eneste funktion var at bidrage til at forhindre en atomisering af traktatens og den afledte EF-rets skrevne retsregler. Disse regler skulle være en fælles ret for alle medlemsstaterne. De skulle derfor nødig udvikle sig i for forskellige retninger, når medlemsstaternes domstole begyndte at anvende dem. Hvad imidlertid 'art. 177's eneste funktion' angik, tog de fleste af os grundigt fejl.⁴

For, efter nogen tids nedsænkning i Domstolens *melting pot*, viste det sig, at art. 177 og domstolssamarbejdet i henhold til denne bestemmelse tillige skulle løse en række andre og langt vigtigere opgaver. Skønt grundigt transformeret, forblev art. 177's rolle dog selvfølgelig den lige omtalte. Derudover blev det bestemmelsens opgave at levere råvarerne – mange retssager – til brug for Domstolens metamorfose af EF's retsorden. Denne retsorden udviklede Domstolens dommere derefter fra midten af 60'erne fra det oprindelige, stærkt suverænitetsbe-

2. TFR 1967, s. 3–29.

3. EØFT 177 hjemler som bekendt tillige forelæggelse af spørgsmål om den afledte rets ugyldighed for Domstolen; men det er fortolkningsspørgsmålene, som er i centrum i dette essay.

Artikel 177 introducerede denne form for fortolkningssamarbejde mellem nationale domstole og Domstolen i EUs retsorden. En tilsvarende bestemmelse findes ganske vist i Euratom-traktatens artikel 140, som trådte i kraft samtidig med EØFT. Artikel 140 er dog mig bekendt kun blevet anvendt mindre end fem gange. Den har derfor ikke kunnet sætte sig spor af samme størrelsesorden som artikel 177, der ultimo 1996 havde ført ca 3.300 præjudicielle forelæggelser for Domstolen med sig. EKSF-traktatens artikel 41 indeholdt kun en regel om samarbejde mellem nationale domstole og Domstolen om afgørelser om afledt EU-rets ugyldighed. Se dog senere dommen i *Bussoni*, sag C-221/88, Saml. 1990, s. I-519.

4. Det antog for eksempel Max Sørensen i *De danske domstoles anvendelse af EF's regler*, Jur 1973, ss 1–17; og jeg selv i *Spørg Luxembourg*, Tfr 1973, ss 445–469. Lando's opfattelse i den i fn 2 omtalte artikel hviler på samme antagelse.

Hjalte Rasmussen

skyttende retssystem, som man finder i traktaterne, til Domstolens egen, suverænitet reducerende retsorden.⁵

Om denne retsorden har to centralt placerede iagttagere i nyere tid udtalt, hvad der fremgår af følgende to citater. Det første er forfattet af professor ved Universitet i Leuven, Koen Lenaerts, som tillige var (og stadig er) dommer ved EF's førsteinstansdomstol, da han nedfældende det. Citat nr. 2 er fra professor ved Harvard Universitetet, Joseph H.H. Weiler, som jeg formentlig ikke behøver at introducere nærmere.

Professor Lenaerts afsluttede sin gennemgang af det empiriske materiale med ordene:

“The residual powers of the Member States have no reserved status. The Community may indeed exercise its specific, implied or non-specific powers in the fullest way possible, without running into any inherent limitation set to these powers as a result of the sovereignty which the Member States retain as subjects of international law. *There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community.*”⁶ (udhævet her).

Professor Weiler konkluderede i ret beslægtede vendinger således

“After all, in relation to issues of jurisdiction, supremacy may only mean that each level of government is supreme in the fields assigned to it. Here we have a case of conflict of competences. The court is suggesting that in such conflicts *the Community competence must prevail*”. (udhævet her).⁷

Den nye EF-domstolsskabte, retsorden er med andre ord, hvad kompetencefordelingen mellem EF/Unionen og medlemsstaterne angår, beklageligt flydende og principløs. Dette gælder ifølge de to forfattere i bred almindelighed. Denne artikel undersøger, om den judicielle *nu-*

5. Se for eksempel min EU-ret i Kontekst, GadJura, København 1995, ss 13 ff; samt citaterne straks nedenfor af professorerne Lenaerts og Weiler.

6. Constitutionism and the Many Faces of Federalism, *The American Journal of Comparative Law*, 1990, s. 220.

7. Limits to Growth? On the Law and Politics of the European Union's Jurisdictional Limits (1996), s. 15. Nogle vil indvende, at man ikke har megen glæde af at vide, hvad selv to så distingverede herrer mener, når der ufortalt muligvis findes andre, som ikke deler deres opfattelse. Hertil kan jeg imidlertid let svare: om de findes, har disse andre ikke modsagt Weiler og Lenaerts offentligt. Jeg behøver knapt tilføje, at jeg deler begges opfattelse.

cleus of national sovereignty, hvis integritet ifølge Max Sørensen (jf. straks nedenfor) ikke ville blive berørt ved at ratificere art. 177, i tiden efter medlemskab har evnet at modstå Domstolens suverænitetsreducerende retspraksis, som har slået brecher i så mange andre kærner af national suverænitet.

3. § 19 eller § 20?

Der er en tredje grund til at tage spørgsmålet op om ratifikationen af Protokollen på dette sted. Grunden er efter min mening, at det var ganske forudsigeligt, at ratifikationen i april 1997 af Europakonventionen med tilhørende Protokol af juni 96 kom til at genoplive det danske dilemma om valget mellem § 19 og § 20 som hjemmel for ratifikationen. Det kom den faktisk til, da Enhedslisten i Folketinget forlangte, at formanden skulle afvise at lade behandlingen af det af regeringen fremsatte lovforslag om ratifikation behandle med hjemmel i § 19, idet dette parti argumenterede for, at overladelse af en ny fortolkningskompetence til Domstolen indebar suverænitetssafgivelse, hvorfor § 20 var rette hjemmel. Forlangendet blev afvist.

I denne artikel betvivler jeg den overleverede visdoms påstand om, at ratifikation af fortolkningsprotokoller af art. 177-typen er § 19-stof. Opfattelsen forekommer mig ikke så klippefast rigtig, som det tilsyneladende er almindeligt antaget. Spørgsmålet stilles med andre ord, om ratifikation af art. 177-lignende bestemmelser kræver § 20-behandling? En vis støtte for min tvivl har jeg fundet i en artikel, som Max Sørensen skrev så tidligt som i 1963. Her udtalte Max Sørensen, at

Spørgsmålet om der [art. 177] foreligger en overdragelse af national judiciel kompetence kan give anledning til tvivl, men synes dog at måtte besvares benægtende.⁸

Justitsministeriet synes 10 år senere at have droppet ethvert spørgsmåltegn, idet ministeriet i Redegørelsen af juli 1972 blot udtalte, at

Gennem denne beføjelse [art. 177] kan Domstolen ved sin *abstrakte fortolkning* af fællesskabsretten give udtryk for sine synspunkter med hensyn til rækkevidden af medlemsstaternes forpligtelser og har [] også gjort det.

8. Juristen, 1963, s. 68.

Hjalte Rasmussen

Men den *konkrete anvendelse* af disse synspunkter er overladt til den nationale domstol, og art. 177 giver ikke i sig selv Fællesskaberne nogen reaktionsmulighed over for traktatbrud.' (sic! original kursivering)⁹

Den overleverede visdom, som tydeligvis også tænker i § 19-baner, er i nyere tid illustrativt formuleret på side 297 i Gulmann (m.fl.), hvor det hedder, at

Det er den nationale dommers opgave, enten på grundlag af parternes anbringender eller af egen drift, at afgøre, om sagens afgørelse afhænger af en fortolkning af EF-regler eller en stillingtagen til EF-reglers gyldighed. EF-Domstolen træder kun i funktion, hvis en national dommer har forelagt spørgsmål om fortolkning af EF-regler eller om sådanne reglers gyldighed. EF-Domstolen er principielt alene kompetent til at besvare de konkret forelagte spørgsmål. Det er den *nationale dommers opgave endeligt at afgøre sagen på grundlag af EF-Domstolens besvarelse* af de præjudicielle spørgsmål, dvs. at *det er den nationale dommers opgave at anvende EF-Domstolens besvarelse af de præjudicielle spørgsmål*, dvs. at det er den nationale dommers opgave at anvende EF-Domstolens fortolkning af de pågældende EF-regler eller dens afgørelse af spørgsmålet om deres gyldighed på den konkrete sag på grundlag af hans fastlæggelse af de for sagens afgørelse relevante faktiske omstændigheder og eventuelt på grundlag af en samtidig stillingtagen til relevante nationale retsregler (udhævet her)¹⁰.

4. *Kort om min plan for den følgende diskussion*

Om tilrettelæggelsen af diskussionerne i det følgende skal jeg i øvrigt indskudsvist bemærke, at de gennemføres i skikkelse af en analyse af forholdet mellem art. 177 og § 20. Det sker, skønt artiklens tema: § 19 eller § 20? umiddelbart tager afsæt i ratifikationen af Europol-protokollen. Dette lille kosmetiske kneb forekommer mig forsvarlig, for det første fordi alt det erfaringsmateriale, som udgør artiklens empiriske råstof, er udviklet i tilknytning til samarbejdet mellem Domstolen og de nationale domstole i henhold til art. 177.

For det andet er det dernæst givet, at der ikke er forskel på den/de

9. Justitsministeriets redegørelse, optrykt i Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1972, s. 159.

10. EF-ret, 3. udg., 1995, DJØFs Forlag, København.

nationale/danske domstoles EU-retsstilling afhængigt af, om de modtager et fortolkende svar i henhold til art. 177 eller en fortolkningsprotokol. Danske dommere er hverken mere eller mindre bundne af det fortolkende svar i den ene eller den anden situation. Og hovedsagens parter derfor umiddelbart bundne af Domstolens domme på samme måde som hovedsagens dommere.

For det tredje vil det gøre det lettere at følge argumentationen, at fokus er på den kendte art. 177 og ikke en ukendt protokolbestemmelse.

For det fjerde, og endelig: i 1971/72 vidste vi ikke, hvad vi i dag har lært om danske dommers stilling i mange sager, som rejser EU-rets spørgsmål, nemlig som simple formidlere til hovedsagens parter af Domstolens ofte helt reelle afgørelse i detaljer af hovedsagen. Havde de danske beslutningstagere anet, hvilke overraskelser der i så henseende var i vente, havde regering, justitsministerium og Folketing måske tøvet mere med i 1972 at klassificere art. 177 som en bestemmelse, som kun krævede § 19-ratifikation.

Fremstillingen begynder dog med at fremkalde på nethinden, på den ene side, de store mængder af dansk myndighed, som er bortdelegeret i henhold til § 19 og, på den anden side, den kvantitativt kendeligt mindre omfattende suverænitet, som angiveligt er afgivet i henhold til § 20. Kontrasten mellem 'det uendeligt store' og 'det uendeligt små' udgør i dag efter min mening i det mindste et politisk problem. Måske gemmer der sig dog tillige et forfatningsretligt paradoks bag kontrasten. Jeg anser det under alle omstændigheder i dag for vigtigt, at det politiske holdes in mente i forbindelse med gennemførelsen af nutidige juridiske analyser af § 20¹¹.

I afsnit 9 tager fremstillingen spørgsmålet op om Domstolens anvendelse af art. 177, der efter min mening giver rig anledning til at overveje den rette grænsedragning mellem § 19 og § 20.

11. Sådan var det før den verserende grundlovsretssag: Sag nr. 272/94, Socialrådgiver Hanne Norup Carlsen m.fl. mod Statsminister Poul Nyrup Rasmussen; og sådan vil det antagelig forblive efter dens afslutning, uanset resultatet. Denne retssag og de samfunds- og forfatningsproblemer, som den har hvirvlet op og vil fortsætte med at hvirvle op, har jeg redegjort udførligt for i bogen *Folkestyre, Grundlov og Højesteret – Grl § 20 på Prøve*, Christian Ejlers Forlag, København, 1996 (s. 120).

5. *Om forskellen mellem de store mængder af dansk myndighed, som er bortdelegeret i henhold til § 19 og den kvantitativt kendeligt mindre omfattende suverænitet, som angiveligt er afgivet i henhold til § 20*

De 26 år, denne artikels forfatter har kendt Ole Lando, er specielt i perspektivet af dansk medlemskab af EF/EU en lang tid. Perioden strækker sig faktisk fra tiden før Danmark den 1. januar 1973 blev medlem af EF til et godt stykke ind i forløbet af den tredje regeringskonference om udvikling i bredden og dybden af dét EF, der i mellemtiden var blevet til Den Europæiske Union.

Der var få danske beslutningstagere, som i 1971/72 havde visionær kraft nok til at forestille sig, at medlemsstaterne knapt et kvart sekl efter folkeafstemningen om medlemskabet den 2. oktober 1992 skulle have forpligtet sig til at forenes i en økonomisk og monetær union. Og hvor mange forudså, endsige troede på, at de samme lande små 25 år senere skulle være stærkt optaget af et projekt om at pulje væsentlige dele af deres udenrigs- og sikkerhedspolitikker under en mere eller mindre supranational ledelse¹²?

Mange af de såkaldte NEJ-sigere fra 1972 malede nok spøgelse på væggen om, at Fællesmarkedet hurtigt ville udvikle sig til en føderalstatslig samfundskonstruktion. Men hvor mange af dem troede for alvor selv på virkeliggørelsen af de forfærdeligheder for det danske folk i form af stedse mere union, som de advarede imod. Tro eller ikke: advarslerne var imod en unionsudvikling, som mange danske vælgere allerede i 1972 vendte sig imod. Valgforskerne ved nu, at et stort flertal af de danske vælgere meget gerne vil være medlemmer af et fællesmarked/indre marked, men at det er svært at finde et flertal i vælgerbefolkningen for fuldt medlemskab af en Union. Vælgerundersøgelser viser faktisk, at ca. 13 af de 63%, som i 1972 stemte JA til EF-medlemskabet, gjorde det, fordi de ikke troede på unionsvisionen. Da det viste sig, at visionen kunne blive til virkelighed, skiftede disse 13% tilsyneladende ikke standpunkt men side under folkeafstemningerne.

De motiver eller overvejelser, som valgforskerne kan få øje på som bestemmende for væksten i antallet af EU-skeptikere, er mange og

12. Forhenværende ambassadør Jens Christensen synes i kronikken i Politiken den 22. januar 1997 at antyde, at en intens integrationsudvikling var ét blandt flere scenarier. Et Europas forenede stater kunne det hele udvikle sig til, men da var tidshorisonten i 100-årsklassen. Det var med andre ord ikke nævneværdigt alvorstyngede forestillinger, man gjorde sig om den udvikling, som faktisk fandt/finder sted.

komplekse. En fællesnævner for megen skepsis er dog givetvis frygt i vælgerbefolkningen for langsomt men sikkert at være ved at miste retten til at styre sig selv gennem de folketingsbeslutninger, hvortil grunden lægges, når der er valg til Folketinget. Eller som ifølge grundloven forudsættes truffet af den danske regering og af de danske domstole. Mange oplever en akut fare for at miste mere selvstyre og suverænitet i betydningen magt og evne til som folk eller nation at bestemme over egne anliggender – hvilke de så end er.

Vælgerne værdsætter tydeligvis ikke efter fortjeneste et væsentligt argument mod denne bekymring. Dette argument lyder, at det for et lille land som Danmark kan være formålstjenligt – eller ligefrem uomgængeligt nødvendigt – at afgive noget af det *selvstyre*, som grundloven fordeler på de danske institutioner. Det skyldes, at dette selvstyre ofte er mere formelt end reelt på grund af landets afhængighed af forhold, som miljømæssigt, økonomisk eller retligt bestemmes af retlige og/eller faktiske omstændigheder, herunder fysiske forhold, eller af virksomheder eller af myndigheder uden for landets grænser.

Argumentet understreger, at Danmark i en vanskeligt overskuelig mængde sammenhænge har mulighed for, og faktisk har opnået, at genindvinde tabt, reel suverænitet ved at afgive noget af den formelle. Det er typisk sket ved, at landet har fået medindflydelse i EF/Unionen på udfaldet af for Danmark relevante, men ikke-danske beslutninger. Det er beslutninger, som, hvad enten vi kan lide dem eller ej, afgør danskerne nationaløkonomiske, sikkerhedspolitiske, sociale, retspolitiske (osv.) skæbner.

Samtidig kan man formentlig med klar støtte fra herskende opfattelser i politologien i dag konstatere, at de femten medlemsstaters greb om eller kontrol over EU's politiske processer ikke er blevet mindre, snarere større, i løbet af de 25 år, Danmarks medlemskab har varet. Nogle vil måske her over for indvende, at afskaffelsen af vetoet til ligemed væksten i bestemmelser, som hjemler beslutningstagning ved kvalificeret flertalsafgørelse tværtimod indikerer, at de enkelte medlemsstater har givet afkald på tidligere tiders nærmest ubegrænsede muligheder for at øve indflydelse på store såvel som små politiske beslutninger. Er dette modargument vel ikke tomt, vurderer det dog efter min mening situationen for firkantet. Når grebet over EU-sagerne angiveligt er taget til, skyldes det, at medlemsstaterne i gennemsnit sidder mindst lige så tungt på EU's regelproduktionsapparat, som de gjorde for et kvart århundrede siden. Det er en selvfølge, at enkelte medlemsstaters kun vejer så tungt, når nye regler vedtages ved flertalsafstem-

ning, som deres stemmewægte og vægt i forhandlingerne berettiger til. Hver af dem disponerer blot over den vægt, som deres størrelse og indgåede aftaler giver dem. Dette er dog på den ene side ikke noget nyt, og på den anden side er små medlemsstater stemmewægte langt større end deres lidenhed retfærdiggør.

Den lige førte argumentation tillader på den ene side at fastslå, at Danmarks indflydelse på unionsmyndighedernes anvendelse af deres tildegerede beføjelser i hele medlemskabsperioden har været stor og stabil, samt at nationens evne til reelt at forme sin skæbne måske endog har været i vækst. Argumentationen flytter på den anden side tydeligvis ikke ved den kendsgerning, at tabet af den ovenfor omtalte magt og evne til i enrum at bestemme over egne samfundsanliggender i forbindelse med Danmarks indtræden i EF i 1973 var betragteligt. Tabet har siden været i stadig vækst i omfang med indgribende virkninger på samfundslivet i Danmark til følge.

Man må erkende, at for den, som ikke forstår eller efter fortjeneste værdsætter argumentet om de kompenserende selvstyregevinster, dominerer det formelle selvstyretab i forestillingsverdenen, hvilket har fremprovokeret en del unions skepsis i den danske vælgerbefolkning. Det er efter min mening ikke sandsynligt, at denne skepsis vil tage af inden for en overskuelig fremtid.

I mine øjne stiller denne udvikling den traditionelle fortolkning af § 20 over for en stor udfordring. Jeg minder om, at denne definition kun tager sigte på 1) overladelse af myndighed til EF/EU til at skabe umiddelbart virkende forpligtelser for borgerne og 2) afgivelse af folkeretlig handleevne.¹³ Det er denne snævre definition, som har medført paradokset mellem massen af bortdelegeret dansk myndighed med hjemmel i § 19 på den ene side og det markant mindre volumen af afgivet suverænitet i henhold til § 20 på den anden. Vælgerfolket, som i kraft af både § 20 og forfatningspraksis om folkeafstemninger, er blevet én af de statsretlige aktører, forstår i vidt omfang ikke arten af paradoksproblemet; og ønsker det formentlig væk.

Et i denne forbindelse interessant synspunkt er blevet fremført i de forfatningsretlige diskussioner, som Ratifikationssagen¹⁴ har inspireret til. Synspunktet er, at den traditionelle § 20-definition af suverænitet, med dens snævre fokus på umiddelbart gældende borgerfor-

13. Se for eksempel Justitsministeriets redegørelse af juli 1972, som er optrykt i Nordisk tidsskrift for international ret, 1972, s. 143 ff.

14. Omtalt i fodnote 11 ovenfor.

pligtelser og overladelse af folkeretlig handleevne, ikke i praksis fungerer som et tilstrækkeligt værn omkring den fortsatte beståen af et egentligt dansk selvstyre inden for omfattende og væsentlige livsområder.¹⁵ Det er min opfattelse, at den statsretlige doktrin må arbejde for at supplere den traditionelle opfattelse af en nærmest grænseløs hjemmel i grundloven til at delegere dansk myndighed til unionsmyndighederne med teori, som påviser eksistensen af en kvantitativ yderste grænse for, hvor meget selvstyre danske myndigheder via ratifikation af successive integrationstraktater (samt afledt EU-ret) kan berøve sig selv for.

En ny teori synes umiddelbart at kunne søge fodfæste i grundlovens forudsætning og bestemmelser om, at det danske folk styrer sig selv gennem sine valgte repræsentanter på tinge. Det reelle i denne argumentation er, at grundloven må antages at indeholde uskrevne grænser for, i hvilket omfang det danske folkestyre med hjemmel i § 19 og § 20 kan tømme sig selv for virkeligt indhold. Parallelt hermed forekommer det mig nødvendigt, at Danmark på kommende regeringskonferencer virker for, at den flydende og principløse kompetencefordeling mellem medlemsstaterne og unionen erstattes af klare linier. Også dette tiltag, om det bærer frugt, vil kunne bidrage til at løse paradoksproblemet, der ellers omvendt vil vokse i styrke og alvor.

Om og/eller hvornår en ny statsretlig teori sætter sig effektivt igennem, er det, mens dette skrives, for tidligt at spå om. I mellemtiden kan regering og folketing imidlertid efter min mening medvirke konstruktivt til at begrænse paradoksproblemet omfang ved at undlade at ratificere nye traktatbestemmelser med hjemmel i § 19, dersom man med en rimelig vægt allerede på tidspunktet for den planlagte ratifikation kan argumentere for, at § 20 er rette hjemmel¹⁶.

Det trækker på samme hammel, at den advokerede, flittigere anvendelse af § 20 vil kunne gøre brugen af den til en mere naturlig del af dansk samfundsliv, end tilfældet er i dag, hvor den blotte omtale af § 20 skaber spændinger. En flittigere anvendelse vil tillige bidrage til at undgå den forfatningsretlige kalamitet det er, når det eventuelt mange år efter, at en traktat er ratificeret med hjemmel i § 19, viser sig, at § 20 formentlig havde været rette hjemmel.

15. Jf. lige ovenfor; og se Hjalte Rasmussen, *Folkestyre, grundlov og Højesteret – Grundlovens § 20 på prøve*, 1996, Christian Eiler's Forlag, København, s. 99.

16. Det anførte er, nota bene, ikke det samme som at advokere for afholdelsen af den ene folkeafstemning efter den anden, idet § 20 beslutninger om suverænitetssafgivelse som bekendt kan træffes med 5/6-dels flertal i Folketinget.

Problemet med forkert valg af hjemmel præger i stadig stigende grad diskussionerne omkring Danmarks statsretlige forhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, navnlig efter at det står klart, at Menneskerettighedsdomstolen *de facto*, men formentlig tillige *de jure*, 'overruler' danske højesteretsdomme. Med blikket rettet mod fremtiden taler en del for at betragte væsentlige tab af kompetence til at styre nationens indre anliggender – det vil sige selvstyre i den ovenfor omtalte betydning – for § 20-relevante. Denne betragtning forekommer forsvarlig, uanset om EMK-domstolen skaber nye rettigheder eller nye pligter for danske borgere.

Dette er efter min mening den samfundspolitiske kontekst, hvori juristerne anno 1997 må placere deres § 20-fortolkning. Det er med andre ord samtidig den kontekst, hvori spørgsmålet om ratifikationen af en ny art. 177-regel – som den i Europolprotokollen – bør finde sin forfatningsretlige løsning.

6. *Om grænsen mellem § 19 og 20 i lyset af Domstolens brug af sin art. 177-magt*

Kærnen i den diskussion, som afsluttedes afsnit 5, er naturligvis, om Domstolens brug af sin art. 177-magt har været af en sådan karakter, at den muligvis har flyttet den rette ratifikationshjemmel fra § 19 til § 20. Der kan efter min mening fremføres tungtvejende argumenter for at besvare dette spørgsmål bekræftende. Den følgende del af fremstillingen handler på den ene eller den anden måde om, hvorvidt argumenterne er vægtige nok til at antage, at Danmarks ratifikation af Europolprotokollen i henhold til § 19 muligvis ikke var fuldt grundlovsmæssig.

Spørgsmålet, om Domstolens brug af sin art. 177-magt muligvis har flyttet den rette ratifikationshjemmel fra § 19 til § 20, synes nemlig – selv i henhold til den traditionelle, snævre § 20-definition af suveræniteten – at måtte besvares bekræftende, hvor Domstolen i sin retspraksis har udvidet EF's hjemmelsbestemmelser, hvor der er tale om hjemler til at lave retsregler, som umiddelbart forpligter danske virksomheder og borgere.

Domstolen har for eksempel udvidet den centrale kompetenceregulering i art. 43, der findes i traktatens afsnit om landbrugspolitikken. Det gjorde den blandt andet i *Burhøuse*-dommen, som bestemte, at art. 43 skal fortolkes vidt. Den skal fortolkes så vidt, at den afgiver hjemmel til at indføre regler om mindstestørrelser gældende for de bure, hvori land-

mænd holder høns til æglægning. Hovedformålet med reguleringen af burstørrelserne var utvivlsomt at beskytte hønsenes sundhed og følelse af velvære, mens det landbrugspolitiske kom stærkt i baggrunden.

Det anfægtede ikke Domstolen, at man næppe kan finde et mere umage formålspår end effektiv ægproduktion, på den ene side, som er et landbrugspolitisk relevant formål, og hønsevelværd og -sundhed på den anden. Art. 43 gav EF-hjemmel til at varetage hensynet til hønsenes sundhed og velvære, udtalte Domstolen, blot de vedtagne regler tillige regulerede et sagsforhold inden for landbrugspolitikken. Det forfulgte landbrugsformål, som i den pågældende sag angiveligt var at ligestille landmændenes konkurrencevilkår i den ægproducerende sektor i hele EF, måtte i så fald gerne være kendeligt mindre tungtvejende end det eller de andre formål, som varetages samtidig af EF's lovgiver¹⁷.

Det er herved for det første ikke til diskussion, at Domstolens fortolkning – eller måske rettere: rekonstruktion – af art. 43 markant udvidede EUs beføjelser til at udstede regler, som umiddelbart forpligter danske landmænd. Det er for det andet heller ikke til diskussion, at denne udvidelse fandt sted uden en mellemkommende ny dansk ratifikation under anvendelse af § 20. Det er for det tredje næppe muligt at hævde, at kompetenceudvidelsen blot er en i forhold til § 20 neutral intern EUsk omrokering af allerede forfatningsmæssigt overladede beføjelser: EU havde i 1986, da dommen faldt, ingen hjemmel til at værne om dyrs sundhed og velvære. Det er for det fjerde efter min mening ikke muligt med retten på sin side at hævde, at art. 164 giver Domstolen en kompetence til at ændre og udvide anvendelsesområdet for de kompetencer, som medlemsstaterne har overført til EU i overensstemmelse med deres forfatningsmæssige forskrifter herom. Det ville i øvrigt efter min mening gøre det mere end tvivlsomt, at den oprindelige danske overladelse af suverænitet til EF respekterede kravet om kompetenceoverladelse 'i nærmere bestemt omfang'¹⁸, dersom man ville antage, at art. 164 faktisk gav Domstolen den omtalte kompetence-til-kompetence.

For det femte, og endelig, er det ifølge den overleverede § 20-fortolkning uden betydning for, om en overdragelse af danske beføjelser falder inden for eller uden for § 20, om EUs myndigheder har eller påtænker at gøre brug af beføjelsen.

Endnu mere spektakulært satte Domstolen sig dog ud over grænser-

17. Sag 131/86, *UK mod Råd*, Saml 1986, s. 905.

18. Det er dog ikke den problemstilling, som er til behandling her.

ne i den danske grundlovs § 20 i *Defrenne II*-dommen, hvis mest uventede træk var omskrivningen af art. 119, således at denne bestemmelse fra den dag, dommen blev afsagt, skabte umiddelbare forpligtelser for danske borgere og virksomheder¹⁹. Denne virkning kaldes i reglen for umiddelbar horisontal anvendelighed.

Forskellen mellem *Burhøuse*-dommen og *Defrenne II* er betragtelig i forhold til de emner, der er til diskussion i denne artikel. Det hænger sammen med, at *Defrenne II*-dommen, der blev afsagt i henhold til art. 177, selv indførte umiddelbare forpligtelser for private parter. Dommen i *Burhøuse*-sagen godkendte derimod blot, at § 43 afgav hjemmel til Rådet til at vedtage umiddelbart forpligtende regler.

I § 20-terminologi er forskellen derfor den, at *Burhøuse*-dommen blot rejste spørgsmål om, hvorvidt overladelsen af myndighed til EU på det pågældende område var sket 'i nærmere bestemt omfang'. Domstolens brug af den præjudicielle afgørelsesteknik i art. 177 i *Defrenne II*-dommen er derimod problematisk i to henseender, hvoraf den ene er i forhold til 'i nærmere bestemt omfang'-betingelsen. Det andet og mindst lige så store problem, er, at *Defrenne II*-dommen i realiteten kom til konkret at fastlægge retsforholdet mellem hovedsagens parter. Det resultat ligger milevidt fra, hvad art. 119 tilsyneladende fastsætter, nemlig en pligt for medlemsstaterne til at lovgive om ligebehandling af de to køn på arbejdsmarkedet.

I tiden før Domstolen nedbrød EU's suverænitetsskyttende lag, var indebyrden af art. 119 endnu let at overse. Den gik ud på følgende 3 ting: (1) Danmark skulle som medlemsstat vedtage lovgivning om ligebehandling; (2) vedtoges sådan lovgivning ikke, kunne Danmark retsforfølges for traktatbrud; og (3) søgsmålsret tilkom i henhold til artiklerne 169 og 170 Kommissionen og de øvrige medlemsstater. Basta! Skulle danske arbejdsgivere forpligtes til at behandle de to køn ens i lønmæssig henseende, skulle der med andre ord en ny folketingslov til, hvis ikke arbejdsmarkedets parter klarede sagerne for alle berørte²⁰.

Det var, hvad danske jurister i 1971/72 vidste om rækkevidden af suverænitetssafgivelsen i henhold til art. 119. Vi vidste ikke, som jeg anfør-

19. Sag 43/75, Saml. 1976, s. 455. Dommen skabte tillige med tilbagevirkende kraft pligter for de sagsøgte i hovedsagen samt for andre parter i andre sager, som måtte være blevet anlagt i tiden før denne dom blev afsagt. Der var ikke danske sager blandt disse.

20. Det er en (lille) trøst, at Domstolen antagelig blev så bange for den skygge, den kastede i *Defrenne-II*-sagen, at den ikke senere har tilladt sig at omgås andre traktatregler med samme kreative dristighed.

te ovenfor, hvad vi i dag har lært om danske dommers stilling i mange sager som simple formidlere til hovedsagens parter af Domstolens ofte helt reelle afgørelse i detaljer af hovedsagen. Og: havde de danske beslutningstagere anet, hvilke overraskelser, der i så henseende var i vente, havde regering, justitsministerium og Folketing måske ikke med den lethed, som det skete i 1972, klassificeret art. 177 som en bestemmelse, som kun krævede § 19-behandling for sin ratifikation.

Den horisontale umiddelbare pligtskabende virkning af art. 119 forblev dog den enlige svale, som ikke gør nogen sommer. Og skønt den har vaklet og tøvet, turde Domstolen heller ikke, da det kom til stykket, tage skridtet og tillægge direktiver, som er for sent eller forkert gennemført, horisontal pligtvirkning til skade for private. Så her opstod heller ikke et spørgsmål om utilsigtet supplerende suverænitetssafgivelse²¹.

Det er på dette sted formentlig næppe muligt at konkludere andet og mere, end at det er tydeligt, at Domstolen har anset art. 177 for at give den selv hjemmel til, eventuelt i kombination med art. 164, at træffe afgørelser, som er umiddelbart pligtskabende for private, og som derfor kan siges at volde problemer i forhold til § 20 (*Defrenne II*). Derudover har den indirekte via sine fortolkninger af andre traktatbestemmelser end art. 177, rejst problemer i forhold til i-nærmere-bestemt-omfang-betingelsen (begge de to omtalte domme). Hvis indholdet af art. 119, som det tager sig ud efter Domstolens nykonstruktion af denne bestemmelse, havde været kendt, da Romtraktaten blev ratificeret, ville § 20 og ikke § 19 antagelig have været rette hjemmel²².

De lige omtalte resultater gør det dog efter min mening ikke muligt med sikkerhed at konkludere, at art. 177 isoleret ikke, også i dag, kunne ratificeres med hjemmel i § 19. Tvivlen skyldes navnlig den betydelige usikkerhed, der hersker om indholdet af i-nærmere-bestemt-omfang-betingelsen. Jeg må imidlertid erkende, at jeg er villig til at diskutere denne konklusion.

Hermed er diskussionen om forholdet mellem art. 177 og § 20 imidlertid ikke afsluttet. Den forsætter i det følgende afsnit, hvor nogle nye aspekter af forholdet mellem de to bestemmelser tages op.

21. Der er en fyldig fremstilling af denne sære judicielle *twist* i EU-ret i Kontekst, s. 269 ff, GadJura, 1995, København.

22. Art. 43 var, allerede med sit oprindelige, rent landbrugspolitiske indhold, en bestemmelse, som ansås at være omfattet af suverænitetssafgivelsen i 1972/73.

7. Art. 177's genesis

Det foregående afsnit diskuterede for det meste spørgsmålet om § 20-ratifikation af art. 177 i lyset af Domstolens fortolkning af andre bestemmelser end art. 177 selv. Man kunne kalde det for det indirekte § 20-problem. I nærværende afsnit analyseres forholdet mellem de to regler under indtryk af Domstolens fortolkning og anvendelse af selve art. 177 (det direkte § 20-problem). Der erindres herved om, at det er denne artikels hovedantagelse, at det fører til at opstille et krav om § 20-behandling af ratifikationen af Protokollen, dersom resultatet af de følgende overvejelser er, at § 20 og ikke § 19 i 1972 ville have været rette hjemmel for ratifikationen af art. 177²³?

Imellem 1972 og 1997 finder man en omfattende retspraksis om forholdet mellem Domstolen og de nationale domstole i henhold til art. 177, som nu vil blive analyseret til brug for valget mellem § 19 og § 20. Analysen indledes med en kort redegørelse for, hvad der var udslagsgivende for, at § 19 blev anset for rette hjemmel i 1972.

Denne redegørelse kan indledes ved at minde om, at traktatforfatterne i midt-1950'erne institutionaliserede en præjudiciel forelæggelsesprocedure for at rejse et bolværk mod den mulighed, at EF-retten kom til at lide samme, kranke skæbne som traktater i bred almindelighed. De fleste erfaringer fra det traditionelle folkeretlige samarbejde mellem stater belærte om, at fortolkningen og anvendelsen i staternes retsordner af traktatsregler som oftest førte til omfattende retsuligheder. De i princippet fælles regler fortolkedes og anvendtes simpelthen i praksis ikke ens af alle de kontraherende stater²⁴.

Et afgørende mål i forbindelse med arbejdet henimod den stadig snævrere sammenslutning mellem de europæiske folk og stater, som var Fællesskabernes mål, måtte derfor være at forhindre erfaringerne i at gentage sig. Man kan vel ligefrem hævde, at den tilsigtede snævrere sammenslutning nærmest med nødvendighed måtte forudsætte eksistensen af virkelig fælles og virkelig ens regler. Denne ideale tilstand

23. Formanden for Folketingets retsudvalg, Bjørn Elmquist, udtrykte i et interview, som er trykt i BT den 18. oktober 1996, at der ikke er anledning til at tænke nye tanker: når artikel 177 i 1972 ikke ansås for at indeholde en § 20 relevant kompetence, som overførte dansk suverænitet til Domstolen, må det samme i 1996 gælde om 177-parallellen i Protokollen. Han er med andre ord helt på linie med traditionen, jf. citatet ovenfor afsnit 3 fra Gulmann (m.fl.). Samtidig giver han sikkert udtryk for, hvad Slotsholmens jurister har briefet ham om.

24. Den følgende tekst er taget fra Hjalte Rasmussen, EU-ret i Kontekst, GadJura, København 1995, ss. 477-479.

kunne man dog forudsigeligt ikke gøre sig håb om at tilvejebringe uden at indføre et mere eller mindre fast, styrende greb om retspraksis i medlemsstaterne.

En til dette formål særdeles egnet mekanisme kunne have bestået i at tillade appel til Domstolen af afgørelser truffet af domstolene i medlemsstaterne i sager om EU-retsspørgsmål. Modeller for en ordning af denne type havde man for hånden i såvel USA, Canada, Australien som i andre mere modne føderationer. Denne model valgte man dog ikke.

En anden mekanisme kunne have bestået i at drage omsorg for, at alle EU-retlige spørgsmål, som skulle løses for nationalt forum, kunne eller skulle indbringes for Domstolen med anmodning om hjælp såvel ved fortolkningen som ved anvendelsen af de fælles regler. Ej heller denne løsning valgte man: art. 177 hjemler kun forelæggelsesret/pligt vedrørende *fortolkningen* af de fælles regler og vedrørende spørgsmålet om gyldigheden af EU-reglerne.

I en tredje variant kunne indbringelse af præjudicielle retsspørgsmål for Domstolen være blevet gjort *pligtmæssig* i alle tilfælde af tvivl med hensyn til fortolkning og gyldighed. Også denne model forkastedes dog, idet forelæggelsespligt blev begrænset til at gælde for nationale sidsteinstansdomstole (art. 177(3)).

Man kunne endelig, inden for disse rammer, have valgt at give såvel hovedsagens dommer(e) som dens parter, hver for sig eller i fællesskab, ret til at beslutte præjudiciel forelæggelse for Domstolen²⁵. Det fremgår af art. 177, at kun dommerne, og ikke sagens parter, fik ret og endog efter omstændighederne pligt til at henvende sig til Domstolen med hjemmel i art. 177.

Derimod fremgik det ikke klart af art. 177, om samarbejdet mellem Domstolen og de nationale domstole skulle være et samarbejde mellem ligestillede instanser, der hver har sine enekompetencer (samarbejdsmodellen), eller om Domstolen på en eller anden måde skulle fungere i en overordnet kapacitet – uden dog herved at spille rollen som appelinstans (hierarkimodellen).

Domstolen løste tidligt dette spørgsmål til fordel for samarbejdsmodellen. Som det skal påvises nedenfor, var dette valg langt fra lykkeligt og måtte laves om, som tiden gik. Men det må antages, at ethvert andet ville have været værre. Selve dette, at man oprettede en ikke-national retsinstans og anordnede obligatorisk retspleje var fremmedartet nok

25. Hovedsagen er den sag for nationalt forum, hvor spørgsmålet først rejses, om Konventionen giver sagsøger eller sagsøgte/tiltalte en ret, som angiveligt krænktes.

til at indgyde de berørte nationale domstole, og ikke mindst de øverste, mistænksomhed og modvilje. Der skulle ikke meget til, før end de blot behandlede EU-retten som enhver anden form for *fremmed ret* og herved lod art. 177 være art. 177.

Det ulykkelige ved valget af samarbejdsmodellen bestod i, at den er den mindst effektive, hvad styringsevnen angår, og derfor mest ressourcekrævende, set fra Domstolens side, dersom en høj grad af retlig harmonisering alligevel var det mål, som skulle nås. Det var derfor nærliggende at forvente, at Domstolen skridt for skridt ville tilpasse sin art. 177-fortolkning en hierarkimodel i takt med, at en støt voksende sagsmængde lagde et stadig større pres på dens tidsmæssige og personalemæssige ressourcer. Det var formentlig netop, hvad der skete, hvilket den efterfølgende fremstilling skal dokumentere.

Imidlertid, indtil da, fremstillede Domstolen det som sin opfattelse, at formålet med art. 177 var gennem et effektivt og tillidsfuldt samarbejde mellem den selv og de nationale domstole *at sikre*, at EU-retten anvendes, *at* afgørelser om dens gyldighed og abstrakte fortolkning styres eller i hvert fald harmoniseres fra centralt hold (det vil sige af Domstolen selv), og *at* fællesskabsretten bliver anvendt hyppigere, end tilfældet ville have været uden adgangen til præjudicielle forelæggelser.

For disse formåls skyld hjemler art. 177(2) nationale dommere, som ikke pådømmer en sag med EU-retsaspekter i sidste instans, en frihed til at vælge mellem at henvende sig til Domstolen med anmodning om hjælp til løsning af fortolknings- og/eller gyldighedstvivl; eller at lade være. Nationale domstole, der er sidsteinstansdomstole, har derimod pligt til at forelægge sagerne præjudicielt for Domstolen. Dommen i *CILFIT*-sagen²⁶ viste, at denne forelæggelsespligt ikke var ubetinget. Den modificeres af et forbehold om, at den klare (i betydningen: let forståelige) regel ifølge sit indhold ikke kræver fortolkning og derfor heller ikke forelæggelse i henhold til art. 177(2) eller art. 177(3) (den såkaldte *acte clair* undtagelse). Sammenfatningsvist er det klart, at såvel traktatforfatterens valg som Domstolens tidlige udlægning af art. 177 indrømmede de nationale domstole en reel medbestemmelsesret inden for vide grænser til at udforme indholdet af dommen i hovedsagen.

26. Sag 283/81, Saml. 1982, s. 8415.

8. Den traditionelle § 20-fortolknings rationale

Den traditionelle § 20-fortolkning kommer omvendt tydeligt til orde i følgende citat fra Ross' Dansk Statsforfatningsret (§ 100), hvor det hedder, at

Forudsætningen for grdl. § 20 er at efter almindelige regler, dvs. dersom denne paragraf ikke fandtes, ville Danmarks tilslutning til en international organisation af denne type nødvendiggøre en grundlovsændring (*Betænkning 1946*, 31 jf. 124–25). Begrundelsen herfor kan formuleres således. Ved grundloven er de forskellige forgreninger af statsmagten – den lovgivende, udøvende, dømmende magt og regeringsmagten – henlagt til bestemte myndigheder: folketinget, regeringen og domstolene. Nu er det utvivlsomt således at udøvende og dømmende magt (Den lovgivende magt, derimod kan som grundlovsumiddelbar strengt taget ikke delegeres, men den udøvende magt der ved lov henlægges til et vist organ kan omfatte også magt til at udstede anordninger, også med derogatorisk kraft, jf. *Statsretlige Studier*, 136 f.) i vidt omfang ved lov kan henlægges til organer skabt af lovgiveren. Dette kan endda ske ikke blot ved lovgivning om domstolenes og det administrative hierarkis organisation, men også på den måde at der etableres uafhængige råd og nævn med udøvende og judiciel myndighed. Men der må dog være en grænse for lovgiverens magt i så henseende. Forudsætningen må være at de organer, til hvilke magt betros er danske i den forstand, at de beklædes af danske statsborgere udnævnt af de højeste danske myndigheder og har deres sæde i Danmark, således at de er underkastet dansk jurisdiktion. Selvom de nyder større eller mindre funktionel uafhængighed i forhold til folketing og regering, er de da ligefuldt inkorporeret i det danske forfatningssystem, De står til ansvar for deres handlinger efter loven og der er mulighed for at undergive deres akter judiciel kontrol, påtale magtmisbrug, straffe embedsforbrydelser, og afskedige personer der udfører deres hverv på utilfredsstillende måde. Hvis denne forudsætning ikke er opfyldt – og det er den netop ikke, når magt betros til et supranationalt organ – ville det betyde, at danske borgere og virksomheder blev underkastet en myndighed der ikke på nogen måde er afledt af eller står til ansvar overfor det danske retssystems højeste myndigheder og det kan ikke være i overensstemmelse med grundloven. (Jf. Max Sørensen i *Juristen*, 1957, 492; *Forhandlingerne på det 20. nordiske juristmøde* (1956), 68.

Kærnen i denne fortolkning af, hvorfor en § 20 var nødvendig, hvis man ville undgå at skulle ændre grundloven under anvendelse af proce-

duren i § 88, er, at der skal være en årsagsforbindelse mellem udstedelsen af den forpligtende retsakt og borgernes og virksomhedernes forpligtelse.

En EF-dom, der fortolker en EU-retsakt, er ikke umiddelbart pligt-skabende i § 20's lige omtalte forstand for borgere og virksomhederne, dersom den nationale dom principielt udelukker, at der består den fornødne årsagsforbindelse mellem dommen og pligtens opståen. Dersom man empirisk kunne påvise, at danske domstole retligt og faktisk sidder inde med en beslutningsmæssig frihed, ville det være ensbetydende med, at den nødvendige årsagsforbindelse ikke var til stede. Ifølge den overleverede visdom kunne de nationale dommere frit fastsætte retsforholdet mellem hovedsagens parter, når blot de rettede sig efter Domstolens helt abstrakte regelfortolkning.

Hovedinteressen samler sig derfor i det følgende om at besvare spørgsmålet, om de nationale domstole reelt var og fortsat er så frie, som den ovenfor omtalte art. 177-udlægning gør dem til.

9. *Art. 177-samarbejdet transformeres fra et samarbejde til et hierarkisk afhængighedsforhold*

Domstolen holdt længe samarbejdsmodellen omhyggeligt i live. Denne models hovedattraktion, set fra de nationale dommers vinkel, bestod i påstanden fra EF-domstolens side om, at der udspandt sig et tillidsfuldt samarbejde mellem ligeværdige judicielle instanser, nationale og supranationale, og at Domstolen kun fremskaffede præcist de for den nationale domstol fornødne fortolkningselementer. Hvad der var nødvendigt, havde Domstolen enten direkte fået besked om i forbindelse med den præjudicielle forelæggelse; eller også havde den indsigtfuldt gættet sig til den nationale domstols behov ved at tage udgangspunkt i de modtagne oplysninger.

Den nationale dommers behov forudsattes at være kendt. Det sattes til at være at modtage oplysninger om fortolkning af den omstridte EU-regel og ikke andet. Og kun dét. Disse oplysninger ville gøre ham/hende i stand til at afgøre hovedsagen ved at subsumere dens faktum under jussen. Denne subsumptionsproces forudsattes dommeren at gennemføre under anvendelse af hele sin sædvanlige frihed i valget mellem relevante retskilder, hvoriblandt den fortolkende dom kun var én, omend væsentlig, del.

a. Tankegange som disse førte for eksempel Domstolen til i dom ef-

ter dom at fastslå, at det henhørte under den nationale domstols enekompetence at bestemme, hvad der var hovedsagens faktum²⁷. De nationale domstole var så fri i den henseende, at de end ikke behøvede at orientere Domstolen om dette faktum. I den situation var Domstolen selvsagt principielt ude af stand til at anvende EU-retten på konflikten mellem hovedsagens parter – og derved fastlægge parternes konkrete forpligtelser.

Illusionen om, at den præjudicielle sagsbehandling fandt sted i principiel isolation fra hovedsagens faktum, viste sig tidligt at være, netop, en illusion. I nyere tid har Domstolen ligefrem i en række tilfælde afvist at behandle præjudicielle forelæggelser, som ikke fremsendes med ordentlige oplysninger om faktum. Det var en linie, som Domstolen slog ind på i domme som *Telemarsicabruzzo* fra 1993²⁸.

Men længe før *Telemarsicabruzzo* var det kommet mere eller mindre tydeligt frem, at Domstolen ville have adgang til faktum i hovedsagen, førend den ville acceptere sin fortolkerrolle fuldt ud. Det ønske var vel ligefrem særdeles legitimt, ikke mindst hvis man tager i betragtning, at det i de fleste tilfælde vil være vanskeligt for Domstolen at yde den nationale dommer en nyttig hjælp, dersom den reelt ikke vidste, hvad hovedsagen drejede sig om. Enhver kan forestille sig, at en rent abstrakt fortolkning af for eksempel art. 52 om etableringsretten – med tilstrækkelig fantasi fra fortolkerens side – ville kunne bringes til at fylde 1000 eller 2000 eller 3000 eller flere tætskrevne sider²⁹. Aldeles uden viden om hovedsagens faktum ville Domstolen være berøvet enhver chance for at fungere som en nyttig hjælper for den nationale dommer. Og det var trods alt dét, Domstolen skulle fungere som for at opfylde formålet med art. 177.

Den nærliggende konklusion er, at det allerede af det lige anførte fremgår, at påstanden om den abstrakte fortolkning var et illusionsnummer. Men stædigt holdt Domstolen fast i, at nummeret repræsenterede virkeligheden. Det må med stor sandsynlighed have været mod bedre vidende, for i hvert fald i praksis fungerede ordningen kun ved hjælp af forskellige nødløsninger.

I praksis viste ordningen sig, som forudsigeligt var, uhensigtsmæssig i alle de tilfælde, hvor den medførte, at Domstolen stod tilbage med dår-

27. Se f.eks. *Union Laitière*, sag 244/78, Saml. 1979, s. 2663.

28. Jf. Forenede Sager C-320-322/90, Saml. 1993, s. I-393.

29. Det var ikke desto mindre i 1972 Justitsministeriets opfattelse, at Domstolens rolle i henhold til art. 177 var rent abstrakt fortolkende, jf. ovenfor afsnit 3.

ligt og/eller irrelevant oplyste sager. I de tilfælde, hvor det lod sig gøre, søgte dommerne i mange år en udvej ved uformelt at søge flere oplysninger. Det kunne ske enten ved, at Domstolens justitssekretær telefonerede til sin modsvarende i den forelæggende ret; eller ved at en EU-dommer af samme nationalitet som den forelæggende dommer tog telefonkontakt til sin landsmand. Over telefonen bad man så om andre/flere oplysninger. Det gik – uden at gå godt.

Telemarsicabruzzo markerede som sagt et brud med denne uheldige fortid. I den sag gik generaladvokaten frem i god overensstemmelse med traditionen. Han konstruerede møjsommeligt, dels på basis af de meget sparsomme oplysninger, den nationale dommer havde fremsendt sammen med sit spørgsmål, dels under medinddragelse af navnlig oplysninger fra hovedsagens parter, et faktum, han kunne tage stilling til. Domstolen afviste derimod sagen som for dårligt forberedt af den forelæggende ret, hvorved den som antydte overraskende satte sig ud over sin almindelige praksis.

Uden at gøre principielt op med sin tidligere praksis med uformel, supplerende sagsoplysning kunne Domstolen alternativt have valgt at afvise *Telemarsicabruzzo* med den begrundelse, at den forelæggende italienske domstol faktisk havde sit lands forfatningsdomstols ord for, at den manglede kompetence til at behandle hovedsagen. Den forelæggende domstol ville derfor på grund af en åbenbar inkompetence i så henseende formentlig aldrig være kommet til at afsige dom i den sag. Der var faktisk fortilfælde for at afvise et præjudicielt spørgsmål, når det var stillet af en åbenbart inkompetent national retsinstant (b., nedenfor). Tesen om, at Domstolen ønskede et opgør med fortiden bestyrkedes i øvrigt af, at *Telemarsicabruzzo* er blevet fulgt op af en stribe af nye afvisninger³⁰.

Bag praksisskiftet kan ligge forskellige, konkurrerende forklaringer. Én kan være, at Domstolen i almindelighed måske ønskede at få et bedre greb om, hvilke sager, den behandler³¹. En anden kunne være, at afvisning af dårligt forberedte præjudicielle spørgsmål er ressourcebesparende. Velforberedte sager fortjener bedre den opmærksomhed, som Domstolen kan afse, dens knappe tid taget i betragtning³².

Det er dog den tredje mulige forklaring, som er af særlig interesse

30. Det er blandt andet sket i sag C-378/93, *La Pyramide*, Saml. 1994, s. I-3999 og sag C-458/93, *Saddik* (Saml. 1995, s. I-513); samt flere andre domme.

31. Det er den såkaldte docket-control problematik; se herom for eksempel min EU-ret i Kontekst (2. udg, GadJura, 1995) s. 491 ff.

for den diskussion, som føres her. Den lyder, at Domstolen ikke ønskede at blive tvunget til at tage stilling til abstrakte retsspørgsmål, fordi den i stedet ønskede at afgøre hovedsagens juridiske problemstilling konkret omend indirekte – i hvert fald i alle de tilfælde, hvor den mener, at retstilstanden og de stillede spørgsmåls karakter åbner mulighed herfor³³. I øvrigt svarede den ‘abstrakte’ definition allerede, som anført, længe før *Telemarsicabruzzo* ikke til virkeligheden³⁴. Allerede i 1980 pegede jeg på tegn i retspraksis på, at Domstolen ønskede at reservere en rolle som en slags appelret i forhold til de nationale domstole for sig selv³⁵.

b. Et andet element af illusionsnummeret bestod i forbeholdsløst at understrege, at den nationale dommer havde enekompetence til at afgøre ethvert spørgsmål om omfanget af sin egen nationale kompetence til at behandle hovedsagen³⁶.

Imidlertid: heller ikke denne del af masken kunne for evigt holdes på plads. Blandt andre argumenterede generaladvokaten i *Telemarsicabruzzo* for, at Domstolen burde efterprøve den nationale dommers afgørelse af, om han nationalt var (åbenbart) inkompetent til at afgøre hovedsagen. Enkelte nyere domme er på linie hermed³⁷. Med andre ord: også på dette punkt er der en indbinding af de nationale retter i gang, som gør dem til Domstolens underordnede retsinstanser, der skal effektuere den ‘fortolkende’ dom, som Domstolen afsiger.

c. Nyere udviklinger, hvad angår kompetencen til at afgøre relevansspørgsmålet, viser endvidere, at troværdigheden også på dette punkt

32. Se for en kritik af Domstolens langsommelige sagsbehandling: Mads Bryde Andersen og Hjalte Rasmussen, Om præjudicielle EF-domme og Menneskerettighedskonventionens krav om domsafsigelse ‘inden en rimelig frist’ (under udgivelse i EU-ret og Menneskeret, formentlig september 1997).

33. Jeg ser i det følgende under f. på, om der er belæg for at mene, at Domstolen faktisk træffer den endelige afgørelse i mange præjudicielle sager.

34. Den her diskuterede afvisningspraksis kan i dette lys opfattes som en nyformulering af kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale domstole. Dommene i *Foglia I og II* (sag 104/79, Saml. 1980, s. 745; og sag 244/80, Saml. 1981, s. 3045) og *Meilicke* (sag C-83/91, Saml. 1992, s. I-4871) er på linie hermed i dette forklaringsforsøg (jf. d. nedenfor). Det nye er derfor blandt andet, at Domstolen tilsyneladende ikke længere på den ovenfor omtalte uformelle måde, vil bidrage til at oplyse sagerne bedre.

35. Se artiklen *Why is Article 173(2) Interpreted against Private Plaintiffs?* i: 5 ELR (1980) ss. 112–127.

36. For eksempel *Reina*; sag 65/81, Saml. 1982, s. 33. Denne kompetence var en del af den nationale dommers angivelige enekompetence til at fastlægge den relevante nationale ret og fortolke og anvende denne. Navnlig den nationale procesret var længe en hellig ko i Domstolens praksis. Det er den ikke mere, se e.nedenfor.

går på hæld for samarbejdsmodellen. Ifølge traditionen var det den nationale dommer, som i realiteten havde enekompetence til at afgøre, om en sag rejser EU-retsspørgsmål, som det er relevant at forelægge præjudicielt for Domstolen³⁸. Dommerne samarbejdede jo angiveligt som ligestillede: den nationale dommer identificerede det relevante EU-rets problem; og Domstolen leverede den hjælpsomme fortolkning.

Tegn på at samarbejdsmodellen led af stress, kom formentlig blandt andet frem i *Roks/Deweerd*-sagen. I denne sag, stillet over for en kritik fra en af sagens parter gående ud på, at et præjudicielt spørgsmål ikke var relevant for hovedsagens afgørelse, afveg Domstolen påny fra traditionen, idet den ikke nøjedes med at udtale, at relevansspørgsmålet var et spørgsmål om national enekompetence (medmindre irrelevansen var åbenbar for enhver).

I stedet udtalte den efter en nøje gennemgang af det omdiskuterede spørgsmål, at det konkret var relevant. Den tankeoperation må forudsætte, at Domstolen kan tage stilling til relevansspørgsmålet også i tilfælde, hvor det ikke er åbenbart, at det er irrelevant³⁹. Samme tendens i retning af, at Domstolen skridt for skridt etablerer sig som overdomstol både med hensyn til fortolkning og den konkrete afgørelse af hovedsagen, kom i øvrigt for nylig til udtryk i *Grau-Hupka*-dommen. I sin dom udtalte Domstolen, at den skal afvise en præjudiciel sag, dersom det viser sig, at det rejste spørgsmål ikke har forbindelse til hovedsagens faktiske omstændigheder⁴⁰.

37. Se for eksempel dom i de forenede sager C-332,333 og 335/92, *Eurico Italia* (Saml 1994, s. I-714). I en lidt ældre sag udtalte Domstolen derimod, at den kun under *særlige omstændigheder* er kompetent til at bedømme spørgsmålet om den nationale domstols kompetence i henhold til national ret (jf. forenede sager C-13/91 og C-113/91, *Debus*, Saml 1992, s. I-3617). Hermed udtalte Domstolen dog måske blot med andre ord, hvad også fulgte af ældre domspraksis, nemlig at den er inkompetent under art. 177 til at behandle spørgsmål, som stilles af en åbenbart inkompetent national ret.

38. Se for denne retsopfattelse i nyere tid, for eksempel *Dzodzi*, forenede sager C-297/88 og C-197/89. I denne dom viste Domstolen stor uvilje mod at blande sig i relevansafgørelsen, selv om den nationale domstol i denne sag bad Domstolen om at fortolke en EU-regel, ikke for at kunne anvende denne, men for bedre at forstå en national regel, som havde overtaget et EU-retskoncept, ikke fordi der var pligt dertil, men fordi det havde forekommet den nationale lovgiver hensigtsmæssigt at gøre det.

39. Jf. sag C-343/92, Saml 1994, s. I-571. Det er mere ligetil, at åbenbart irrelevante spørgsmål nogle få gange er blevet afvist af Domstolen, for eksempel i *Pardini* (sag 338/85), *Falciola* (sag C-286/88) og *Durighillo* (sag C-186/90)).

40. Jf. sag C-297/93, *Grau-Hupka*, Saml 1994, s. I-5355. *Diaz*, citeret ovenfor, er på linie hermed.

De klareste illustrationer af, at Domstolen af ressourcebesparende årsager foretager en ret tætstående relevanskontrol, finder man dog i dens udbredte praksis, ifølge hvilken den omformulerer stillede spørgsmål, sammenfatter flere spørgsmål i ét nyt, deler ét spørgsmål i flere, undlader at besvare stillede spørgsmål og besvarer spørgsmål, som ikke er stillede⁴¹.

d. Endelig var det længe den almindelige opfattelse, at det principielt er den nationale dommer, som afgør, om sagens parter er involveret i en ægte retstvist. Ganske vist tilstræbte Domstolen tilsyneladende i *Fogliata*-sagerne et tidligt opgør med denne opfattelse, men opgøret kørte i sandet⁴². Inden for de seneste 3–4 år har Domstolen imidlertid tydeligt vist, at den forbeholder sig at kontrollere også dette aspekt af hovedsagen. Den nye opfattelse kom for eksempel frem i *Meilicke*⁴³.

e. Den formentlig mest resistente nationale ret var, længe i hvert fald, national procesret. I domme som for eksempel *Rewe* fra midten af 1970'erne slog Domstolen fast, at det i mangel af EU-retsbestemmelser herom tilkommer hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte procesreglerne for sagsanlæg, også hvor der tale om at beskytte borgernes og virksomhedernes umiddelbart anvendelige EU-rettigheder. Domstolen gjorde fra princippet om nationale procesreglers forrang kun én undtagelse, nemlig at nationale procesregler og regler om frister ikke i praksis måtte umuliggøre indtaling af rettigheder, som de nationale domstole ifølge EU-retten har pligt til at beskytte⁴⁴. Senere retspraksis har hertil føjet, at nationale procesregler heller ikke må gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, som EU-retten tillægger borgerne og virksomhederne⁴⁵.

Jeg har allerede antydnet ovenfor (b), at de nationale domstoles angivelige enekompetence til at afgøre spørgsmål om deres egen kompetence til at behandle hovedsagen kom under et vist pres i generaladvokatens forslag til afgørelse i *Telemarsicabruzzo*-sagen – men kun et vist pres og altså knap 20 år efter *Rewe*.

Nationale tidsfrister for anlæg af retssag holder muligvis skansen endnu, muligvis ikke. I *Emmott*-dommen tilsidesatte Domstolen en

41. Eksemplerne herpå er talløse og dokumenteres derfor ikke på dette sted.

42. Citeret fn. 34 ovenfor.

43. Sag C-83/91, Saml. 1992, s. I-4871.

44. Se for eksempel *Rewe*-dommen, sag 33/76, Saml. 1976, s. 1989.

45. Se for eksempel *Peterbroeck*, sag C-312/93, Saml. 1995, s. I-4599, som omtales nærmere straks nedenfor.

frist med den begrundelse, at den medførte, at en borger mistede muligheden for at gøre en ret gældende i henhold til et umiddelbart anvendeligt direktiv⁴⁶. I *Johnson II*-dommen forklarede Domstolen, at denne sag handlede om en angiveligt principielt anderledes situation end *Emmott*, hvorfor resultatet blev, at den omstridte tidsfrist blev opretholdt⁴⁷. Begge domme blev afsagt af Domstolen i plenumssammensætning med 9 dommere på hver sag. 5 dommere gik igen i de to sager. Den refererende dommer i *Emmott* var dog blandt de dommere, som ikke tog del i *Johnson II*. Generaladvokaterne i begge sager anbefalede at opretholde de omstridte, nationale procesfrister. Det er på denne baggrund vanskeligt at spå præcist om, i hvilken retning de næste domme om denne og lignende problemstillinger til føre EU-retten. I en beslægtet sag om en 60-dages præklusjonsfrist for at fremføre et EU-anbringende i en sag, tilsidesatte Domstolen dog fristen, men det skete med en konkret begrundelse⁴⁸.

Endvidere: på samme dag, den 14. december 1995, afgjorde Domstolen to sager, *van Schijndel*⁴⁹ og *Peterbroeck*⁵⁰, der begge handlede om de nationale domstoles og parternes ret til at bestemme, hvilke retsregler hovedsagen skal afgøres på grundlag af. I den første udtalte Domstolen, at de nationale domstole skal anvende bindende EU-regler, selv om ingen af parterne har påberåbt sig dem. Denne forpligtelse, der følger af art. 5, gælder såvel i tilfælde, hvor de nationale har pligt til at anvende bindende nationale regler, som hvor de har mulighed for ex officio at inddrage sådanne regler. Domstolen krævede med andre ord, at bindende EU-regler gives en delvis positiv særbehandling.

Den omtalte pligt til at anvende bindende EU-regler indtræffer dog ikke, udtalte Domstolen, dersom efterlevelsen af den ville medføre, at de nationale domstole 'ville blive tvunget til at se bort fra princippet om, at de ikke aktivt griber ind i procesførelsen ved at gå ud over den afgrænsning af sagen, som parterne har foretaget, og ved at lægge andre faktiske forhold og omstændigheder til grund end dem, som den part i sagen, der har interesse i, at fællesskabsbestemmelserne anvendes, har fremført til støtte for sin påstand.' Her er formentlig tale om formuleringer, som er egnede til at bringe mange nationale dommere i tvivl om,

46. Sag C-209/90, Saml. 1991, s. I-4269.

47. Sag C-410/92, Saml. 1994, s. I-5483.

48. *Peterbroeck*, sag C-312/93, Saml. 1995, s. I-4599. Denne sag omtales påny straks nedenfor.

49. Forenede sager C-430/93 og C-431/93, Saml. 1995, s. I-4705.

50. Sag C-312/93, Saml. 1995, s. I-4599.

hvor langt kravet om positiv særbehandling rækker. Eller, med andre ord: formuleringer som mere end én gang vil bringe nationale dommere i tvivl om, hvorvidt de efter disse domme måske alligevel er bundet til at handle på én af EU-retten bestemt måde på et område, hvor de troede, at de selv kunne bestemme.

I *Peterbroeck* fandt Domstolen, at det af EU-rettens grundsætninger fulgte, at en 60-dages præklusionsfrist for at fremføre et bestemt anbringende ikke burde finde anvendelse, når det var en EU-rettlighed, som derved kom til kort. Domstolen indtog dette standpunkt, som afgjorde sagen, efter at den havde anset, at det var muligt for den selv – inden for art. 177's kompetencefordelingsramme – at foretage en konkret analyse af hovedsagens forløb for de nationale retsanvendende instanser.

Det er efter den foranstående gennemgang muligt at konkludere, at Domstolens respekt for den nationale procesrets urørlighed er mærkbart for nedadgående. Samtidig er det tydeligt, at national procesret er mere resistent mod EU-retsangreb end formentlig nogen anden del af national ret, de nationale grundlove inklusive. Spørger man, hvorfor procesretten indtager en særstilling, er det formentlig vanskeligt at give et entydigt svar.

En vigtig delforklaring er dog antagelig, at EF-dommerne stadig viger tilbage for at trænge for dybt ind i et retsområde, som de fleste nationale dommere formentlig betragter som deres enemærke *par excellence*. For mange indgreb i den processuelle autonomi kunne man, formentlig med en vis ret, befrygte ville udløse en national modstandsvilje, som kunne få *spill over* virkninger langt uden for procesretten. I værste fald ville et oprør vende sig ikke blot mod en fortsat tillidsfuld brug af art. 177, men tillige mod selve den retlige hierarkidannelse, som forrangsprincippet er udtryk for. Grundsætningen om, at man skal vogte sig for at vække slumrende løver, er Domstolen tilsyneladende ikke ubekendt med.

Diskussionerne i det foregående af Domstolens forhold til national proceret tillader dog antagelig tillige en anden konklusion. Denne lyder, at en udvikling er sat i gang af Domstolen på det procesretlige område, som formentlig i sig bærer kimen til en fortsat underordning under Domstolens procesledelse af de nationale parters og domstoles processuelle tilrettelæggelse af hovedsagerne. De nationale domstoles processuelle autonomi er helt tydeligt under belejring, og det er formentlig ikke forkert at antage, at det kun er et spørgsmål om tid, inden den processuelle *nucleus of sovereignty* på flere og flere områder giver efter og indretter sig efter EU-rettens hierarkibetingelse.

Summen af det ovenstående er, at samarbejdsmodellen ikke længere kan opretholdes som udtryk for en virkelighedsnær beskrivelse af forholdet mellem den nationale, præjudicielt forelæggende domstol og Domstolen. Sidstnævnte viser sig mere og mere som den nationale domstols overordnede retsinstans. Ikke overordnet i en teknisk appelbetydning men i den betydning, at det er Domstolen som tydeligere og tydeligere bestemmer farten: den nationale domstol får lov til at udbede sig en præjudiciel udtalelse, dersom den lovlydig lever op til Domstolens forventninger. Hovedsagens faktum skal være ordentligt oplyst; den skal dreje sig om en ægte retstvist; de præjudicielle spørgsmål skal være stillet af en dommer, som trænger til hjælp; osv.

f. Tilbage står spørgsmålet, om man tillige kan konstatere, at Domstolen regelmæssigt og tydeligt har kastet sløret for den sidste del af illusionensnummeret. Dette sidste spørgsmål handler om, hvorvidt det kan påvises, at Domstolen i videre omfang faktisk afgør hovedsagerne i stedet for blot at fortolke den EU-ret, som den selv definerer som relevant? Svaret er, ifølge en optælling foretaget af Weiler, som ikke er kendt for at kritisere Domstolen, at sidstnævnte fratager de nationale domstole (næsten) enhver bedømmelsesmæssig bevægelsesfrihed i 2 ud af 3 præjudicielle afgørelser!.

Er Weilers sammentælling troværdig (spørgsmål 1)? Hvis JA, er det da blot et tilfælde eller en tanke, at EF-dommerne på denne måde har etableret sig som de nationale domstoles overinstans (spørgsmål 2)?

Et fuldgyldigt svar på spørgsmål nr. 1 kan man naturligvis kun give efter omhyggelige gennemgange af et stort antal præjudicielle domme. Imidlertid, selv om 2 ud af 3 domme forefalder mig at ligge i overkanten, er tendensen klar, og der er ikke tvivl om, at den empiriske undersøgelse vil bekræfte denne tendens. Den undersøgelse kan dog ifølge sagens natur ikke gennemføres inden for denne artikels rammer.

I praksis synes de danske domstole faktisk at opleve deres afgørelsesmæssige frihed som yderst begrænset. En hurtig gennemgang af de godt og vel 30 danske sager lader formode, at kun i ét tilfælde afsagde den forelæggende danske domstol en anden dom end den, som det præjudicielle svar fastlagde. I over halvdelen af disse forelæggelsessager er den danske dom blot en tro kopi af Domstolens afgørelse, inklusive dens subsumtion af faktum under jus. I de resterende sager anså hovedsagens parter tilsyneladende deres retlige situation for i den grad endeligt fastlagt efter modtagelsen af Domstolens dom, at de indgik forlig om sagens løsning.

Her er efter min mening ikke tale om reaktionsmønstre, som tyder

på, at det er den nationale domstol, som reelt afgør hovedsagen. En endelig vurdering må dog forudsætte en nøje gennemgang af hele det empiriske materiale, en undersøgelse som ville sprænge denne artikels pladsmæssige rammer.

Det ene tilfælde, hvor den danske domstol tilsyneladende ikke fulgte Domstolens 'fortolkning', er i øvrigt ikke uproblematisk. Det skyldes, at det er almindeligt antaget, at en medlemsstats domstole på lige fod med de øvrige institutioner pådrager medlemsstaten et ansvar, dersom EU-regler ikke anvendes eller anvendes forkert. Dette ansvar kan gøres gældende af Kommissionen eller en anden medlemsstat i henhold til reglerne i artiklerne 169 og 170. Siden Unionstraktatens ikrafttræden i november 1993 kan dette ansvar i øvrigt fastslås med en ikke ringe risiko for idømmelse af en bøde for overtrædelsen af reglerne til følge, jf. art. 171. Ikke mindre vigtigt er det dog, at det i EF-retspraksis er fastslået, at en medlemsstat under visse, ikke nævneværdigt restriktive betingelser bliver erstatningsansvarlig i forhold til sine egne borgere og virksomheder for forkert anvendelse af EU-retten i forhold til dem⁵¹. Det er herefter vanskeligt fortsat at hævde, at den nationale domstol i en eller anden relevant forstand råder over en afgørelsesmæssig frihed efter at have modtaget en EF-dom, som i realiteten afgør hovedsagen.

Svaret på spørgsmål nr. 2 er vanskeligere at formulere, fordi EF-dommerne som forventeligt kun yderst sjældent ytrer sig om, hvilken judiciel strategi de forfølger. Jeg har faktisk kun fundet én offentlig udtalelse om spørgsmålet, men den er til gengæld heller ikke til at misforstå. Efter mere end ti år ved Domstolen, først som generaladvokat siden som dommer, udtalte F. Mancini, at

Naturally the Court has never accepted this form of raising a preliminary question, which is however extremely frequent: whenever the issue is put to it in that form, its reaction has been to reformulate the question. Yet, aware of the difficulties faced by the national judge, the Court does not confine itself to interpreting the Community rule; *instead it enters into the heart of the conflict submitted to its attention*, but it takes the precaution of rendering it abstract, that is to say it presents it as a conflict between Community law and a

51. *Francoovich*, forenede sager C-6 og 9/90, Saml. 1991, s. I-5357, *Brasserie du Pêcheur*, forenede sager C-46 og 48/93, Saml. 1996, s. I-1029, *British Telecom*, C-392/93, Saml. 1996, s. I-1631; *Hedley Lomas*, sag C-5/94, Saml. 1996, s. I-2553; samt *Dillenkofer*, sag C-178/94, Saml. 1996, s. I-0000; i det mindste i den ene af de sidstnævnte to sager afgjorde Domstolen i øvrigt selv endeligt, om alle væsentlige erstatningsbetingelser var opfyldt.

hypothetical national provision having the nature of the provision in issue before the national court. The technique thus described, which is formally impeccable and of great use to the national court, results in the *Court of Justice acquiring a power of review which is analogous to* – though of course narrower than – that routinely exercised by the Supreme Court of the United States and the constitutional courts of some Member States (italics added⁵²).

Herefter må enhver tænke sit. Dommer Mancini's tanker repræsenterer givetvis ikke alle hans kollegers syn på dommerrollen. Alligevel er hans synspunkter tankevækkende ud fra denne artikels synsvinkel, der er, om § 19 eller 20 er rette hjemmel for at ratificere art. 177-lignende delegerationer til Domstolen til præjudiciel sagsbehandling. Dommerens tanker peger tydeligt i retning af § 20.

10. Foreløbig konklusion

Det er efter den foranstående argumentation for det første meget vanskeligt at opretholde den traditionelle forestilling om, at præjudicielle EF-domme ikke kan være pligtskabende for danske borgere eller virksomheder. Forestillingen om, at en ubrudt årsagsforbindelse ikke eksisterer, er i hvert fald forkert. Ind imellem EF-dommen og en forpligtelses opståen ligger ikke en principielt uforudsigelig dom afsagt af en dansk (doms-)myndighed under anvendelse af et sædvanligt dommerskøn; men en dom som er afsagt med ført hånd.

For det andet vil Domstolen grundlæggende behandle forholdet mellem sig og de danske domstole retligt ens, uanset om de sidste forelægger sager præjudicielt for Domstolen i henhold til art. 177 eller en fortolkningsprotokol som den, der er knyttet til Europakonventionen. De nationale dommers beslutningsmæssige råderum vil hverken blive udformet videre eller snævrere.

Den foreløbige konklusion må derfor lyde, at en del taler for, at det havde krævet § 20-behandling at ratificere Protokollen, fordi det indebærer suverænitetsafgivelse i § 20's forstand at overlade Domstolen det forudsete fortolkningsmonopol.

52. F. Mancini og D. T. Keeling, From *CILFIT* to *ERT*: the Constitutional Challenge facing the European Court, i: [1991] Yearbook of European Law (som udkom i 1993), ss. 1–13 (s. 9) (udvidet version af en tale, som dommer Mancini holdt i Højesteret i anledning af Domstolens besøg dér i 1992).

11. Et par spørgsmåltegn efter den foreløbige konklusion

Det er endnu muligt at fremføre fire mulige modargumenter mod den foreløbige konklusion. Det første modargument bygger på, at det af Weilers statistik fremgår, at Domstolen sender ca 1/3 af sagerne tilbage til de nationale dommere i reelt uafgjort stand⁵³. Kan denne margen retfærdiggøre den oprindelige opfattelse, hvorefter § 20-behandling er uforholdsmæssig? Det volder formentlig næppe vanskeligheder at besvare dette spørgsmål benægtende, allerede fordi det er utvivlsomt, at en EU-kompetence falder ind under § 20, blot en del af den overladte kompetence indebærer, at suverænitet afgives.

Det andet modargument tager udgangspunkt i, at Domstolens kompetence i henhold til art. 177 er en kompetence til at *fortolke*. Fortolke, fortsætter argumentet, handler om at finde en bestemmelses mening. Mere præcist gælder det om at finde bestemmelsens mening, sådan som den i princippet altid har været – omend blot (lidt) i det skjulte.

Med dét udgangspunkt kan man argumentere, at selv om Domstolen i virkeligheden ofte endeligt afgør de præjudicielle sager, skaber den ikke dermed ipso facto en tilsvarende forpligtelse for danske borgere og virksomheder (herefter: fortolkningsargumentet). Da den herefter blot afslører en eksisterende forpligtelse, er § 20-behandling allerede af den grund uforholdsmæssig.

Dette argument er tydeligvis stærkt formalistisk, hvilket dog ikke udelukker, at det kan have en vis vægt. Problemet er blot, at tankegangen bag argumentet er på alvorligt kollisionskurs med tankegangen fra

53. Hvorfor afgør Domstolen kun de to ud af hver tre sager? I det store flertal af sagerne har Domstolen vist, at den ønsker at styre retsudviklingen i medlemsstaterne med fast hånd ved at afgøre dem i stedet for blot at levere en fortolkning til et konkurrerende magtcenter. Hvorfor svigter denne vilje ind i mellem? Dette spørgsmål vil det kræve en selvstændig artikel at forsøge at finde en forklaring på.

På dette sted må jeg indledningsvis indskrænke mig til at påpege, at statistikken er lavet omkring 1990, det vil sige at den afspejler retstilstanden i det foregående årti.

Den afspejler mere præcist ikke den periode, der indvarsledes med *Telemarsica-bruzzo*-kravene om ordentligt sagsoplysning. Det er derfor en hypotese, som kunne være værd at undersøge, om en grundstamme af sagerne i den uafgjorte kategori bærer præg af en så ufuldstændig sagsoplysning, at Domstolen ikke så sig i stand til at træffe den endelige afgørelse.

Derudover vil der formentlig altid restere en lomme af sager, i hvilke Domstolen lancerer og på det principielle plan afprøver bæredygtigheden af et nyt retsprincip (som for eksempel det offentligretlige erstatningsansvar for regelfastsættelse i strid med EU-ret); og som derfor ikke egner sig til standpunkttagen til sagens realitet.

Formodningen for fremtiden vil efter min opfattelse være for, at flere og flere sager afgøres så endeligt af Domstolen, som det nu lader sig gøre.

1972, ifølge hvilken Domstolen hverken på den ene eller den anden måde afgjorde hovedsagerne, hvorfor § 19 måtte være rette hjemmel.

Man må heller ikke glemme, at der i dag er almindelig tilslutning til det synspunkt, at Domstolen i sit 'fortolkende' arbejde regelmæssigt indlægger meninger i de til fortolkning forelagte tekster, som aldrig fandtes 'i dem'. Skoleeksemplet er, hvad jeg ovenfor karakteriserede som Domstolens rekonstruktion (og netop ikke: fortolkning) af art. 119.

Et tredje modargument skal endelig imødegås kort. Det er et argument, som søger næring i justitsministeriets Notat af 3. marts 1992 (Maastricht-ratifikations-notatet), hvor det på side 219, venstre spalte, med speciel adresse til art. 235 anføres, at:

Traktatændringen overlader ikke al lovgivende, dømmende eller udøvende magt. Den omstændighed, at der, også efter den nye udformning af bestemmelserne i art. 1-3, jf. art. 235, består en *ikke ubetydelig fortolkningstvivil om rækkevidden af bestemmelserne*, udelukker ikke anvendelsen af Grundlovens § 20. Heller ikke den omstændighed, at der sker en udvidelse af EF-samarbejdet i kvantitativ henseende, gør § 20 uanvendelig. Grundlovens § 20 indeholder som nævnt [...] ingen kvantitativ begrænsning i de beføjelser, som kan overlades (mine kursiveringer).

Herefter konkluderede Notatet, at suverænitetssafgivelsen fortsat måtte anses for at være 'i nærmere bestemt omfang', hvorfor Maastricht-ratifikationen i sin helhed kunne finde sted med hjemmel i § 20.

For diskussionen på dette sted er det interessante bemærkningen om, at det ikke flytter en ratifikation fra § 20 til § 88, at der måtte bestå en 'ikke ubetydelig fortolkningstvivil om rækkevidden af bestemmelserne' i Maastricht-traktaten. Uden at det siges direkte, er det formentlig på samme måde justitsministeriets opfattelse, at eksistensen af en 'ikke ubetydelig fortolkningstvivil' ikke flytter en bestemmelse fra § 19 til § 20, dersom den uden sådan tvivl ville ligge inden for § 19's rammer.

Bag den her fremførte tankegang – og min ekstrapolation af den – må antages at ligge en retsopfattelse, ifølge hvilken traktaterne jo har givet Domstolen monopol på at løse eksisterende tvivl om, hvordan EU-retten skal fortolkes. Skulle tvivl derfor opstå, kan den blot forelægges for Domstolen af de danske domstole. Derefter vil tvivlen blive autoritativt løst, og vel at mærke løst efter en metode, som traktateme selv hjemler, og som Danmark har godkendt.

Formelt kan denne tankegang måske lyde besnærende. Reelt er den

dog næppe udslaggivende. Den er ligefrem næppe korrekt, dersom man vil godtage mit synspunkt ovenfor om, at Domstolen ikke begrænser sig til at løse traktatbetemmelserne større eller mindre tvivlstilfælde. Domstolen stopper ikke op over for en bestemmelse, som måtte være endog særdeles klar og tydelig. Den stopper i hvert fald kun op undertiden⁵⁴. Der er omfattende belæg for at fremføre, at dersom Domstolen beslutter at give en bestemt bestemmelse en given mening, gør den det i form af en fortolkende dom, hvad enten denne dom afsiges i henhold til art. 177 eller en anden hjemmel. Det gør ingen forskel i praksis, at bestemmelsen eventuelt er så klar og utvetydig, at det i virkeligheden er vildledende at tale om fortolkning. Min pointe er med andre ord, at der generelt består en principiel og aldrig ubetydelig tvivl om, hvad Domstolen i en kommende præjudiciel dom vil mene, at en overført beføjelse kan anvendes til.

Et fjerde modargument tager udgangspunkt i den i det foregående omtalte snævre § 20-definition af suverænitet. Den kvalificerer – af interesse for diskussionen på dette sted – afgivelse af dansk myndighed som suverænitetsafgivelse alene i de tilfælde, hvor den bortdelegerede myndighed hjemler udstedelse af retsakter, der kan være umiddelbart forpligtende for danske borgere og virksomheder. Dette argument accepterer for diskussionens skyld det synspunkt, at de danske domstole i et stort antal præjudicielle sager blot fungerer som ekspeditionskontor. Det hører med til dette billede, at de fleste danske præjudicielle sager har haft staten som den ene og en privat som den anden part. Argumentet lyder herefter, at der ifølge den traditionelle § 20-definition ikke foreligger suverænitetsafgivelse i alle de stat-privat sager, hvor Domstolen giver den private medhold.

Det fremførte er rigtigt men næppe afgørende. I hvert fald vil der foreligge suverænitetsafgivelse i de tilfælde, hvor den private ikke får fuldt medhold i alle sine påstande. Argumentet dækker derudover ikke de tilfælde, hvoraf der har været en håndfuld, hvor hovedsagen udspiller sig mellem to private parter.

12. *Konklusion*

Efter at de sidste indvendinger er ryddet af vejen, er der unægteligt en

54. Det gjorde Domstolen for eksempel, da den afstod fra at tillægge for sent eller forkert implementerede direktiver horisontale direkte virkninger, jf. ofr.

Hjalte Rasmussen

del, som taler for, at det tillige efter den snævre § 20-definition af suverænitetetsafgivelse ville kræve § 20-behandling, dersom art. 177 skulle ratificeres i dag. Men dette resultat er, må det erkendes, behæftet med en ikke ubetydelig usikkerhed.

I overensstemmelse hermed er det formentlig mest tilrådeligt at antage, omend også her med den nævnte usikkerhed, at man ikke kan ratificere art. 177-lignende regler om præjudiciel forelæggelse for Domstolen som dem, der findes i Europolprotokollen, uden at benytte den procedure, som er foreskrevet i § 20. Det mest nærliggende ville være at ratificere Protokollen med 5/6-dels flertal i Folketinget.

Lægger man den ovenfor i afsnit 5 omtalte moderne teori om grænserne for suverænitetetsafgivelse til grund for vurderingen, om § 20 eller § 19 ville være rette hjemmel, turde det derimod være ret klart, at en myndighedsafgivelse, som den i Europolkonventionen og den tilhørende fortolkningsprotokol omhandlede, skulle ratificeres i henhold til § 20.

Den 13. maj 1997

Les obstacles à l'unification du droit: comment les surmonter?

Denis Tallon, professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Chacun sait que le processus d'unification du droit est lent et malaisé, ralenti qu'il est par les réticences "nationalistes". Le réflexe dominant est de considérer que sa règle nationale est la meilleure et que c'est sur elle qu'il faut s'aligner. On veut bien unifier, mais à la condition que ce soit en faveur de sa propre règle nationale. Et il est difficile de combattre cette tendance, qui est bien souvent inconsciente. A l'inverse, la règle venue d'ailleurs est suspecte.

Si chacun se cramponne à sa règle nationale, on arrive à une impasse. Devant une opposition manifeste, malgré les efforts de négociation et de conciliation, aucune solution de compromis ne peut être trouvée qui satisfasse tous les participants. Ce n'est pas une affaire de majorité, car celle-ci ne peut imposer une solution que certains considèrent comme inacceptable par rapport à ses conceptions fondamentales – ou jugées telles.

Que faire alors ? L'expérience vécue sous la direction ou aux côtés d'Ole Lando dans la Commission pour le droit européen du contrat et au groupe de travail Unidroit sur les Principes relatifs aux contrats du commerce international me suggère ces quelques observations dédiées à quelqu'un qui a montré sa grande aptitude à aplanir les difficultés que je viens d'évoquer¹.

Un bref rappel de la procédure d'élaboration de ces deux séries de Principes n'est pas inutile. Chaque article ou chapitre est confié à un rapporteur qui prépare un projet de texte. A Unidroit, ce projet est soumis directement au groupe dans son entier. Pour les Principes européens, il est d'abord discuté par le Comité de rédaction (Drafting

1. Unidroit, Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome 1996; version anglaise (Principles of International Commercial Law) même lieu et même date; Principles of European Contract Law, Part I; Performance, Non-performance and Remedies, O. Lando and H. Beale, ea., Martinus Nijhoff Pub. 1995; une version française doit paraître incessamment à la Documentation française.

Denis Tallon

Group) de 5 membres, puis soumis à la Commission toute entière. Et chaque texte fait l'objet de plusieurs lectures.

Les procédures sont un peu différentes, les textes sont souvent assez semblables². Ils s'inspirent d'ailleurs souvent de la Convention sur la Vente internationale de Marchandises (CVIM), qui, malgré ses imperfections, représente une sérieuse avancée dans l'unification du droit du contrat et à laquelle je ferai évidemment souvent référence.

Que faire alors, lorsque, malgré les efforts de conciliation, on se trouve dans l'impasse décrite plus haut ? Il apparaît que deux attitudes vent possibles: soit s'incliner et renoncer à l'unification sur le point en litige, pour faire avancer le reste. C'est une solution radicale, qui ne résoud pas toujours tous les problèmes (lère partie). Soit contourner la difficulté en faisant "comme si" on était d'accord – une solution un peu hypocrite, mais qui peut être payante à long terme.

1ère partie: Supprimer la difficulté

Supprimer la difficulté en renonçant à l'unification ... pour sauver le reste. Ou, sous une forme atténuée, introduire une réserve dans l'instrument d'unification qui permettra à l'opposant irréductible d'éviter d'être lié par la disposition insupportable. Cette exclusion peut se produire de différentes façons (A) mais ne supprime pas toujours les difficultés (B).

A. Les cas

C'est parfois dès le début de l'entreprise d'unification que l'on exclut certaines questions, tent il est évident que l'on ne pourra pas trouver d'accord. Il s'agit donc d'une délimitation délibérée du champ de l'unification – non pas d'une lacune involontaire. On écarte ce qui est considéré comme perdu d'avance pour se concentrer sur le reste. L'exemple type est évidemment, dans l'unification de la vente mobilière, entreprise il y a plus de soixante ans, l'exclusion de la question du transfert de la propriété (art. 4 CVIM; 8 LUVI), du fait de l'incompatibilité du système français du transfert par la seule volonté et du système allemand

2. Dans les deux cas, le texte de l'article est suivi d'un Commentaire qui explique son but et sa portée. En outre, les Principes européens de droit du contrat (ci-après PEDC) comportent aussi des notes qui décrivent rapidement la solution des différents droits nationaux.

du transfert par la tradition. Ainsi aussi l'article 4.101 PEDC (ex 6.101)³ (semblable à l'article 3-1 Unidroit) déclare que le chapitre sur la validité ne traitera pas de l'invalidité découlant de l'illicéité, de l'immoralité ou du défaut de capacité⁴. Et le commentaire explique que c'est en raison de la complexité de ces matières et de la manière extrêmement diverse dont elles sont traitées dans les droits nationaux. En outre, l'incapacité déborde sur le droit des personnels.

Parfois l'exclusion est implicite et l'on peut alors s'interroger sur sa portée exacte. C'est le cas de l'article 2.101 (ex 5.101) PECL (voir aussi l'article 3-2 Unidroit) qui fait du consentement la seule condition de validité du contrat "sans autre exigence". Et le commentaire explique que cette formule exclut implicitement mais nécessairement des conditions comme la cause ou la "considération". Nous verrons ultérieurement que ce n'est peut-être pas aussi simple.

Il arrive aussi que ce soit en cours de l'élaboration du texte que se dresse l'impasse; Il a été décidé d'inclure une matière dans le domaine de l'unification, puis, en cours de route, on s'aperçoit qu'il n'est pas possible de parvenir à un accord. Les Principes européens devaient comprendre un article sur la simulation. Pas de difficulté pour l'effet de la simulation entre les parties: voyez l'article 6.003; mais à l'égard des tiers, les effets varient: nullité, choix du tiers, ignorance... Et il fut décidé de ne traiter que de l'effet entre les parties. De la même façon, il avait été initialement prévu dans le projet Unidroit un texte sur l'astreinte. Devant les réticences de certains, il fut décidé de l'abandonner.

Faire la part du feu... sacrifier un point particulier qui risquerait de faire capoter tout le projet. C'est faire preuve de réalisme. C'est aussi constater un échec partiel.

En limitant le domaine de l'unification, on retombe dans celui des conflits de lois, avec tous les inconvénients que cela entraîne. Et puis on peut se demander si tous les problèmes sont résolus.

B – Les difficultés qui subsistent

Il n'est pas toujours facile de déterminer la portée de l'exclusion. Et la cohabitation entre les règles unifiées et les règles nationales n'est pas toujours aisée.

3. Les PECL peuvent avoir une double numérotation: le numéro de la version complète, à paraître, le numéro provisoire de la première partie publiée, qui est précédé de "ex".

4. Le texte Unidroit ajoute le défaut de pouvoir, traité par PECL dans le chapitre 7

La portée de l'exclusion dépend de la façon dont elle est formulée. Même expresse, elle peut prêter à discussion. Je n'en veux pour preuve que la controverse engendrée par les articles 4 et 55 de la CVIM.. Le premier exclut les questions de validité, le second prévoit la vente sans prix fixé, censée conclue au prix du marché... Mais dans certains pays, tels la France, la vente sans prix était nulle faute d'objet. Or, l'article 55 ne peut s'appliquer là où un objet déterminé est une condition de validité de la vente. La question est dépassée aujourd'hui en droit français à la suite du revirement de jurisprudence effectué par les arrêts Alcatel pour lesquels l'indétermination du prix n'affecte pas la validité de la vente⁵. Et la question ne devrait pas se poser dans les deux séries de Principes, puisqu'ils édictent dans ce cas une présomption de référence à un prix raisonnable: il n'y a donc plus de vente sans prix (art.6.104 (ex 2.101) PEDC; 5-7 Unidroit). Mais d'autres cas pourront se présenter. Il y a par exemple un certain flou dans l'article 3.101 PEDC qui précise que le chapitre ne gouverne pas les relations internes entre le représentant et le représenté. Or la distinction n'est pas toujours très nette ni toujours parfaitement respectée.

L'exclusion implicite pose plus souvent problème. Par exemple celle qui résulte de l'article 2.101 (ex 5.101) PEDC ou 3-2 Unidroit, dont le commentaire précise qu'il ne retient pas des notions telles que la "considération" ou la cause... placées sur le même plan et vouées au même opprobre par certains. C'est vite dit. Car la cause est une notion multiforme et remplit des fonctions diverses et parfois difficiles à remplacer. Ainsi, il est certain que la cause immorale ou illicite de l'article 1131 du Code civil français n'est pas concernée, puisque les questions de validité relèvent de la compétence de la loi nationale compétente. De même pour l'absence de cause. On peut raisonner sur l'exemple fourni par le récent arrêt Chronopost (Com.22 octobre 1996)⁶ qui, se fondant sur la cause pour définir l'obligation essentielle d'un contrat et écarter la clause limitative de responsabilité qui contredit la portée de l'engagement pris. Le débiteur ne peut impunément écarter l'obligation essen-

5. Ass.Plén. 1er décembre 1995, D.1995.122, note L. Aynès, J.C.P. 1995.II.22371, note J. Ghestin; arrêt dont la portée exacte sera à préciser: F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil, Obligations*, 6ème éd. 1996, n°273 et s.; sur la controverse antérieure, D. Tallon; *The Buyer's Obligations under CISG*, in N.M. Galston & H. Smit, *International Sales*, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, 1984, 7-10 et s.

6. D.1997.121, note A. Sériaux; P. Delebecque, *Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ?* *Dalloz Aff.97*, p. 235.

tielle, celle qui est la cause du contrat. Mais est-ce bien encore la cause indirectement visée – pour l'exclure – par l'article 2.101 ? On peut en douter.

Reste l'exclusion indirecte: quand un texte ne parle pas d'une règle, faut-il le comprendre comme l'excluant ? Il ne s'agit pas d'une lacune, visée à l'article 1.106-2 (ex 1.104) PEDC., à combler par les idées sous-jacentes aux Principes (Unidroit, art. 1.6.2. préfère parler des principes généraux dont ils s'inspirent). Le problème se pose pour l'interprétation de l'article 79 CVIM, ce texte assez mal venu qui réglemente l'impossibilité d'exécution. Le texte n'envisage pas la révision pour inexécution et il semble bien qu'il l'exclut indirectement⁷. Mais quelle est la conséquence de cette exclusion ? Peut-on réintroduire l'imprévision sous couvert de la bonne foi, principe qui domine l'ensemble ? Pourrait-on la réintroduire si la loi applicable reconnaît la révision pour imprévision sur le modèle du droit allemand ? Faut-il considérer que l'article 79 interdit tout recours à l'imprévision ? Il y a doute⁸. Ici encore, la question ne se posera pas avec les Principes Européens et Unidroit, puisqu'ils ont introduit les uns et les autres la révision pour changement de circonstances ou "Hardship" (article 6.112, ex 2.117 et 6.2.1. à 3). Mais on peut imaginer que d'autres cas se présentent, que l'on n'a pas envisagés. Et il faudra alors déterminer s'il s'agit d'une exclusion totale ou si on peut réintroduire la règle par un autre biais.

Lorsque se présentent des cas semblables, on pourra arriver à une cohabitation d'une règle de l'instrument d'unification et d'une règle nationale. La situation sera d'ailleurs la même que la règle nationale s'applique par le jeu de la règle de conflit ou parce qu'elle est impérative, donc supérieure (art.1.103 1.104-2 PEDC, 141, 142 Unidroit). C'est ce qui se présentait pour l'application conjointe des articles 4 et 55 CVIM. Et là encore on peut s'attendre à de difficiles problèmes d'interprétation.

C'est dire que le renoncement n'est pas toujours la panacée universelle. Ne vaut-il pas mieux parfois contourner l'obstacle ?

7. P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, Vienne 1986, p. 102.

8. Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 UN Convention*, 2d ed., 1994, Deventer & Boston, § 423 et s. . D. Tallon, in Bianca & Bonell, *Commentary of CISG*, Milan 1987, p. 572; B. Audit, *La Convention*; Paris, 1990, n°182 et s.; C. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris, 1995, n°87.

Denis Tallon

2ème partie: contourner la difficulté

Cela suppose que l'on fasse "comme si" on était d'accord, tout en sachant que ce n'est pas encore vrai. Comment faire (A) ? Et quelle appréciation porter sur ces techniques (B) ?

A – La technique

Elle consiste à trouver une formule apparemment acceptable par tous tout en sachant très bien qu'elle sera appliquée par chacun selon sa culture juridique et ses conceptions nationales. Les apparences sont sauves. Mais l'unification n'est pas encore atteinte. Elle reste nominale.

On en trouve plusieurs exemples, sur des positions opposées de la Common law et la Civil law. Une règle est posée mais les exceptions sont telles que, intéressées largement, elles absorbent la règle.

Ainsi en va-t-il de l'exécution en nature, posée en principe par les articles 9.102 (ex 4.102) PEDC et 7.22 Unidroit. On sait que la Common Law n'accorde que parcimonieusement la "specific performance", alors que l'exécution en nature est la règle sur le continent, notamment avec le développement de l'astreinte (9). Les textes proclament le droit à l'exécution en nature, mais en limitent la portée par des exceptions qui peuvent être interprétées plus ou moins restrictivement, par exemple les prestations de service à caractère personnel. On peut penser que le juge ou l'arbitre anglais interprétera autrement que le juge ou l'arbitre allemand ces diverses exceptions. On se rappelle que la CVIM dans son article 28 décide qu'un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour les contrats de vente semblables non régis par la Convention. Et on pourra se demander s'il y a eu progrès.

Autre exemple, qui touche aussi à la même opposition sur le rôle du contrat: L'attitude à l'égard des clauses pénales, considérées comme valable par les articles 9.501 (ex.4.501) PEDC et 7.413 Unidroit sous réserve de réduction en cas d'excès manifeste de la peine. On devine que, imprégné de son hostilité pour les indemnités convenues fixées "in terrorem", juges et arbitres issus de la Common Law découvriront facilement un excès dès lors que la somme ne sera plus fixée selon la technique des "liquidated damages". A l'inverse, le juge français aura plus de mal à admettre que l'obligation d'atténuer le préjudice (mitigation), impose au créancier des actions positives importantes – par exemple la recherche d'un contractant de substitution. Les textes, prudemment, s'abstiennent de préciser en quoi consiste ce "duty to mitigate", qui

Les obstacles à l'unification du droit: comment les surmonter?

joue un rôle si important en droit anglais du contrat, alors qu'il est quasi-inconnu en droit français. Peut-on dire alors qu'il y a plus qu'une unification de façade ?

B – *Appréciation*

La technique marque un progrès vers l'unification: on ne prend pas son parti de l'opposition entre les droits, comme le fait l'article 28 CVIM. On ménage l'avenir. Le principe retenu est alors moins une règle qu'un objectif. Et les exceptions sont des notions-cadres très couples. On peut espérer que la pratique jurisprudentielle évoluera de façon convergente. On se rappelle que les règles d'interprétation enjoignent au juge d'assurer une application uniforme des Principes. Cela suppose que les précédents soient connus. Cela suppose aussi qu'il y ait un changement progressif des mentalités. Mais le succès de toute oeuvre d'unification ne suppose-t-il pas l'émergence progressive d'une culture juridique commune ?

Le travail d'unification suppose de la persévérance et de l'imagination. Les embûches sont multiples et il faut une grande habileté pour les déjouer, au prix même d'une certaine duplicité.

Produkt og pligt i handelsagentur

Docent Elisabeth Thuesen, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København

1. *Indledning*

Handelsagentur er en mellemmandsform, der benyttes inden for afsætning på grund af handelsagentens særlige produktkendskab kombineret med viden om kundekreds, lokale regler og markedsforhold.

Samtidig med liberalisering af international handel er de offentligretlige krav til produkternes sikkerhed og funktionsdygtighed forøget, og konkurrencesituationen medvirker til at skærpe de kvalitetskrav, som differentierer produkterne i relation til kundernes præferencer. Hertil kommer, at en del af afsætningen vedrører komplekse teknologiske produkter, hvortil der kræves vejledning og instruktion i forbindelse med salget, ofte efterfulgt af vedligeholdelse og reparation for kunden i produktets levetid. Den retlige ramme om produkterne, som er genstand for handelsagentens afsætning, er således et element af stigende betydning for salgsresultatet.

1.1. *Området for fremstillingen*

I den følgende fremstilling undersøges med udgangspunkt i et defineret produktbegreb den retlige regulering, som er forbundet med produkterne i handelsagentens virke for afsætning med henblik på at fastlægge de pligter, som parterne i handelsagentkontrakten gensidigt skal opfylde over for hinanden i relation til produkterne.

Fremstillingen tilsigter at belyse forholdene inden for Den europæiske Union set fra en dansk synsvinkel til illustration af de vilkår, som gælder for handelsagenter, der udøver aktiviteter i EU's indre marked. Til belysning af området inddrages regler fortrinsvis fra tysk, engelsk og fransk ret.

1.2. *Retsgrundlaget for fremstillingen*

Det er blevet erkendt, at det har været nødvendigt at skabe lige vilkår

inden for distributionen for at gennemføre det indre marked i Det europæiske Fællesskab inden for Den europæiske Union. Med henblik herpå har Ministerrådet i 1986 vedtaget direktivet om handelsagenter¹, der regulerer kontraktforholdet mellem agenturgiveren og handelsagenten. Direktivet tilsigter at harmonisere nationale regler og at skabe et ensartet niveau for de omkostninger, hvormed handelsagenturet belastet virksomhederne. Direktivet er gennemført i alle EU's medlemslande. I denne fremstilling tages udgangspunkt i loven om handelsagenter, hvorved direktivet er implementeret i dansk ret². Den tilsvarende lovgivning i de øvrige medlemslande inddrages i det omfang, reglerne tjener til at belyse emnet. Iøvrigt vil retsregler blive udledt af retspraksis og kutymen, men disse retskilder yder kun sparsomme bidrag til at fastlægge retsreglerne inden for det område, der behandles her.

Når det er fornødent, anvendes tilgrænsende regler om distribution analogt, herunder den retspraksis, som gælder for eneforhandling.

Iøvrigt suppleres den specielle regulering af handelsagentur med de almindelige regler, herunder den civilretlige kontraktret og den offentligretlige regulering af markedsføring og produktkrav.

1.3. Agenturkontraktens parter

Agenturgiveren er den part, der fremstiller og/eller handler med de produkter, der skal distribueres på markedet.

Handelsagenten, som optræder i agenturgiverens navn og på dennes vegne, formidler produkterne ved at indhente tilbud hos kunderne. Har handelsagenten fået fuldmagt hertil, kan han indgå aftale med kunderne om salg eller køb af produkterne på agenturgiverens vegne. Eventuelt holder han lager og leverer agenturgiverens produkter til kunderne. Handelsagenten er en selvstændig erhvervsdrivende, der personligt eller i en selskabsform vedvarende udfører disse aktiviteter som erhverv³. Ved at vælge handelsagentur som distributionsform opnår agenturgiveren at få fordel af indsigten hos den branchekyndige og lokalkendte handelsagent, der som selvstændig erhvervsdrivende kun påfører agenturgiveren omkostninger, når et salgsresultat er opnået. Samtidig kan agenturgiveren styre markedsføringen af sit produkt og følge det frem til dets overdragelse til kunden.

1. Rådets Direktiv af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (86/653/EØF).

2. Lov om handelsagenter og handelsrejsende nr. 272 af 2. maj 1990.

3. Lov om handelsagenter § 2, jf. direktivet om handelsagenter art. 1 stk. 2.

2. *Produktet i agenturkontrakten*

2.1. *Det repræsenterede produkt*

Ved "produkt" forstås den vare og eventuelt anden ydelse, som handelsagenten for agenturgiveren formidler eller sælger til/køber fra kundekredsen.

Denne fremstilling vedrører ikke den ydelse, som udgør kontraktgenstanden i forholdet mellem agenturgiver og handelsagent, og som typisk består af tjenesteydelser, hvorved formidlingen af agenturgiverens produkter til kundekredsen finder sted.

Handelsagentloven § 2 bestemmer, at handelsagenten virker for salg eller køb af varer. Samme regel er fastlagt i direktivet om handelsagenter art. 1 stk. 2⁴. Iflg. betænkningen til handelsagentloven⁵ er ydelser inden for finanssektoren, spedition og rejsebranchen og handel med værdipapirer ikke omfattet af loven. I tilfælde, hvor handelsagenten både formidler varer og tjenesteydelser, beror lovens anvendelighed på, om varesalget er det dominerende element, jf. lovforslagets kommentarer til § 2⁶. Betænkningen nævner eksempelvis, at fotokopieringsmaskiner med tilhørende service omfattes af loven, medens rengøringsystemer med tilhørende rengøringsmidler og -genstande falder uden for loven⁷.

Det er et spørgsmål, i hvilket omfang ydelser vedr. edb er omfattet af loven. Hardware, dvs. edb-anlæg, er hovedsageligt løsnere og falder inden for loven. Tvivl opstår vedr. software, edb-programmel. Mads Bryde Andersen⁸ har i spørgsmålet om distribution af edb-programmel taget udgangspunkt i, om godet efter sin art lader sig distribuere, dvs. om et informationsprodukt kan formidles på en måde, der svarer til distribution af varer. Standardprogrammel kan behandles som varer, medens det særligt udviklede specialprogrammel er en tjenesteydelse,

4. Ifølge direktivet art. 2 stk. 1 falder handelsagenter uden for direktivet i det omfang, de arbejder på varemærker eller råvaremærker. Betænkningen til handelsagentloven (se note 5) s. 45–47 udtaler, at direktivet antageligt ikke forhindrer disse grupper i at blive omfattet af loven. Men normalt vil forholdene ikke være vedvarende og allerede af den grund være holdt uden for loven.

5. Betænkning nr. 1151 om handelsagenter og handelsrejsende, Justitsministeriet 1988 (forkortet betænkn. 1151) s. 43–44.

6. Forslag til Lov om handelsagenter og handelsrejsende, Justitsministeriet, december 1989, s. 12.

7. Betænkn. nr. 1151 s. 43.

8. UfR 1995 B s. 169–176: Professor, dr. jur. Mads Bryde Andersen: Handelsagentlovens anvendelse ved distribution af edb-programmel.

der falder uden for loven. Et problem frembyder det individuelt tilpassede programmel. Forfatteren konkluderer (s. 175), at "man er udenfor loven, når de elementer af den af agenten udvirkede samlede transaktion, der ikke har varekarakter, dominerer, uanset om handelsagenten oppebærer provision heraf". Forfatteren påpeger, at større edb-installationer, der kræver vedligeholdelse, har større lighed med entrepris-aftaler end med varehandel, og anser det for at stemme overens med praksis inden for branchen, at sådanne ydelser ikke er omfattet af loven. Vurderingen af, hvorvidt varen eller tjenesteydelsen er den dominerende faktor i produktet, synes således også i denne sammenhæng at være anvendelig til afgørelsen af, hvilke produkter der omfattes af loven.

EF-direktivet indeholder intet forbud imod, at medlemslandenes nationale lovgivning om genstanden for handelsagentens aktiviteter omfatter andet end varer. De nordiske landes agenturlovgivning, herunder også Norge, omhandler varer, og det samme gælder Grækenland⁹. De fleste af de øvrige landes lovgivninger omfatter derimod adgangen til at formidle eller afslutte forretninger, i Frankrig¹⁰ betegnet som forretninger angående løsøre og tjenesteydelser. I Østrig¹¹ undtages fast ejendom. Reglerne om handelsagenter i Tyskland, der findes i Handelslovbogen, Handelsgesetzbuch (HGB) §§ 84–92c, har fastlagt et vidt begreb, der omfatter både handelsagenter og forsikringsagenter¹². HGB § 84 angiver, at handelsagenten formidler eller udfører forretninger, Geschäfte, uden at begrænse produkternes art. De tyske regler har dannet forbillede for EF-direktivets regler, men Fællesskabet har valgt at begrænse direktivet til at harmonisering af reglerne for de handelsagenter, der formidler eller indgår aftale om varer. I denne fremstilling lægges vægten derfor fortrinsvis på varer.

2.2. Produktets bestanddele

Der tages udgangspunkt i, at produktet traditionelt består af en vare, hvortil der knytter sig tjenesteydelser i form af installation og vedlige-

9. Sverige: Lov nr. 351 af 2.5.1991 § 1. Finland: Lov nr. 417 af 8.5.1992 § 1. Norge: Lov nr. 56 af 19.6.1992 § 1. Grækenland: Præsidentens dekret nr. 219 af 18.5.1991 art. 1.

10. Frankrig: Lov (loi) nr. 91-593 af 25.6.1991 art. 1.

11. Lov (Bundesgesetz) af 24.6.1921 som ændr. v. lov af 11.2.1993 § 1.

12. Handelsgesetzbuch §§ 84 ff. som ændr. v. lov af 23.10.1989. I Schweiz angiver schweizerischen Obligationenrecht art. 418 a, at agenten formidler forretninger (Geschäfte).

holdelse. I fremmed ret kan tjenesteydelser i varierende omfang være direkte omfattet af lovgivningens produktbegreb.

Hertil kommer ydelse af reservedele og tilbehør. Disse bestanddele kan formidles eller omsættes på markedet for agenturgiverens navn og regning lige som hovedproduktet. Men i praksis kan et handelsagentur være indrettet på at formidle hovedproduktet, f.eks. en maskine, for fremmed navn og regning, og levere tilknyttede ydelser i eget navn og for egen regning, således at handelsagenten indkøber og videresælger reservedele og tilbehør og foretager installation og reparation heraf som selvstændigt salgslid. Handelsagenten optræder i disse tilfælde som forhandler, eventuelt med eneforhandlingsret. Det afhænger af det konkrete kontraktforhold til agenturgiveren, om mellemmanden er forpligtet til at anskaffe originale dele, eller han kan anvende tilsvarende produkter, se under pkt. 5.3. Det er tilladt at pålægge forhandleren forbud mod salg af konkurrerende produkter. Iøvrigt må forholdet som helhed normalt betragtes som et agenturforhold, hvor mellemmanden skal optræde loyalt til varetagelse af hovedmandens interesser, se nedenfor pkt. 3.1.

3. Parternes gensidige pligter

3.1. Den grundlæggende forpligtelse: Gensidig varetagelse af interesser
Agenturgiveren og handelsagenten har som almindelig regel frihed til at aftale de bestemmelser, der vedrører produktet. Men på visse områder er parternes, især handelsagentens, interesser beskyttet ved præceptive regler.

Det er et karakteristisk element i handelsagentkontrakten, at to selvstændige forretningsdrivende gensidigt forpligter sig for at opnå et fælles resultat i form af opdyrkning og vedligeholdelse af markedet med henblik på forøget omsætning. Forholdet indebærer en gensidig afhængighed, som nødvendiggør, at begge parter hver på sin måde må bidrage til resultatet.

H. Ussing har i sin fremstilling af dansk obligationsret¹³ fremhævet, at parterne i et kontraktforhold har en gensidig pligt til at tage rimeligt hensyn til hinandens interesser, herunder at underrette om forhold af betydning for kontrakten¹⁴. Forfatteren påpeger, at disse pligter ikke

13. Henry Ussing: Dansk Obligationsret. Almindelig Del. 3. udg., uforandret optryk 1959 (forkortet: Ussing) s. 24–26.

har til formål at hidføre ydelsen i skyldforholdet, men at beskytte andre interesser hos medkontrahenten, og anfører, at denne pligt er ved at udvikle sig til et princip om bona fides, jf. reglen i den tyske Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 242 om Treu und Glauben¹⁵. I handelsagentur indebærer den gensidige forpligtelse, at en part ved at varetage den andens interesser samtidig vil fremme sine egne interesser på længere sigt, da det endelige mål for aftalen er fælles. Det har derfor stor betydning som grundlæggende forpligtelse inden for denne kontrakttype.

Den udvikling af et *princip om god tro*, som Ussing har iagttaget, er fortsat både i dansk og fremmed ret¹⁶. EF-direktivet om handelsagenter fastslår i art. 3 stk. 1 om handelsagentens pligter og i art. 4 stk. 1 om agenturgiverens pligter, at hver af parterne skal handle loyalt og redeligt over for den anden part, samt i flg. art. 3 stk. 2 litra b og art. 4 stk. 2 litra b give den anden part de oplysninger, der er nødvendige for kontraktforholdet. Reglerne er præceptive. Indholdet af disse regler er overført til den danske lov om handelsagenter i hhv. § 4 stk. 1 og § 5 stk. 1 samt § 4 stk. 2, nr. 2 og § 5 stk. 2, nr. 2.

I *tysk ret* findes de tilsvarende bestemmelser i Handelsgesetzbuch (HGB) § 86 og § 86a. Allerede ved forhandlingerne om agenturkontrakten har parterne en gensidig pligt til at oplyse om væsentlige omstændigheder, blandt andet vedrørende mulighederne for indtjening (Offenbarungspflicht)¹⁷. Det følger af agenthvervets karakter, at handelsagenten har forpligtet sig til at varetage agentugiverens interesser¹⁸. Der består en "troskabspligt" (Treupflicht) for handelsagenten. Gensidigheden i den almindelige pligt støttes i tysk teori¹⁹ på princippet om, at der tillige består en "Treupflicht" for agenturgiveren, bestående i bistand og hensyntagen til handelsagenten, herunder at at give fornøden

14. Idem s. 25.

15. Idem s. 26

16. Se om princippet om god tro i europæiske retssystemer: Ole Lando: "Good Faith in the legal systems of the European Union and in the Principles of European Contract Law" in: Greene Fund for Equity Studies: AEQUITAS and EQUITY: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions, ed. by Alfredo Mordechai Rabello, Jerusalem 1997, pp. 333–346.

17. Viktor Stötter: Das Recht der Handelsvertreter, 4. Aufl., München 1992 (forkortet: Stötter) s. 53–54. Schlegelberger: Handelsgesetzbuch 5. Aufl., München 1973 (forkortet: Schlegelberger) § 86a note 23 b.

18. Stötter s. 55. Schlegelberger § 86 note 29, der fremhæver, at der består en særlig "troskabspligt" (Treupflicht) til at varetage agenturgiverens interesser.

19. Baumbach/Hopt (Duden): Handelsgesetzbuch, 29. Aufl., München 1995, Verlag C.H. Beck (Serie Beck'sche Kurz-Kommentare) (forkortet "Baumbach"), § 86a note 1.

underretning. Men pligten berører ikke agenturgiverens erhvervsmæssige frihed vedrørende driften af sin virksomhed²⁰. Agenturgiveren skal ikke sikre handelsagentens beskæftigelse, da det er en erhvervsmæssig risiko, der påhviler denne som selvstændig erhvervsdrivende.

I *fransk ret* fastlægger loven om handelsagenter²¹ af 26.6.1991 parternes gensidige pligter i art. 4, stk. 1, der bestemmer, at agenturkontrakterne er indgået i parternes fælles interesse, det såkaldte "mandat d'intérêt commun". Dette begreb²² er skabt i retspraksis. Det indeholder dels et vilkår om et vedvarende samarbejde, dels en målsætning. Kontrakten er indgået med det fælles formål at skabe og vedligeholde en optimal kundekreds og derved sikre gunstige vilkår for omsætningen med henblik på at opnå den bedst mulige indtjening. Heraf følger, at kundekredsen er et fælles gode, som er grundlag for den indtjening, der oparbejdes ved en fælles indsats. Forpligtelsen specificeres i art. 4 stk. 2, hvorefter der består der en gensidig loyalitets- og informationspligt. Det fastlægges i stk. 3, at handelsagenten skal udføre sit mandat som en god forretningsmand, og agenturgiveren skal sætte handelsagenten i stand til at udføre sit mandat. Loven suppleres af reglerne i dekret²³ af 10. juni 1992, som gennemfører reglerne i EF-direktivet art. 3-4 og derved tilpasser det tidligere handelsagentdekret af 1958.

I *Storbritannien* er EF-direktivets regler om parternes pligter gennemført ved The Commercial Agents (Council Directive) Regulations²⁴ section 3 og 4, der gentager direktivets regler. I engelsk retsteori²⁵ gøres det gældende, at et agenturforhold er "fiduciary". Herved forstås, at den ene kontraktpart påtager sig at handle i den andens interesse eller i parternes fælles interesse under udelukkelse af særinteresser. Princippet er undergivet reglerne i Common Law om "equity" og skal sikre, at der skabes et afbalanceret retsforhold mellem to parter, der i deres kontraktforhold ikke er ligestillede. På dette grundlag har der udviklet sig et krav om god tro, "good faith", i sådanne forretningsforhold²⁶.

20. Stötter s. 54 og s. 70, Schlegelberger § 86a note 1.

21. Loi 91-593 du 26 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants.

22. Se herom Jean-Marie Leloup: Les agents commerciaux, Paris 1989, s. 58-62.

23. Décret no. 92-506 modifiant le décret no. 58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux.

24. 1993 no. 3053 Commercial Agents. The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993.

25. Bowstead and Reynolds: On Agency (London 1996) (forkortet: Bowstead) no. 6-034.

En sammenligning er foretaget mellem det franske princip om “mandat d'intérêt commun” og det engelske “fiduciary”-begreb om varetagelse af interesser. Det er fremhævet, at den franske opfattelse hviler på den forestilling, at kundekredsen udgør en markedsandel, som kontraktparterne er fælles om. Ligevægten i kontraktforholdet opretholdes ved, at handelsagenten kompenseres for det tab, han lider ved at miste markedsandelen ved kontraktens ophør samtidig med, at agenturgiveren stadig kan få fordel af denne markedsandel. Den engelske opfattelse hviler derimod på, at handelsagenten har påtaget sig at varetage agenturgiverens interesse i, at der skabes en kundekreds, og at kundekredsen som udgangspunkt tilhører agenturgiveren. Ved kontraktens ophør skal en compensation bringe handelsagenten i samme position, som om kontrakten var blevet behørigt opfyldt. Engelsk ret har således vanskeligheder med at se fremtidsrettet på forholdet, når der foretages en opgørelse som følge af, at kontrakten ophører²⁷.

Ved reglerne om den almindelige pligt til varetagelse af interesser har de enkelte landes ret lagt vægt på forskellige aspekter til løsning af det fælles problem: Bevarelse af handlefriheden for hver af de selvstændige kontraktparter samtidig med sikring af ligevægt i et kontraktforhold, hvor parterne er afhængige af hinanden til realisering af kontraktens formål. Den grundlæggende gensidige forpligtelse findes således i de enkelte landes nationale ret.

3.2. De særlige pligter vedr. produktet

Pligten til gensidig varetagelse af hinandens interesser kommer til udtryk i de enkelte pligter, der vedrører produktet i agenturforholdet. I det følgende redegøres for henholdsvis agenturgiverens og handelsagentens pligter.

4. Agenturgiverens pligter vedr. produktet

Agenturgiveren er undergivet både almindelige offentligretlige og kontraktretlige regler om produktets lovlighed og kvalitet og reglerne i europæisk og national lovgivning om handelsagenter om loyalitet og om pligt til bistand og information. Denne regulering er præceptiv.

26. Idem no. 6-036.

27. *The Journal of Business Law*, January 1997, p. 77–81; Séverine Saintier: “New developments in agency law” p. 80–81.

Som et led i afskaffelsen af tekniske handelshindringer i EU foregår der ved harmoniseringsregler en løbende standardisering af en stor del af de handelsvarer, der er genstand for fri bevægelighed i EU. Kravene kan vedrøre både produktsikkerhed og produktets funktionsdygtighed og egenskaber. De almindelige krav om kvalitet kan iøvrigt fremgå af den nationale lovgivning og af den "soft law", kodex og faglige regler, der gælder for branchen. Også i lovgivningen om markedsføring, der i de europæiske landes ret stiller et almindeligt krav om god skik i markedsføring, kan der indfortolkes basale krav til produktets kvalitet.

4.1. Produktsikkerhed

De offentligretlige krav om sikkerhed fastlægger normalt betingelserne for markedsadgang, da lovgivningen om produktsikkerhed bestemmer, at kun sikre produkter må bringes i omsætning. Dette er bestemt i lov nr. 364 om produktsikkerhed af 18.5.1994 § 8 stk. 1. Loven gennemfører EF-direktiv af 29.6.1992 om produktsikkerhed i almindelighed (92/59/EØF), som i art. 3 stk. 1 fastslår: Producenter må kun markedsføre sikre produkter. Ved et sikkert produkt forstås, at produktet ikke indebærer sundheds- og sikkerhedsfare for personer eller ejendom, når det anvendes til det formål eller på den måde, det forudsættes eller forventes at blive anvendt på, jf. produktsikkerhedsloven § 6 stk. 1, som gennemfører EF-direktivet art. 2 litra b. Medens EF-direktivet alene omfatter produkter, der er bestemt til eller kan forventes anvendt af forbrugerne, se art. 2 litra a, omfatter produktsikkerhedsloven ethvert produkt, der bringes i omsætning, jf. § 1 stk. 1²⁸. Loven gælder dog ikke for produkter, som udelukkende fremstilles eller udføres til brug for produktionen i en erhvervsvirksomhed, § 1, stk. 3. Hertil kommer de krav, der er fastlagt i lovgivningen vedrørende særlige produkter, herunder kemikalier, medicin og legetøj. Iøvrigt anses det for at være i strid med god markedsføringsskik at bringe farlige produkter på markedet, jf. lov nr. 428 af 1.6.1994 om markedsføring § 1²⁹.

28. Undtagelse gøres for produkter, der udveksles mellem private, brugte løsørestande, som skal repareres, og antikviteter, jf. produktsikkerhedsloven § 1 stk. 3-4. Loven forhindrer ikke, at der foretages lovregulering til gennemførelse af specifik unionslovgivning om produktsikkerhed, § 1 stk. 5.

29. Se Forbrugerombudsmandens (FO) skr. af 9.12.1975, j.nr. 1975-373-13, hvori FO udtaler, at varer, som iflg. anden lovgivning end markedsføringsloven ikke lovligt kan sælges eller bruges, i alm. også vil være i strid med god markedsføringsskik. Se iøvrigt henvisninger i Karnovs Lovsamling 1995 bd. 3 s. 4601, note 7 til markedsføringsloven § 1, pkt. B.

Produkter i form af varer omfatter ikke blot varen selv, men også emballagen. Et EU-direktiv om emballage³⁰ fastlægger regler om produktkrav til al emballage med henblik på at beskytte miljøet og undgå handelshindringer. Det er bestemt, at genbrug og genanvendelse samt standardisering af emballage skal fremmes. I Danmark er direktivet blevet gennemført ved en bekendtgørelse³¹, som fastsætter krav til emballagens fremstilling, sammensætning, herunder indhold af bestemte kemiske stoffer, og genanvendelse. Bekendtgørelsen § 8 bestemmer, at enhver, der udbyder, distribuerer, indfører eller forhandler en emballage, kan pålægges at medvirke til fremskaffelse af dokumentation herom for at sikre, at kravene er opfyldt.

Der foreligger således en pligt for agenturgiveren til at sikre produktets lovlighed over for handelsagenten og kunderne.

4.2. Produktets kvalitet

Iflg. markedsføringsloven § 1 anses det for stridende mod god markedsføringsskik at bringe underlødige varer på markedet³². Produktet må ikke være så ringe, at det er usælgeligt. Ligeledes kan det på grundlag af handelskutymer forventes, at almindelige handelsvarer er af sædvanlig kvalitet, og krav til produkterne kan iøvrigt være fastlagt inden for de enkelte brancher. Herudover er det overladt til parterne selv ved udtrykkelig eller stiltiende aftale at fastlægge varekvaliteten. Kan der ikke udledes retningslinier herom af agenturforholdet, er spillerummet vidt for agenturgiveren, da det er denne part, der har engageret handelsagenten til at formidle salget af hans produkter. Agenturgiveren har handlefrihed til at fremstille eller levere den kvalitet, som han ønsker. Handelsagenten kan ikke i almindelighed påberåbe sig en god kvalitet udover, hvad der oven for er anført. Til støtte herfor kan anføres UfR 1950.1003, hvor mellemmanden, en eneforhandler, påberåbte sig kontraktkrænkelser under henvisning til, at produkterne, vædskekompasser, i strid med forudsætningerne ikke havde været færdigkonstruerede og gennemprøvede, og at produktionen ikke var blevet behørigt frem-

30. Dir. af 20.12.1994 om emballage og emballageaffald (94/62), EFT 1985 L 176/18.

31. Bkg. nr. 582 af 24.6.1996 om visse krav til emballager, vedtaget i medfør af miljøbeskyttelsesloven og lov om kemiske stoffer. Iflg. bkg. § 2 stk. 2 indskrænkes ikke de eksisterende kvalitetskrav til emballage vedr. sundhed, hygiejne og krav vedr. transport af farligt gods.

32. Se Forbrugerombudsmandens (FO) skr. af 6.4.1979, j.nr. 1977-1551-33 om salg af et brevkursus, der var behæftet med så alvorlige mangler, at køber var berettiget til at ophæve købet, og U 1977.995 om forbud udstedt af FO mod at indgå kontrakter om vagtservice, der ikke sikrede forbrugerne den fornødne assistance.

met, samt at kompasserne led af mangler. Mellemanden fik ikke medhold.

Hvis de retlige rammer overskrides, har agenturgiveren antageligt krænket sin almindelige loyalitetspligt og evt. undladt at give den underretning, der er nødvendig for hvervets udførelse, jf. § 5 stk. 2 nr. 1. Hvis der inden for rammerne af de almindelige kvalitetskrav sker en forringelse af produktet, er det afgørende, i hvilket omfang aftalen tillader agenturgiveren at ændre produktet.

4.3. Ændringer vedrørende produktet

4.3.1. Ændringens art

Et agenturforhold er en vedvarende relation, hvor forandring af produktet må forudses, både vedrørende kvalitet og kvantitet.

Kvalitativt vil producenten normalt foretage en markedstilpasning og produktudvikling. Produktet kan blive forbedret, det kan få nye eller ændrede egenskaber, eller det kan forringes.

Kvantitativt kan mængden af varer, der er til rådighed, blive formindsket.

Mængden kan forringes så meget, at der ingen produkter er tilbage. Dette kan skyldes, at agenturgiveren har indstillet produktionen, eller at han anvender produkterne til andre formål, som ikke vedrører agenturet, f.eks. flytter afsætningen til andre markeder.

Det kan også forekomme, at den hidtidige produktion er afløst af andre produkter. Hvis agenturkontrakten kan fortolkes således, at den omfatter de nye produkter, er agenten stillet på samme måde som ved kvalitativ produktændring. Hvis de nye produkter falder uden for aftalen, foreligger der en nedlæggelse af produktionen i relation til agenten.

4.3.2. Retgrundlaget

a. Handelsagentlovgivningens særlige regler om oplysningspligt

Handelsagentdirektivet bestemmer i art. 4 stk. 2 litra b: "Agenturgiveren skal skaffe agenten de oplysninger, som er nødvendige for agenturkontraktens gennemførelse, navnlig underrette ham inden for en rimelig frist, så snart agenturgiveren kan forudse, at agenturforretningernes omfang bliver væsentligt mindre end det, handelsagenten normalt kunne have forventet." Disse regler er hentet fra tysk ret, HGB § 86 a stk. 2, 1. pkt. og 3. pkt.³³

Reglerne er gennemført i den danske handelsagentlov § 5. Stk. 2 litra 2 bestemmer: "Agenturgiveren skal især... skaffe agenten de oplysninger, der er nødvendige for hvervets gennemførelse", og § 5 stk. 3 fast-

lægger: "Hvis agenturgiveren kan forudse, at agenturforretningerne bliver af væsentlig mindre omfang, end handelsagenten normalt kunne have forventet, skal agenturgiveren inden for en rimelig frist underrette agenten herom."

b. Retsteorien

I tysk teori fremhæves, at der allerede ved agenturaftalens indgåelse påhviler agenturgiveren pligt til at oplyse om omstændigheder, der er væsentlige for agenturet, herunder at give loyale og korrekte oplysninger om mulighederne for indtjening³⁴. Som foreskrevet i handelsagentlovgivningen, jf. den danske lov § 5 stk. 3, skal agenten underrettes i tilfælde af, at agenturforretningerne vil blive af væsentlig mindre omfang end forventet. Agenten skal herved beskyttes mod forgæves anstrengelser og udgifter, men kan ikke gribe ind i agenturgiverens erhvervs-mæssige dispositionsfrihed. Agenten har ikke uden særlige holdepunkter krav på indtjening eller forsørgelse. Inden for disse rammer har agenturgiveren pligt til at understøtte agenten i dennes aktiviteter og må ikke skade hans interesser³⁵.

Engelsk teori³⁶ fremhæver dispositionsfriheden for agenturgiveren, også selv om det medfører, at agenten mister provision. En erhvervsdrivende råder over sin ejendom efter eget valg og kan drive sin forretning, som han ønsker. Dog kan der konkret i aftalen findes en "implied term" (kontraktforudsætning), som indebærer et krav om "continuing benefit" for agenten. Det forhold, at agenturforholdet betragtes som "fiduciary", indebærer, at agenten skal sætte agenturgiverens interesser forud for sine egne³⁷. Han må forventes at respektere agenturgiverens dispositionsfrihed, selv om det sker på bekostning af hans indtjening.

I fransk teori lægges der vægt på, at agenturkontrakten er et mandat i fælles interesse, indgået mellem to selvstændige erhvervsdrivende. Parternes dispositionsfrihed skal respekteres, men det samme gælder

33. HGB § 86 a, stk. 2:

1. pkt.: Der Unternehmer hat dem Handelsvertreter die erforderlichen Nachrichten zu geben.

3. pkt.: Er hat ihn unverzüglich zu unterrichten, wenn er Geschäfte voraussichtlich nur in erheblich geringerem Umfange abschliessen kann oder will, als der Handelsvertreter unter gewöhnlichen Umständen erwarten konnte.

34. Stötter s. 53-54.

35. Schlegelberger § 86a note 14b.

36. Chitty: On Contracts. Specific Contracts, London 1994 (forkortet Chitty) no. 31-131.

37. Bowstead and Reynolds: On Agency, London 1996 (forkortet Bowstead) no. 6-038.

det fælles formål med kontrakten, som er indgået for at skabe en indtægtskilde. Hvis muligheden for indtjening væsentligt nedsættes på grund af varemangel eller forringelse af produktet, har agenten ikke alene krav på at blive underrettet, men kan efter omstændighederne også have krav på kompensation i det omfang, det skader agentens forretning³⁸.

4.3.3. Ændring af kvalitet

Som ovfr. antaget må agenten arbejde med det produktsortiment, der stilles til rådighed for ham inden for de rammer, kontrakten direkte eller forudsætningsvis har fastsat.

Agenten har iflg. handelsagentloven § 5 stk. 2 nr. 2 krav på oplysninger, der er nødvendige for hvervets gennemførelse. Dette kræves også ved produktudvikling³⁹. I tysk teori⁴⁰ gælder tilsvarende, at agenten har krav på underretning om nye produkter og ændringer i produktionen, for at han kan indrette sin virksomhed på de forandrede forhold. Agenten har ikke krav på en bestemt varekvalitet og kan ikke forhindre, at agenturgiveren leverer forringede varer, medmindre andet er aftalt eller forudsat⁴¹, eller agenturgiveren vilkårligt foretager aktiviteter, der er til skade for agenten.

Er der ikke konkrete holdepunkter for andet i kontrakten og i den almindelige produktregulering, antager jeg som almindelig regel, at agenten er forpligtet til at virke for afsætning af det ændrede produktsortiment, så længe agenturgiveren opfylder sin pligt til at støtte agenten og ikke ved sine dispositioner optræder illoyalt. Dette må også gælde ved en produktændring, hvorved produktet forringes.

4.3.4. Ændring af kvantitet

a. Formindskelse af mængden af produkter

Handelsagentloven § 5 stk. 3 pålægger agenturgiveren en pligt til underretning ved formindskelse af agenturforretningerne i et omfang, som handelsagenten ikke normalt kunne have forventet. Det kan ikke

38. Smh. Leloup s. 60.

39. Betænkn. 1151 s. 54.

40. Schlegelberger § 86 a note 11a og note 15 in fine samt Stötter s. 72–73.

41. Stötter s. 71. Forfatteren anfører dommen OLG Celle DB 1962 s. 94 (BGHZ 26 s. 161), hvorefter agenturgiveren havde leveret tobak med skimmel til kunden, hvilket bevirkede, at agenten mistede efterbestillinger på grund af den mangelfulde vare. Domstolen statuerede, at agenten selv må bære risikoen herved, medmindre agenturgiveren vilkårligt har handlet imod sin "Treupflicht" (wider Treu und Glauben) og derved har skadet agentens interesser.

af denne bestemmelse udledes, at agenturgiveren har pligt til at sørge for, at der findes varer at formidle eller sælge. Agenten har kun krav på underretning om de forhold hos agenturgiveren, der har betydning for udøvelsen af agenturet. Dette stemmer overens med den hidtidige retspraksis. I sagen UfR 1959.499 HD var forholdet, at agenturgiveren, der handlede med japanske perler, ikke ved kontraktens indgåelse havde oplyst, at ydelserne fra hans leverandør i Japan var usikre. Højesteret tilkendte agenten provision indtil det tidspunkt, hvor agenten blev informeret om de begrænsede leverancer og instrueret om at standse optagelsen af ordrer. I UfR 1962.820 HD drejede konflikten sig om, hvorvidt det var tilladt for agenten at påtage sig en anden stilling, som bevirkede, at han ikke kunne arbejde i en fuldtidsstilling for salg af agenturgiverens nykonstruerede oliefyr. Domstolen tog hensyn til, at parterne havde måttet forudse produktionsvanskeligheder på grund af, at agenturgiveren foretog fremstilling af et nyt produkt. Der måtte antages at foreligge en kontraktforudsætning om levering af en vis kvantitet, således at agenten havde kunnet påregne et deltidsarbejde, men ikke fuld beskæftigelse med produktet. Agenturgiveren kunne ikke forvente, at agenten var fuldtud til rådighed, men han var ej heller forpligtet til at sørge for en varemængde, der var nødvendig for at give agenturet fuld beskæftigelse.

Fortolkningen af den danske lov er i overensstemmelse med opfattelsen i fremmed ret.

I tysk teori fremhæves det, at agenturgiveren ikke er forpligtet til at give agenten beskæftigelse⁴². Agenten har ingen indflydelse på, hvorledes og i hvilket omfang agenturgiveren vil drive sin forretning. Men agenturgiveren skal sikre, at agenten i tide får de oplysninger, der er nødvendige for, at han kan indrette agenturforretningen efter dem⁴³.

b. Indstilling af produktionen

I tilfælde, hvor agenturgiveren ophører med produktion inden for den pågældende branche eller nedlægger sin virksomhed, har agenten krav på behørig underretning herom. Det er et spørgsmål, om forholdet herudover indebærer ophør af agenturkontrakten. Agenturgiveren kan som selvstændig erhvervsdrivende frit træffe forretningsmæssige dispositioner og ved formidlingsagentur frit afslå at indgå handler med de enkelte kunder. Dette må gælde, selv om agenten ved ophør af produk-

42. Schlegelberger § 86 a note 1.

43. Baumbach § 86 a, note 12.

tionen berøves sin mulighed for fortjeneste. Forholdet svarer til et kontraktophør foranlediget af agenturgiveren, men har ikke nødvendigvis tilsvarende konsekvenser, se nedenfor pkt. 4.3.5.

Agenten har ligeledes krav på underretning, når agenturgiveren overdrager sin virksomhed. Såfremt overdragelsen indebærer ophør af agenturforholdet, har agenten de rettigheder, som følger af ophøret.

4.3.5. Retlige konsekvenser af ændringer vedr. produktet

Det gælder for både kvalitative og kvantitative ændringer og for ophør af produktionen, at agenturgiveren skal give den nødvendige underretning herom. Det omfatter såvel tidsmæssigt et passende varsel og indholdsmæssigt fyldestgørende information om substantielle forandringer. Disse ændringer skal foretages under iagttagelse af loyalitet. Agenturgiveren må ikke vilkårligt eller chikanøst udsætte agenten for skade. Det må normalt kræves, at der ligger almindelige erhvervsmæssige motiver bag agenturgiverens dispositioner⁴⁴. På et sådant grundlag må agenten indstille sig på de ændrede forhold og evt. miste sin adgang til fortjeneste, uden at dette kan opfattes som misligholdelse fra agenturgiverens side.

Kontrakten ophører ikke automatisk. Hertil kræves enten, at en af parterne ved erklæring herom bringer kontrakten til ophør med eller uden varsel, eller at forudsætningerne for at fortsætte agenturkontrakten er bristet. Ophævelse af kontrakten kan i tysk ret ske efter reglerne om "vigtig grund", jf. HGB § 89 a stk. 1. Der kan f.eks. indtræde en væsentlig ændring af offentligretlige produktkrav. En lignende regel om ophør på grund af væsentligt ændrede omstændigheder fandtes i den tidligere danske kommissionslov. Reglen er iflg. forarbejderne til handelsagentloven⁴⁵ blevet anset for overflødig og er ikke medtaget i den gældende lov.

Hver af parterne er til enhver tid berettiget til at bringe agenturkontrakten til ophør med behørigt kontraktmæssigt eller legalt varsel. I tilfælde, hvor agenturgiveren på grund af væsentlig ændring af produktet eller ophør af produktionen loyalt har given fornøden underretning ud fra forretningsmæssige overvejelser, kan agenten opsige kontrakten med behørigt varsel, men har ikke krav på erstatning for misligholdelse. Derimod kan han kræve godtgørelse for tab af kundekreds, jf. handelsagentloven § 27 nr. 2 litra a, som bestemmer, at handelsagenten har

44. Betænkn. 1151 s. 114–115. Schlegelberger § 86 a note 14–15.

45. Betænkn. 1151 s. 115.

krav på godtgørelse, når hans initiativ til at opsige kontrakten sker som følge af omstændigheder, der skyldes agenturgiveren. Herved forstås forhold, som er foranlediget af agenturgiveren, selv om denne ikke har handlet culpøst. Dog kan godtgørelsen vise sig at være værdiløs, da agenten skal godtgøres for agenturgiverens vederlagsfri overtagelse af kundekredsen og tabet af fremtidig provision. Når produktionen er indstillet, findes der ingen fremtidige fordele eller tab at godtgøre.

5. Handelsagentens pligter vedr. produktet

Det er handelsagentens hverv at virke for salg af produktet ved at optage ordrer eller efter bemyndigelse indgå aftale med kunderne om produktet. Agenten er således bindeleddet mellem producenten eller leverandøren og det følgende salgsled. Ofte benyttes en agent til at introducere en ny vare på markedet.

Agenten har ikke pligt til at opnå et salgsresultat, jf. handelsagentloven § 4 stk. 2 nr. 1 og handelsagentdirektivet art. 3 stk. 2 litra a, hvorefter agenten alene skal bestræbe sig på salg. Der kan ved aftale pålægges agenten pligt til at præstere en omsætning, f.eks. et periodisk minimumskvantum, inden for rammerne af, hvad der er et rimeligt aftalevilkår, jf. aftaleloven § 36.

5.1. Pligter vedr. produktets substans og præsentation

Agenten skal besidde sagkundskab om produktets bestanddele, sammensætning, egenskaber og funktioner. Han skal kende produktkravene vedr. sikkerhed og kvalitet, som gælder for det område, hvor produktet bringes på markedet.

På markedet skal produktet kunne udskilles i relation til lignende produkter. Normalt er der tale om afsætning af et industriprodukt, der er undergivet regler for standardisering. Produktet kan differentieres som mærkevare ved, at det forsynes med et kendetegn, normalt et varemærke, hvorved produktet får et særpræg, der opfattes af trediemand som distinktivt. Når produktet er bragt på markedet med agenturgiverens samtykke, kan det frit omsættes overalt i Europa. Agenturgiveren kan ikke forhindre, at produktet afsættes uden for et afgrænset område ved en bestemmelse om, at varemærket kun må benyttes inden for dette område, da eneretten til varemærket er konsumeret⁴⁶. Han kan således ikke beskytte en eneagent mod indtrængen af produktet i det tildelte område ved hjælp af varemærkeregulering.

Produktet kan desuden indeholde kreative, undertiden kulturelle, elementer, som tilfører det originalitet og beskytter det ophavsretligt. Det gælder produkter som f.eks. brugskunst, bøger, tekstildesign og edb-programmer. Endelig kan produktet være patentbeskyttet.

5.2. Pligter vedr. markedsføringen

Differentiering af produktet er det centrale område for samarbejde mellem agenturgiver og agent: Der må være fælles retningslinier for udformning og brug af informations- og reklamemateriale. Agenten har behov for at benytte et varemærke og evt. få licens på brugen, og agenturgiveren må iøvrigt afgive fornøden produktinformation, brugsanvisning og anden vejledning om produktet. På dette grundlag er det agentens hverv at sprede information om produktet ved reklame og andre midler til markedsføring, indrette faciliteter til præsentation af produktet og deltage i foranstaltninger til markedsføring såsom messer og udstillinger.

Reglerne om konsumtion giver adgang til frit salg af selve varen forsynet med varemærke. Men retten omfatter antageligt ikke adgang for uautoriseret mellemmand eller parallelimportør til at anvende varemærket som sit forretningskendetegn og kun i begrænset omfang ved reklame for varen⁴⁷. Dommen i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1983.923 HD har fastslået, at en uautoriseret importør uden om producentens distributionsnet var berettiget til at annoncere for varerne, der var originale Leyland bilreservedele, uden at anvende Leylands varemærke som forretningskendetegn. Men importøren måtte ikke anvende betegnelsen "Leyland-specialist", da det kunne vildlede forbrugerne til at tro, at der forelå autorisation.

Agenten har pligt til overholde god markedsføringsskik. Der findes ikke almindelige europæiske regler herom, og der findes således ikke fælles normer for den adfærd, som generelt skal iagttages under markedsføringen af produkter. Lovregulering er overladt til de enkelte medlemslande.

Dog er der foretaget en harmonisering af enkelte retsområder ved hjælp af direktiver, ligesom erhvervslivet har opstillet vejledende kodeks⁴⁸ for reklamer.

46. Varemærkeloven nr. 341 af 6.6.1991 § 6, som har gennemført R.dir. af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (89/104) m. ændr. v. R.besl. af 19.12.1991 (92/10) art. 7.

Se M. Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret, København 1996, s. 316–318.

47. Idem s. 318.

Inden for reklameområdet fastlægger EF-direktivet om vildledende reklame⁴⁹ visse fælles regler. Hertil kommer, at der i TV-direktivet⁵⁰ er fastlagt regler om reklame for visse produkter i radio og TV. I Danmark findes den almindelige regel om god markedsføringskik i markedsføringsloven⁵¹ § 1. Reglen i § 2 om vildledning er i overensstemmelse med EF-direktivet. Agenten skal således give korrekt og fyldestgørende information om produktet, og han må ikke anvende angivelser eller fremgangsmåder, som på grund af deres form, eller fordi de inddrager uvedkommende forhold, afstedkommer vildledning over for forbrugere og andre købere. Agenten må ikke bruge andres kendetegn eller egne kendetegn, der er egnet til at fremkalde forveksling, jf. markedsføringsloven § 5. Andre produkter, der ydes som tilgift, kan inden for loyale rammer anvendes over for erhvervsdrivende kunder, men over for forbruger må ydelsen, bortset fra visse undtagelser, kun have en ubetydelig værdi, smh. markedsføringsloven § 6.

5.3. Kundeservice. Handel med reservedele

En formidlingsagent har ingen pligter i relation til levering af produkter til kunderne eller, ved indkøbsagentur, til agenturgiveren. Men hvis det er aftalt, at agenten på agenturgiverens vegne skal have et varelager og udlevere varerne, er agenten inden for rammerne af sin fuldmagt ansvarlig for rettidig levering af mangelfri ydelse. Agenten skal opbevare og transportere varerne forsvarligt og sørge for normale forsikringer. Udgifterne herved må i mangel af anden aftale afholdes af agenturgiveren, da han ejer varerne.

Ofte har agenten indrettet service-faciliteter. Foruden udstillingsrum vil han hyppigt være i stand til at yde installation og montering samt almindeligt forekommende reparationer og vedligeholdelse. Agentens pligter i denne forbindelse beror på aftale og kontraktforudsætninger over for agenturgiveren, som har pligt til at bistå agenten til betjening af kunderne. Er der behov for, at agenten og hans medarbejdere får instruktion og uddannelse hos agenturgiveren, må det aftales,

48. Kodekser for markedsføring vedtaget af Det internationale Handelskammer (ICC-Kodex).

49. Rådets direktiv af 10.9.1984 om indbyrdes tilnærmelse af Medlemsstaternes love og administrative bestemmelser vedrørende vildledende reklame (84/450/EØF).

50. Rådets direktiv af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (89/552/EØF).

51. Lov nr. 428 af 1.6.1994 om markedsføring.

hvorledes udgifterne hertil fordeles mellem dem. Agenturgiveren har pligt til at holde agenten ajour i takt med produktudvikling og innovation.

Med henblik på reparation, udskiftning og tilbehør må en agent, der tilbyder service, have reservedele og komponenter til rådighed. Undertiden indkøber han disse i eget navn og regning. Hans virksomhed udgør i disse tilfælde et blandet agentur- og forhandlerforhold, der behandles som et handelsagentur i relation til agenturgiveren, så længe den dominerende del af produkterne afsættes i fremmed navn og regning uden finansiell risiko for agenten, smh betænkn. 1151 s. 42.

Når agenten køber og videresælger reservedele mv., må han sikre sig, at retten til at benytte kendetegn i form af varemærkelicens eller anden brugsret også gælder for disse produkter. Dette var ikke sket i sagen UfR 1983.923 HD om anvendelse af Leyland-mærket for automobilreservedele, omtalt ovfr., hvor en forhandler uden tilladelse omtalte sig som "Leyland-specialist". Forhandleren tidligere havde været distributør for producenten.

Det er et spørgsmål, i hvilket omfang agenten krænker loyalitetspligten ved at anvende uoriginale reservedele, hvilket især er aktuelt, hvis de kan anskaffes til en lavere pris end de originale produkter. I sagen UfR 1983.852 SHD havde en forhandler, der konkurrerede med producenten af Parker-kuglepenne, solgt refill patroner til kuglepenne til en lavere pris end Parkers egne patroner. På patronen var påtrykt fabrikantens navn, Nestler, samt angivet "refill for PARKER". Patronerne var lovligt fremstillet og markedsført, da Parkers patentret var udløbet. Parkers generalagent i Danmark forlangte navnet PARKER fjernet fra den konkurrerende patron og mente, at Nestler-patronens kvalitet var dårligere end Parkers, hvilket skadede Parkers renommé på grund af muligheden for forveksling. Domstolen mente, at den påtrykte betegnelse "PARKER" var vildledende i henhold til markedsføringsloven § 2 stk. 1 og § 5 vedr. anvendelse af andres kendetegn og gav således Parker medhold.

Domstolen udtalte samtidig, at der ikke var taget stilling til, om navnet Parker på anden måde kunne indgå i en tekst på konkurrenten Nestlers produkt for at angive mulighederne for anvendelse. Domstolen har således ikke opfattet det som illoyalt i sig selv, at uoriginale dele sælges med henblik på anvendelse sammen med et originalt produkt. På dette grundlag antager jeg som udgangspunkt, at en handelsagent, der optræder som forhandler i forbindelse med handel med reservedele, i princippet ikke bør afskæres fra den konkurrencemæssige fordel,

der ligger i at få adgang til andre – eventuelt konkurrerende – fabrikanter produkter. Men betingelsen må være, at agenten ikke har indgået aftale om forbud mod salg af konkurrerende produkter. Endvidere må anvendelsen af de uoriginale reservedele foregå åbenlyst og på en måde, som ikke er vildledende og skadeligt for agenturgiverens produkter. Hertil må kræves, at reservedelene har en kvalitet, der er mindst lige så god som de originale dele. Endeligt skal agenten fuldtud kunne varetage agenturgiverens interesser. Det vil f.eks. være tilfældet, når agenten kan tilbyde et varieret udbud af produkter og derved udbrede kendskab til agenturgiverens produkter. Samtidig kan agenten sikre, at han altid er leveringsdygtig i reservedele af den fornødne kvalitet.

En agent, der har påtaget sig eneforhandling af agenturgiverens reservedele, er berettiget til at parallelimportere originale reservedele fra andre leverandører end agenturgiveren. Dette kan dog forhindres ved, at agenturgiveren ved aftale pålægger eneforhandleren (agenten) udelukkende at købe reservedelene hos agenturgiveren⁵².

5.4. *Garanti*

Garantien udgør en del af produktkonceptet. Både agenturgiveren og agenten må herefter være ansvarlige for, at kunden får fyldestgørende information om, hvad garantien indebærer. En agent, der yder efter salgsservice, har pligt til yde kunden bistand med at opnå de ydelser, der følger af producentens garanti, da en garanti skal kunne gøres gældende uanset, hvor varen er købt. Hvorvidt agenten selv skal indfri garantien ved f.eks. at foretage reparation, må vurderes ud fra, hvad der lokalt er det almindelige serviceniveau⁵³.

5.5. *Produktansvar*

Hvis produktet volder køberen eller brugeren skade på person eller ting, hæfter forhandleren for ansvaret. Producenten er den endeligt ansvarlige for skaden, når betingelserne herfor er opfyldt. Lov om produktansvar nr. 371 af 7.5.1989 fastlægger ansvaret for personskade og skade på forbrugerting, se § 6 om det objektive ansvar for producenten og forhandlerens hæftelsesansvar § 10. Ansvar iøvrigt er reguleret af retspraksis. Heraf følger, at agenturgiveren kan blive ansvarlig enten som producent eller som forhandler.

52. Kommissionens forordning af 22.6.1983 om anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler (1983/83) art. 2 stk. 2 litra b.

53. Karnovs EU-samling red. af Ole Due m.fl., 5. udg., København 1996, s. 669–670.

Handelsagenten har intet ansvar for agenturgiverens produkt, medmindre skaden kan henføres til agentens uforsvarlige handling (culpa-ansvar), f.eks. ved forkert opbevaring af en vare.

Agenten har ej heller pligt til aktivt at følge produktet i dets levetid. Han har alene informationspligt i tilfælde, hvor han får kendskab til produktets skadelige eller u hensigtsmæssige egenskaber⁵⁴.

I tilfælde, hvor agenten for egen regning har leveret og monteret en reservedel eller komponent i agenturgiverens produkt, vil agenten blive ansvarlig som forhandler, eller han ifalder ansvar som producent af et delprodukt, smh. produktansvarsloven § 7 stk. 3. Hvis fejlen skyldes selve reparationen, bliver agenten ansvarlig som tjenesteyder, hvilket indebærer et culpaansvar med omvendt bevisbyrde, baseret på retspraksis.

Har agenturgiveren leveret farlige produkter, som kan have negative følger for agentens forretningsrenommé, kan dette berettige agenten til at opsiges eller efter omstændighederne ophæve agenturkontrakten uden at miste godtgørelse for tab af kundekreds, jf. handelsagentloven § 24 om væsentlig misligholdelse og § 27 nr. 2 litra a, hvorefter agenten bringer aftalen til ophør som følge af omstændigheder, der skyldes agenturgiveren.

5.6. Pligter vedr. konkurrerende produkter

5.6.1. I kontrakttiden

Handelsagentdirektivet indeholder intet forbud mod, at agenten arbejder med konkurrerende produkter og har stillet medlemslandene frit med hensyn til at fastlægge bestemmelser om konkurrenceforbud. Iflg. den franske handelsagentlov⁵⁵ art. 3 forbydes det agenten uden samtykke at repræsentere konkurrerende virksomheder, medens der ikke findes et forbud mod konkurrence i den danske, tyske og engelske lov. Spørgsmålet reguleres i disse lande på grundlag af agentens almindelige loyalitetspligt. Iflg. betænkningen til den danske handelsagentlov⁵⁶ beror det på en konkret fortolkning, om agenten har forbud mod uden agenturgivers samtykke at påtage sig opgaver for en konkurrerende virksomhed.

54. Betænkning nr. 1151 af 1988 om handelsagenter og handelsrejsende (betækn.) s. 51, bemærkn. til lovforslaget § 4.

55. loi 91-593 du 26 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, Journal Officiel 17.6.1991 p. 8721.

56. Betækn. nr. 1151 s. 49, bemærkn. t. lovforslaget § 4 stk. 1.

I tysk teori⁵⁷ anføres, at et konkurrenceforbud følger af pligten fastlagt i HGB § 86 stk. 1 til at varetage agenturgivers interesser, uden at særlig aftale herom er fornøden. Forbudet kan udvides ved aftale, dog under hensyntagen til agentens interesser. En agent kan ikke påtage sig agentur for en eller flere konkurrerende virksomheder uden samtykke. Normalt er det tilladt at forberede salget af konkurrerende produkter i den periode, hvor et opsigelsesvarsel løber. Endvidere påpeges⁵⁸, at problemet om konkurrence kan opstå i forbindelse med udvidelse af produktsortimentet hos en agenturgiver, der ikke hidtil har været konkurrerende. I tilfælde, hvor agenturet for en konkurrerende agenturgiver ophører, kan agenten ikke automatisk anvende den hidtidige tilladelse til at skaffe sig et andet konkurrerende agentur.

I engelsk teori⁵⁹ lægges vægten på, at agenten har påtaget sig "fiduciary duties", hvorefter han ikke må fremme sine egne interesser, når der er reel mulighed for interessekonflikt. Dog skal denne almindelige regel være tilpasset efter kontraktforholdets natur.

Det må herefter antages, at der i praksis næppe har stor betydning, om lovgivningen har fastlagt et konkurrenceforbud eller ikke. Agenten er ansvarlig for, at han behørigt varetager agenturgivers interesser og må skaffe sig det fornødne udtrykkelige eller stiltiende samtykke til at arbejde med konkurrerende produkter, herunder være opmærksom på ændringer i produktsortimentet, der kan bringe agenten ind i en interessekonflikt.

I tilfælde, hvor agenten ved aftale er underlagt både et konkurrenceforbud og en pligt til en minimumsomsætning, kan han som udgangspunkt ikke kræve, at agenturgiveren er leveringsdygtig. Men da agenturgiveren har pligt til at varetage agentens interesser og bistå ham, vil der hurtigt skabes en kontraktforudsætning om, at agenturgiveren ikke må hindre agenten i at udføre sine pligter og ikke foranledige, at han bringes i misligholdelse.

Har agenten fået et eneagentur med henblik at virke i et geografisk område eller en kundekreds, kan dette skærpe agentens pligt til at undlade salg af konkurrerende varer. Tilsvarende følger det af agenturgivers almindelige pligter, at han skal afholde sig fra konkurrerende aktiviteter i eneagentens område.

57. Baumbach § 86 note 24–26.

58. J. Abrahamczik: *Der Handelsvertretervertrag*, Beck'sche Musterverträge, Band 24, München 1995, s. 47.

59. Bowstead pkt. 6-038.

5.6.2. Efter kontraktens ophør

Handelsagentdirektivet fastlægger i art. 20 regler for konkurrenceklausuler, hvorved forstås en aftale, som begrænser handelsagentens udøvelse af erhvervsvirksomhed efter kontraktens ophør. De betingelser, direktivets art. 20 stk. 2–3 opstiller, forhindrer iflg. art. 20 stk. 4 ikke fastsættelse af andre restriktioner i national lov. Betingelserne er gentaget i den danske lov § 30 og genfindes den tyske HGB § 90 a, der fastsætter et krav fra agentens side på et passende vederlag for at påtage sig klausulen, samt den engelske handelsagentlov pkt. 20 og den franske lov art. 14. Det gælder således i disse lande, at klausulen, der skal være indgået skriftligt, kan vedrøre et geografisk område, en kundekreds eller de varetyper, der er omfattet af agenturaftalen, og klausulen kan højst gælde i 2 år fra agenturaftalens ophør. I Danmark suppleres reglen af aftaleloven § 38 stk. 1, som bestemmer, at en konkurrenceklausul ikke på urimelig måde må indskrænke den forpligtedes adgang til erhverv og skal tage hensyn til begge parter interesser. Handelsagentloven § 30 omfatter kun varer, ikke tjenesteydelser, som er reguleret af de generelle regler i aftaleloven § 38. Det må antages, at konkurrenceklausuler om tjenesteydelser vil blive fortolket under hensyntagen til handelsagentloven § 30, som præciserer de almindelige bestemmelser uden at fravige rammerne.

6. Agenturforholdets ophør

I tilfælde, hvor agenturforholdet ophører ved udløbet af en afviklingsperiode, må det forventes, at begge parter medvirker til en afvikling af forholdet uden unødige omkostninger og vanskeligheder, f.eks. ved nedbringelse af lager, opsigelse af kontrakter om leje af lagerrum og evt. returnering eller tilbagekøb af reservedele.

Kontrakten kan i relation til produktet misligholdes af agenturgiveren, hvis han leverer mangelfulde varer eller forsinker med leveringen til kunderne. Foreligger der væsentlig misligholdelse af købeaftalen, kan dette efter omstændighederne indebære en så alvorlig krænkelse af pligten til at varetage agentens interesser, at denne kan ophæve kontrakten, jf. handelsagentloven § 24.

Forsømmer agenten sine pligter, herunder ved passivitet, manglende information eller overtrædelse af et forbud mod at beskæftige sig med konkurrerende varer, kan agenturgiveren ved alvorlig krænkelse ophæve kontrakten, jf. § 24. Agenten vil da samtidig miste retten til godtgø-

relse for tab af kundekreds, jf. handelsagentloven § 27 nr. 1, såfremt forholdet kan tilregnes agenten. Ansvarsgrundlaget må her være culpa, men som selvstændig erhvervsdrivende vil en streng culpabedømmelse antagelig blive lagt til grund.

Bortset fra tilfælde, der er nærmere opregnet i § 27, har agenten krav på godtgørelse for tab af kundekreds. Betingelsen herfor er, at agenten skal kunne bevise, at han har tilført nye kunder eller intensiveret handelen med den bestående kundekreds, som bliver til fordel for agenturgiveren, og at han vil lide et provisionstab ved ikke at kunne fortsætte handelen med disse kunder, og at kravet er rimeligt. I tilfælde, hvor det kan bevises, at kunderne er knyttet til produktet og dets kendetegn og ikke til handelsagenten, vil betingelsen svigte vedrørende agentens provisionstab. I tysk teori tales om en såkaldt "Sog-Wirkung", tilbagestrøms-virkning. Tilsvarende gælder, når forholdet ophører, fordi agenturgiveren indstiller sin produktion af det repræsenterede produkt, jf. ovfr. pkt. 4.3.5. Dette gælder i de fleste lande, hvor den tyske model for godtgørelse for tab af kundekreds er vedtaget, herunder i Danmark. Frankrig har valgt den model for godtgørelse, som bestemmer, at agenten er berettiget til erstatning for den skade, som ophøret af hans forhold til agenturgiveren forvolder ham, den franske lov art. 12. I fransk retspraksis, som har skabt princippet om "mandat i fælles interesse", er der tilkendt agenterne 2–3 års erstatning, som også skal yde dækning for mistede investeringer, herunder opbygning af service-faciliteter, lager, værksted mv. Iflg. lovens art. 13 mister agenten kravet på godtgørelse under de samme betingelser, som er anført i handelsagentloven § 27. I Frankrig karakteriseres ansvarsgrundlaget for agenten som "faute grave" dvs. en alvorlig fejl, der kan tilregnes agenten som culpøs.

7. Fremtidig regulering vedr. produktet i agenturforhold

Handelsagentdirektivet har kun bidraget med få og generelle regler til regulering af vilkårene for produktet i agenturkontrakten. Til gengæld har disse bestemmelser kunnet tilpasses de enkelte landes ret uden at skabe brud på gældende regler og traditioner. I forbindelse med EU-reglerne om produktstandardisering, produktsikkerhed, produktansvar og sikring af fri bevægelighed for produkter i hht. Traktat om det Europæiske Fællesskab art. 30 og 36 og art. 59–60 er et fælles europæisk niveau for produktregulering under udvikling. Det vil kunne udbygges og præciseres i det omfang erfaringerne vil vise, at der er behov for det.

Produkt og pligt i handelsagentur

I fremtiden vil de vilkår, der skal gælde for produktet i agenturforholdet, fortsat være overladt til aftale mellem parterne inden for de rammer, der er sat af produktlovgivningen. Det kan forventes, at der vil ske en tilnærmelse af domspraksis og kontraktpraksis, efterhånden som de fælles rammer, der er lagt af lovgivningen, bliver udfyldt på konkret plan under intensivering af samhandelen.

Den handel, der kommer til at foregå via Internettet og andre elektroniske medier, vil næppe gøre handelsagenturet overflødigt, da de elementer, som efterspørges hos handelsagenten, er hans produktkendskab, serviceydelser og evne til at kombinere dette med kendskab til kundekreds og lokale forhold. Tværtimod kan den elektroniske handel blive et værdifuldt hjælpemiddel til at fremme kommunikationen mellem agenturgiver og tredjemand og sikre, at det rette produkt formidles hurtigt og sikkert til den kunde, der har behov for det.

Artikel 100a EGV als Grundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch

Professor Winfried Tillmann, Düsseldorf

Eines der Themen des von der Niederländischen Präsidentschaft der Europäischen Union veranstalteten Symposiums "Towards a European Civil Code" am 28. Februar 1997 in Den Haag/Scheveningen war die Frage nach einer europarechtlichen Rechtsgrundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch. Van Gerven und der Generalberichterstatter Koopmans äußerten Zweifel daran, ob Art. 100a EGV eine geeignete Rechtsgrundlage für ein solches Gesetzbuch sein könne, andere Stimmen sprachen sich für die Nutzung von Art. 100a EGV aus, in der Diskussion blieben viele Fragen offen. Der 75. Geburtstag des wichtigsten Pfadfinders auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch und des eigentlichen spiritus rector der nach ihm genannten Kommission, des von mir freundschaftlich verehrten Ole Lando, gibt mir eine willkommene Gelegenheit, die Debatte fortzusetzen und zu vertiefen.

I. Voraussetzungen für die Nutzung der Rechtsgrundlage des Art. 100a EGV

1. Art. 100a EGV enthält zu Beginn seines Wortlauts eine negative Voraussetzung, die dahin lautet, daß die Anwendung von Art. 100a EGV ausgeschlossen ist, wenn der Vertrag etwas "anderes bestimmt". Diese negative Voraussetzung ist für ein Europäisches Zivilgesetzbuch nicht gegeben, da sich im Vertrag keine Bestimmung findet, wonach die Nutzung des Art. 100a EGV zur Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs ausgeschlossen ist.

2. Die erste positive Voraussetzung, die Art. 100a EGV für seine Nutzung nennt, ist die, daß die Ermächtigungsgrundlage dieses Artikels "für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 7a" gilt. Nach Art. 7a EGV trifft die Gemeinschaft die erforderlichen Maßnahmen, um den

Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen; der Binnenmarkt umfaßt nach dieser Vorschrift einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist.

3. Die zweite positive Voraussetzung für die Nutzung von Art. 100a EGV steht mit der ersten (Bezugnahme auf Art. 7a EGV) in Zusammenhang. Nach Art. 100a Abs. 1 Satz 2 EGV erläßt der Rat die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, "welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben". Das bedeutet, daß die schrittweise Verwirklichung des Binnenmarkts (Art. 7a EGV) mit dem Mittel der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften erzielt werden soll. In Betracht kommen hierfür aus dem Arsenal des Art. 189 EGV nach allgemeiner Meinung sowohl eine Verordnung als auch eine Richtlinie.

a) Mit den Worten, daß die zu ergreifende Maßnahme "die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben" greift Art. 100a Abs. 1 Satz 2 EGV die Worte "für die Verwirklichung der Ziele des Art. 7a" in Art. 100a Abs. 1 Satz 1 EGV auf. Die genannten Worte beziehen sich selbstverständlich nicht auf die anzuleichenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, sondern auf die Maßnahmen der Gemeinschaft selbst.¹

b) Die Unterscheidung zwischen "Errichtung" und "Funktionieren" ist im Hinblick auf das zeitliche Ziel in Art. 7a EGV zu sehen, wonach der Binnenmarkt bis zum 31. Dezember 1992 verwirklicht werden sollte. Bis zu diesem Zeitpunkt sollte er "errichtet" werden, danach sollte er "funktionieren". Art. 100a EGV stellte sich daher eine Nutzung der Ermächtigungsvorschrift des Art. 100a EGV nicht nur für den Zeitraum der Errichtung des Binnenmarkts (bis zu seiner Vollendung) vor, sondern auch für den Zeitraum nach der Errichtung des Binnenmarkts, in dem es für die fortdauernde Wirkungsweise des Binnenmarkts und zu seiner Anpassung an veränderte Umstände erforderlich sein kann, die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu harmonisieren.²

c) Dies zeigt bereits, daß sich die Vorschrift nicht nur als Rechtsgrundlage für die grundlegende Architektur des Binnenmarkts eignet.

1. Groeben/Thiesing/Ehlermann/Pipkorn, Art. 100a Anm. 21 EGV.

2. Pipkorn, Anm. 22 m.w.Nw,

Artikel 100a EGV als Grundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch

Sie kann vielmehr auch für die Detailarbeit nach der Errichtung des Binnenmarkts eingesetzt werden, für eine Angleichung, die für die Errichtung/Verwirklichung des Binnenmarkts nicht erforderlich ist (der bereits errichtet/verwirklicht ist), wohl aber für sein reibungsloses "Funktionieren". Es liegt auf der Hand, daß das Bedürfnis für eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die lediglich für ein besseres "Funktionieren" des Binnenmarkts erforderlich ist, anders ist als das Bedürfnis für eine Angleichung, die für die Errichtung des Binnenmarkts notwendig ist. Dieser Gedanke ist für unser Thema deswegen wichtig, weil sich die Gemeinschaft seit 1992 in einem Zeitraum befindet, der nach ihrer eigenen Definition nach der Errichtung des Binnenmarkts liegt.

4. Art. 100a Abs. 1 EGV bezieht sich somit in zweifacher Weise (in seinem Satz 1 und in seinem Satz 2) auf den Begriff des "Binnenmarkts", wie er in Art. 7a EGV genannt und vorausgesetzt wird. Der Binnenmarkt ist ein Begriff mit präziserem Inhalt als der Begriff des "Gemeinsamen Markts", der in Art. 100 EGV vorausgesetzt wird und der bereits einen Wirtschaftsraum mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen meint. Ein "Binnenmarkt" ist nicht nur ein Markt, in dem die Grenzen für den Wirtschaftsverkehr in der Gemeinschaft auf der Linie der nationalen Grenzen beseitigt worden sind. Hindernisse für den "Binnenmarkt" können, brauchen aber nicht auf der Linie der nationalen Grenzen der Mitgliedstaaten im Verhältnis zueinander zu liegen. Sie können sich darüber hinaus vielmehr auf alle Umstände beziehen, die ein Bündel von nationalen Wirtschaftseinheiten von einer Wirtschaftseinheit mit einem "Binnenmarkt" unterscheidet.

5. Noch in einer anderen Hinsicht wird die Bedürfnisfrage in Art. 100a EGV und Art. 100 EGV unterschiedlich definiert. Eine Rechtsangleichung nach Art. 100 EGV ist dann zulässig, wenn die anzuleichenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten eine bestimmte Wirkung haben. Demgegenüber knüpft Art. 100a EGV an die Maßnahmen der Gemeinschaft an.

a) Nach Art. 100 EGV müssen die anzuleichenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten sich (1) unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Markts (2) auswirken. Ohne das erste Erfordernis (unmittelbar) wäre das zweite Erfordernis (auswirken) unbegrenzt. Das erste Erfordernis (unmittelbar) verwendet einen Ausdruck der Kausalitätstheorie (unmittelbare

oder mittelbare Ursachenbeziehung), der zwar in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wiederholt verwendet wird, wenn geeignetere Abgrenzungskriterien nicht zur Verfügung stehen, der aber kein aussagekräftiger Rechtsbegriff ist. Dementsprechend vielfältig sind die Deutungen für diesen Begriff.³

b) Art. 100a EGV verwendet hier eine andere juristische Eingrenzung. Er bezieht sich einmal (wie gesagt) auf die Maßnahme des Gemeinschaftsgesetzgebers (erste Abweichung von Art. 100 EGV). Er beschreibt diese Maßnahme darüber hinaus dahin, daß sie die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts "zum Gegenstand" hat.

c) Es ist wichtig zu erkennen, daß die auf den "Gegenstand" abstellende Definition des Art. 100a Abs. 1 Satz 2 EGV keine Steigerung, keine Qualifizierung gegenüber dem Erfordernis der "unmittelbaren Auswirkung" in Art. 100 EGV ist. Eine solche Betrachtungsweise verbietet sich schon deswegen, weil die Bezugspunkte beider wertender Einschränkungen unterschiedlich sind. In Art. 100 EGV wird das Hindernis für die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Markts auf der nationalen Ebene beschrieben. In Art. 100a EGV wird beschrieben, welchen "Gegenstand" die gemeinschaftsrechtliche Maßnahme hat, ob sie also eine auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts bezogene Maßnahme ist oder ob sie anderen Zwecken dient.

6. Ob die Gemeinschaftsmaßnahme nach Art. 100a EGV die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum "Gegenstand" hat, ist nur durch eine objektive Auslegung zu ermitteln.

a) Das Gebot der objektiven Auslegung bezieht sich nicht nur auf die Angleichungsmaßnahme selbst, für deren Bewertung es aus dem Blickwinkel des Art. 100a EGV nicht auf die subjektiven Absichten der rechtsetzenden Organe der Gemeinschaft ankommt, sondern auf deren Regelungsinhalt, der im Wege der objektiven Auslegung zu ermitteln ist.

b) Das Gebot der objektiven Auslegung bezieht sich auch auf Art. 100a EGV selbst. Das bedeutet, daß für dessen Auslegung nicht die Vorstellungen und Absichten der Verfasser dieser Vorschrift (im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akte, EEA) maßgeblich sind, sondern der objektive Gehalt der Vorschrift im Gesamtgefüge des Vertrags.⁴

3. Groeben/Thiesing/Ehlermann/Taschner, Art. 100 Anm. 28 ff., 30 ff.

Artikel 100a EGV als Grundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch

Diese objektive Auslegung ist schon deswegen geboten, weil Art. 100a EGV nicht nur eine Kompetenzvorschrift, sondern auch eine Verfahrensvorschrift ist und im Verhältnis der Spezialität insbesondere zu Art. 100 EGV steht. Kompetenzen und Verfahren können nur nach objektiven Kriterien abgegrenzt werden.

7. Das Gebot der objektiven Auslegung des Art. 100a Abs. 1 EGV darf nicht als eine starre, unveränderbare Abgrenzung mißdeutet werden.

a) Es braucht hier nicht auf den allgemeinen Gedanken zurückgegriffen werden, daß das Gemeinschaftsrecht sich in einem Zustand dynamischer Entfaltung befindet. Dieser Gedanke wäre angesichts des Charakters des Art. 100a EGV als Kompetenz- und Verfahrensvorschrift nur mit Zurückhaltung und Vorsicht anwendbar.

b) Auf diesen Gedanken braucht nicht zurückgegriffen zu werden, weil Art. 100a Abs. 1 EGV selbst mit seiner Bezugnahme auf das "Funktionieren" des Gemeinsamen Markts eine Entwicklung des Binnenmarkts voraussetzt. Er spricht das Entstehen eines Bedürfnisses für die Nutzung des Art. 100a EGV nach der Errichtung des Binnenmarkts an, ein Bedürfnis, das zuvor nicht bestanden hat; sonst wäre es schon für die "Errichtung" relevant gewesen.

Der Vorschrift des Art. 100a Abs. 1 EGV liegt nicht das lebensferne Konzept zugrunde, daß nach der Errichtung des Binnenmarkts alle Aufgaben erledigt sind und alle Beamten nach Hause geschickt werden können. Der Vorschrift liegt vielmehr das lebensnahe Konzept zugrunde, daß dann, wenn der Binnenmarkt errichtet ist, viele Probleme erst auftreten: Probleme des Funktionierens des Binnenmarkts, die auf der Grundlage des Art. 100a EGV gelöst werden müssen. Es ist in der Tat lebensnah anzunehmen, daß sich das Angleichungsbedürfnis nach der Errichtung des Binnenmarkts nicht nur auf einige vergessene Details bezieht, daß vielmehr die Dynamik des errichteten Binnenmarkts eine Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften erforderlich macht, die im Zeitraum der Errichtung des Binnenmarkts noch nicht als erforderlich erschien (eben weil es zunächst auf die Errichtung ankam).

8. Art. 100a Abs. 1 Satz 2 EGV spricht von einer "Angleichung" der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Dies könnte auf den ersten Blick zu der Annahme verleiten, es kämen nur Maßnah-

4. Pipkorn, Anm. 24 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs.

men des Gemeinschaftsgesetzgebers in Betracht, die auf der Ebene der Mitgliedstaaten zumindest möglich sind, weil nur dann von einer "Angleichung" gesprochen werden könne. Diese von dem Instrument der Richtlinie beeinflusste Annahme wäre indessen falsch.

a) Der Begriff der Maßnahme zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ist nicht materiell beschränkt in dem Sinne, daß die Gemeinschaft nur Maßnahmen ergreifen könnte, die die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht treffen könnten. Dieser bei der europäischen Aktiengesellschaft erwogene (und dort nicht zutreffende) Gedanke⁵ stammt gedanklich aus dem Bereich der Rechtsangleichung durch Richtlinie (also durch Doppelakt). Die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten wird nach Art. 100a Abs. 1 Satz 2 EGV durch "Maßnahmen" erreicht, nicht nur durch "Richtlinien" (wie bei Art. 100 EGV). Der Begriff "Maßnahmen" umfaßt aus dem Katalog des Art. 189 EGV nicht nur die Richtlinie, sondern auch die Verordnung. Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann daher durch unmittelbare Wirkung einen Rechtszustand schaffen. Art. 100a Abs. 1 EGV meint trotz des Wortes "Angleichung" bei objektiver Auslegung aber durchaus auch Maßnahmen, die eine nationale Regelung durch eine europäische ersetzen (ablösen) und die als solche von den Mitgliedstaaten für ihr nationales Gebiet nicht getroffen werden könnten.

b) Diese Überlegung soll hier nur die Reichweite des Art. 100a Abs. 1 EGV verdeutlichen. Für die Frage, ob Art. 100a EGV eine geeignete Rechtsgrundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch ist, kommt es hierauf nicht an, da die Mitgliedstaaten in ihrem Bereich (in der überwiegenden Zahl) Zivilgesetzbücher besitzen und die Angleichung (theoretisch) auch in der Weise vorgenommen werden könnte, daß die Mitgliedstaaten einen europäischen Kodex in ihr eigenes Recht übernehmen. Die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches ist daher auch nach der Auffassung jener Autoren möglich, die ein Handeln nach Art. 100a Abs. 1 EGV nur dort für möglich halten, wo auch die Mitgliedstaaten durch Erlaß entsprechender Rechts- und Verwaltungsvorschriften einen Rechtszustand gemäß der Gemeinschaftsmaßnahme schaffen könnten.

9. Daß eine Maßnahme nach Art. 100a Abs. 1 EGV auch erlassen werden kann, wenn sie das "Funktionieren" des (bereits errichteten) Bin-

5. Pipkorn, Anm. 40 n.w.Nw.

Artikel 100a EGV als Grundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch

nenmarkts zum Gegenstand hat, lenkt unseren Blick auf den Zeitpunkt, in dem das Europäische Zivilgesetzbuch geschaffen werden wird.

a) Die zeitlichen Annahmen hierfür differieren zwischen wenigen Jahren und einem Jahrhundert. Realistisch ist es, den Zeitraum zwischen 2007 und 2010 ins Auge zu fassen. Wie sieht der Binnenmarkt dann aus, was ist für das Funktionieren des dann existierenden Binnenmarkts erforderlich in dem Sinne, daß eine diesbezügliche Maßnahme das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand hat?

b) Diese Frage zeigt, daß wir die Möglichkeit, Art. 100a EGV für die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs nutzen zu können, nicht mit Vorstellungen beantworten dürfen, die den Zustand des Binnenmarkts im gegenwärtigen Zeitpunkt (oder gar in der Vergangenheit) betrachten. Art. 100a EGV verweist uns auf den Zustand des Binnenmarkts im Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme.

c) In den Jahren 2007 bis 2010 verfügt die Gemeinschaft bereits 10 Jahre lang über eine gemeinsame Währung. Die Globalisierung der Wirtschaft, des Geldwesens, des Verkehrs, des Tourismus, die Globalisierung der Friedenssicherung und der Bezüge zwischen kulturellen Identitäten wird, wie wir hoffen, weiter vorangeschritten sein.

d) Will man heute über die Nutzbarkeit des Art. 100a EGV für die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs nachdenken, bedarf es also einer Prognose der Entwicklung und einer Annahme hinsichtlich des Entwicklungsstandes im vorgestellten Handlungszeitpunkt (der ebenfalls angenommen werden muß).

10. Dies könnte zu der Überlegung Anlaß geben, ob Diskussionen über die Rechtsgrundlage im heutigen Zeitpunkt verfrüht sind, ob es nicht besser wäre, diese Diskussion zurückzustellen, bis sich eine Situation ergibt, die Konrad Adenauer mit den Worten zu beschreiben pflegte: "Meine Herren, die Lage ist da!" Eine Verschiebung der Diskussion ist aber deswegen nicht empfehlenswert, weil die gegenwärtig laufenden und nunmehr deutlich zu intensivierenden Arbeiten an einem Europäischen Zivilgesetzbuch von dem Gedanken überschattet werden, ob für eine solche Maßnahme überhaupt eine geeignete Rechtsgrundlage vorhanden sei. Diese Zweifel könnten sich lähmend auf die erforderlichen Vorbereitungsarbeiten legen und sie behindern. Deswegen ist es erforderlich, die Berechtigung dieser Zweifel zu untersuchen, also die Kompetenz-Diskussion schon heute zu führen.

11. Die Frage, ob Art. 100a EGV eine geeignete Rechtsgrundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch ist, richtet sich jedoch nicht nur darauf, ob die genannte Vorschrift als Kompetenzgrundlage und als Verfahrensregel für eine Verordnung zur schrittweisen Schaffung eines Europäisches Zivilgesetzbuchs genutzt werden kann. Sie bezieht auch auf die spezifischen Leistungsmerkmale des Art. 100a EGV im Vergleich zu anderen Rechtsgrundlagen.

a) Hier ist auf den ersten Blick zu erkennen, daß dann, wenn Art. 100a EGV eine zulässige (erlaubte) Rechtsgrundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch darstellt, keine andere Rechtsgrundlage in Betracht kommt, die ein vergleichbares günstiges Leistungsbild aufweist: Art. 100a EGV läßt, wie ausgeführt, eine Verordnung zu, nicht nur eine Richtlinie wie Art. 100 EGV. Art. 100a EGV schreibt die Mehrheitsentscheidung im Rat nach Art. 189b EGV vor, es ist daher keine Einstimmigkeit erforderlich. Eine Verordnung nach Art. 100a EGV braucht nicht (wie eine Richtlinie) umgesetzt oder (wie ein Vertrag auf der Grundlage der K-Vorschriften des Unionsvertrages) ratifiziert zu werden. Die Auslegungskompetenz des Gerichtshofs ist (anders als bei einem Vertrag nach den K-Vorschriften des Unionsvertrags) automatisch gegeben. Das Europäische Parlament ist in bestmöglicher Weise in die Schaffung des Europäisches Zivilgesetzbuchs einbezogen. Kurzum: Art. 100a EGV ist der absolute Star unter den in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen.

b) Rechtlich ist ein solcher "beauty-contest" zwischen den Rechtsgrundlagen aber unzulässig. Nach der bekannten Rechtsprechung des Gerichtshofs muß die spezielle Rechtsgrundlage des Art. 100a EGV genutzt werden, wenn sie für die betreffende Maßnahmen tragfähig ist. Dies ergibt sich daraus, daß aus Art. 100a EGV ein besonderes Verfahren (nach Art. 189b EGV) eröffnet, das den Verfahrensbeteiligten Mitwirkungsrechte sichert, die durch die Wahl einer anderen Rechtsgrundlage nicht ausgehebelt werden dürfen. Wenn also Art. 100a EGV eine Grundlage für eine Verordnung zur schrittweisen Schaffung eines Europäisches Zivilgesetzbuchs bietet, dann muß diese Vorschrift als Kompetenz- und Verfahrensgrundlage genutzt werden.

12. Unsere Analyse des Art. 100a EGV als mögliche Rechtsgrundlage für ein Europäisches Zivilrecht ist damit jedoch noch nicht abgeschlossen.

a) Die Regeln eines Europäisches Zivilgesetzbuchs betreffen die Angehörigen der Mitgliedstaaten in einer nicht spezifizierten wirt-

schaftlichen Rolle. Sie werden von den Regeln des europäischen Zivilrechts unabhängig davon erfaßt, ob sie Verbraucher, Kleingewerbetreibende, Freiberufler oder Kaufleute sind, ob es sich um Großunternehmen, mittelständische Unternehmen, gewerbliche Verbraucher oder Letztverbraucher handelt. Diese Funktionsfreiheit, diese Abstraktion wird in den Mitgliedstaaten durch die Bezeichnung "bürgerliches Recht" zum Ausdruck gebracht: Die Regelungen beziehen sich auf alle Wirtschaftsobjekte, für deren allgemeine Kennzeichnung der Begriff "Bürger" verwendet wird.

b) Dieser Begriff hat allerdings, wie hier nicht näher ausgeführt werden kann, noch weitere Konnotationen. In ihm schwingt das Element der Selbstbestimmung und der Freiheit von staatlicher Reglementierung mit (Privatrecht), ein Element der verfassungsrechtlich gesicherten Freiheit. Und in der Tat: Eine an den Grundrechten orientierte Ausgestaltung des Zivilrechts stellt eine sichere Verbürgung der Bürgerfreiheiten dar. Das Zivilrecht wird nicht nur von der Ausstrahlungswirkung des Verfassungsrechts beeinflusst und überformt. Es stellt bei grundrechtsgemäßer Gestaltung eine konkret befestigte Bastion der Bürgerrechte im Verhältnis zum Staat und zu den Mitbürgern dar, wobei sich hinter dem Begriff "Mitbürger" auch die mächtigen Instanzen im Wirtschaftsleben verbergen.

c) Das Gemeinschaftsrecht hat diesen umfassenden Begriff des Bürgers als eines Rechtssubjekts im Wirtschaftsleben ohne nähere Spezifizierung noch nicht entfaltet. Der Begriff des Unionsbürgers in Art. 8 bis 8e EGV bezieht die dortigen Regelungen auf natürliche Personen, nicht auf juristische. Die zu Gunsten des Unionsbürgers geschaffenen Regeln (Aufenthaltsrecht, Wahlrecht, Schutzrechte, Petitionsrecht) beziehen sich auf natürliche Personen, ergreifen also nur einen Teil der "Bürger" der Gemeinschaft, die wir (wegen der Überlegungen oben b) mit Widerstreben "Marktbürger" nennen wollen.

d) In Art. 100a EGV werden diese Marktbürger in einer besonderen Wirtschaftsrolle angesprochen, nämlich als Verbraucher. So heißt es in Art. 100a Abs. 3 EGV, daß die Kommission in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in dem Bereich des "Verbraucherschutzes" von einem hohen Schutzniveau ausgeht. Eine Komplementärregelung findet sich in Art. 129a EGV, wonach die Gemeinschaft einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus durch Maßnahmen leistet, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Art. 100a EGV erläßt. Zum Verbraucherschutz im Sinne dieser beiden Vertragsbestimmungen gehören auch Maßnahmen zur Wahrung der wirtschaftlichen

Interessen der Verbraucher, wie Art. 129a Abs. 1 Buchstabe b EGV für "spezifische Aktionen" klarstellt.

e) Nach Art. 100a EGV hat also eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten (die Errichtung und) das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand, wenn sie einen Verbraucherschutz im Bereich der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher auf hohem Schutzniveau verwirklicht.

f) Es ist daher nicht zu beanstanden, daß die EG-Kommission in ihrem "Verzeichnis der gemeinschaftlichen Texte im Bereich der Verbraucherpolitik (Stand: Oktober 1996) unter ihren Vorschlägen (S. 24 ff.) zivilrechtliche Angleichungs-Vorhaben nennt, wie die Richtlinien-vorschläge Fernabsatz, vergleichende Werbung, Unterlassungsklagen, Verbrauchsgüterkauf und -garantien.

g) Insbesondere der zuletztgenannte Richtlinienvorschlag "Verbrauchsgüterkauf und -garantien" erfaßt einen wesentlichen Teil des Zivilrechts, nämlich das Kaufrecht. Er regelt zwar nur bestimmte Teile des Kaufrechts (Mängelhaftung und Garantien; nicht andere Erscheinungsformen der Nichterfüllung und Mangelfolgeschäden). Dennoch muß man sagen, daß sich der Verbraucherschutz nunmehr schon bis in die innerste Bastion der Festung des Zivilrechts vorgearbeitet hat. Es ist daher an der Zeit, nicht etwa die weiße Fahne zu hissen, aber doch in Verhandlungen mit den Eindringlingen einzutreten. Die Interessen der Verbraucher werden im Rahmen einer nicht auf die spezielle Verbraucherfunktion abstellenden, abstrahierenden Regelung ebensogut oder besser gewährleistet als durch ein Verbraucher-Sonderrecht. Hiervon gilt es, die "Eindringlinge" zu überzeugen.

13. Für die Beurteilung der Reichweite des Art. 100a EGV ist aus diesem Teil der Betrachtung als wichtige Erkenntnis festzuhalten, daß zum Funktionieren des errichteten Binnenmarkts die Sicherung der wirtschaftlichen Position des Bürgers in seiner Eigenschaft als Verbraucher gehört. Verbraucherschutzregeln sind ihrem Gegenstand nach auf das Funktionieren des Binnenmarkts ausgerichtet.

a) Verbraucherschützende Regeln erfassen aber, weil jede Münze zwei Seiten hat, sowohl im Vertragsrecht als auch im Deliktsrecht die Marktgegenseite der Verbraucher, also die anbietenden Händler und die direkt an Verbraucher abgebenden Hersteller. Ein Verbraucherschutz auf hohem Niveau läßt also diesen Marktbürgern entsprechende Verpflichtungen auf.

b) Die Verbraucherschutzregeln können sich indessen nicht darauf

Artikel 100a EGV als Grundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch

beschränken, nur das Verhältnis zur jeweiligen Marktgegenseite zu regeln. So enthält der Vorschlag "Verbraucherkauf und -garantie" auch Regeln für den Durchgriff oder Rückgriff auf den werbenden Hersteller, obwohl der Verbraucher vom Händler gekauft hat.

c) Dies zeigt, daß der Bereich des "Verbraucherschutzes" von dem Bereich des Privatrechts zwischen den anderen Wirtschaftsbeteiligten nicht säuberlich getrennt werden kann. Hinzu kommen naheliegende Rückwirkungen der Verpflichtungen aus dem Verbraucherschutz auf die wirtschaftlich vorgelagerten Vertragsverhältnisse.

d) Wenn die Gemeinschaft also in einer (zulässigen) Weise den vertragsrechtlichen und deliktsrechtlichen Verbraucherschutz ausbaut, kann sich eine Lage ergeben, bei der das Funktionieren der Wirtschaft im Binnenmarkt eine generalisierende Regelung nahelegt, um (ich gebrauche ein Beispiel) aus dem Wirrwarr eines (1) Kaufrechts für Verbraucher, (2) eines Kaufrechts für Gewerbetreibende, die Nichtkaufleute sind, (3) eines Kaufrechts für Gewerbetreibende, die Kaufleute sind und (4) eines Kaufrechts für internationale Kaufverträge, die dem UN-Kaufrecht unterliegen, herauszukommen.

14. So kann sich der zivilrechtliche Verbraucherschutz (wie im Wettbewerbsrecht die Richtlinien im Bereich der irreführenden und vergleichenden Werbung) als ein Motor für die Entwicklung eines gemeinschaftsrechtlichen Zivilrechts erweisen.

II. Ein Europäisches Zivilgesetzbuch hat das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand

1. Die Sicherung eines hohen Verbraucherschutzniveaus hat deswegen das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand, weil der Vertrag den Unionsbürger mit dem Recht ausgestattet hat (Art. 8a EGV), sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Bereits vor der Schaffung dieser Vorschrift gewährleistete der Vertrag (Art. 48 ff. EGV) die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und sicherte durch die anderen Grundfreiheiten des Vertrags die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Reisen und Tourismus. Weil für alle diese Freiheiten die Sicherung des Verbraucherschutzes auf hohem Niveau im gesamten Bereich der Gemeinschaft eine wesentliche Bedingung ist, hat der Verbraucherschutz (einschließlich des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes) das Funktionieren des Binnenmarkts i.S.d. Art. 100a EGV zum Gegenstand.

2. Gilt diese Betrachtung nur für den Verbraucherschutz? Neuere Untersuchungen haben bestätigt, daß kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) die Vorteile des Binnenmarkts noch bei weitem nicht ausschöpfen.

a) Grund hierfür ist neben bürokratischen Hemmnissen auch die Rechtsunsicherheit, die sich bei "Auslandsgeschäften" ergeben (der Ausdruck ist für die Verträge zwischen Angehörigen verschiedener Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in einem Binnenmarkt nicht mehr zutreffend). Welche Rechtsordnung soll für den abzuschließenden Vertrag maßgeblich sein? Die Rechtsordnung des anderen Mitgliedstaats ist dem gedachten KMU unbekannt, eine Übersetzung in die eigene Sprache liegt nicht vor, der Hausanwalt des KMU kann keinen Rat geben. Er kennt weder die Regelungen im anderen Mitgliedstaat noch die diesbezügliche Rechtsprechung. Meist kennt er auch keinen dortigen Anwalt, dem er vertrauen kann und den er befragen könnte. Ein solcher ergänzender Rat wäre auch nur gegen Geld zu haben.

b) Mit der Wahl des maßgeblichen Rechts ist häufig auch der Gerichtsstand verbunden oder bei Schiedsverträgen die Bestimmung des Obmanns im Schiedsgericht. Für ein KMU ist es eine Vorstellung, die es vom grenzüberschreitenden Vertrag abhalten kann, daß es im Fall des Notleidendwerdens des Vertrags vor ein ausländisches Gericht gezerrt werden kann, und zwar zu den dort geltenden Bedingungen einschließlich der Verfahrenskosten.

c) Vergleicht man mit dieser Situation die Lage nach Schaffung des Europäischen Zivilgesetzbuchs, so ergibt sich, daß dessen Schaffung das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand hat: Die gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage läge beiden Parteien in ihrer jeweiligen Sprache vor. Die Auslegung wäre gemeinschaftsweit einheitlich; sie stünde unter der Kontrolle des Gerichtshofs. Fußangeln nationaler Auslegungsbesonderheiten, die weit in die Geschichte der nationalen Rechtsprechung zurückreichen, gäbe es nicht.

d) Die meist gegebene Verbindung zwischen anwendbarem Recht und Gerichtsstand wäre "entkoppelt". Die Maßgeblichkeit des Europäischen Zivilrechts entledigt die Rechtswahl ihrer Führerschaft für den Gerichtsstand. Über den Gerichtsstand könnte alsdann gesondert verhandelt werden. Insbesondere entfielen bei Schiedsgerichten die Notwendigkeit, den Obmann aus dem Rechtsbereich des anwendbaren Rechts zu wählen.

e) Ein erheblicher Teil der aufgezeigten Schwierigkeiten ist "psychologisch"⁶ in dem Sinne, daß diese Schwierigkeiten vom KMU höher

(gravierender) eingeschätzt werden, als sie tatsächlich sind. Andererseits handelt es sich nicht nur um psychologische Hemmnisse, sondern um durchaus reale. Die durchgeführten Umfragen belegen, daß die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen und die damit verbundenen Probleme substantielle Hemmnisse für den innergemeinschaftlichen Waren- und Leistungsverkehr darstellen und damit ein Problem für das Funktionieren des Binnenmarkts bilden.

3. Vertragspartner eines KMU sind aber nicht nur andere KMU, also Unternehmen etwa der gleichen Größenordnung, sondern auch größere Unternehmen, die sich durch allgemeine Geschäftsbedingungen ihre eigene "Privatrechtsordnung" geschaffen haben.

a) Die Gemeinschaft hat die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern zum Gegenstand der Richtlinie 93/13 EWG vom 5. April 1993 gemacht, die auf der Grundlage des Art. 100a EGV erlassen worden ist. Sie hat damit die Belastung der Verbraucher mit mißbräuchlichen Klauseln als Problem für das Funktionieren des Binnenmarkts anerkannt und eine diesbezügliche Regelung als eine solche anerkannt, die das Funktionieren des Binnenmarkts zum "Gegenstand" hat.

b) Anders als das deutsche Gesetz (§ 24 AGBG) ist der gemeinschaftsrechtliche Schutz gegen mißbräuchliche Klauseln noch nicht auf Gewerbetreibende, insbesondere KMU, ausgedehnt worden. Das Gemeinschaftsrecht steht einem entsprechenden Schutz von Gewerbetreibenden in den Mitgliedstaaten (wie nach dem deutschen AGBG) jedoch nicht im Wege, da es nicht einmal für den Verbraucherschutz eine "nach oben" abschließende Regelung enthält (Art. 8: Mindestschutz für den Verbraucher). Die Mitgliedstaaten können daher das Schutzniveau der Richtlinie ganz oder teilweise auch auf Gewerbetreibende ausdehnen. Eine solche Maßnahme bietet sich insbesondere zum Schutz von KMU gegenüber größeren Unternehmen an.

c) Einige Anzeichen sprechen dafür, daß sich die KMU in der Gemeinschaft ihrer besonderen Rolle in der Marktwirtschaft, aber auch ihres Schutzbedürfnisses besser bewußt werden. Es spricht daher viel für die Annahme, daß das Gemeinschaftsrecht den bereits in einigen Mitgliedstaaten (Beispiel: Deutschland) vollzogenen Schritt einer Einbeziehung von Gewerbetreibenden in den Schutz vor mißbräuchlichen Klauseln nachvollziehen wird.

6. Basedow, CMLR 1996, 1169/1181 ff.

d) Eine entsprechende Entwicklung läßt sich auch im Bereich der vorgeschlagenen Richtlinie "Verbraucherkauf und -garantie" erwarten. Damit wären bereits zwei von insgesamt drei Gruppen unserer Wirtschaft von Teilen einer gemeinschaftsrechtlichen Zivilrechtsordnung erfaßt: Die Verbraucher und die kleineren und mittleren Unternehmen (KMU). Die großen Unternehmen sowie die spezialisierten Unternehmen (insbesondere Banken, Versicherungen, Transportunternehmen, Energieversorgungsunternehmen) sind es ohnehin gewohnt, für sich selbst zu sorgen. Sie stehen einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung daher (weil unnötig, ja tendenziell ihrem Interesse zuwiderlaufend) distanziert bis ablehnend gegenüber.

e) Aus der Sicht der Gemeinschaft ist eine "Entfesselung" der KMU für den innergemeinschaftlichen Waren- und Leistungsaustausch ein so wichtiges Ziel, daß es in Verbindung mit dem ohnehin virulenten Verbraucherschutzgedanken ausreicht, um ein Europäisches Zivilgesetzbuch als Maßnahme anzusehen, die das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand hat (Art. 100a EGV).

5. Bei dem Europäischen Zivilgesetzbuch handelt es sich aus der Sicht des Funktionierens des Binnenmarkts allerdings um mehr als um ein Instrument zur Förderung des dem jeweiligen zivilrechtlichen Vertrag zugrundeliegenden Geschäfts. Man kann das Europäische Zivilgesetzbuch als ein "multifunktionales Instrument" bezeichnen. Dieser Aspekt wird in der gegenwärtigen Debatte zwar teilweise angesprochen, aber noch nicht in seiner Bedeutung für die Rechtsgrundlage des Art. 100a EGV erkannt⁷.

a) Ins Auge fällt natürlich die bisher erörterte erste Funktion, den Waren- und Leistungsaustausch, der mit dem zivilrechtlichen Geschäft bewirkt werden soll, zu gewährleisten und einen Verhaltensschutz im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse (sic, Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag, Delikt) zu sichern (Art. 30 ff. EGV).

b) Daneben tritt aber die zweite Funktion, die professionelle Leistung der Juristen in der Gemeinschaft über die Grenzen der Sprachen und nationalen Rechtsordnungen hinaus zu ermöglichen (Art. 59 ff. EGV).

Mit Recht wird darauf hingewiesen⁸, daß die Ausnahme des Art. 100a Abs. 2 EGV, wonach Absatz 1 nicht für die Bestimmungen über

7. Vgl. Basedow, S. 1183.

8. Ehlermann, CMLR 1987, 370; Grabitz-Langeheine EGV Art. 100a Anm. 20.

Artikel 100a EGV als Grundlage für ein Europäisches Zivilgesetzbuch

die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer gilt, überflüssig wäre, wenn die Verwirklichung des Binnenmarkts lediglich im Abbau des Freizügigkeitshindernisses bestünde. Vielmehr wird im Rückschluß aus Absatz 2 der Vorschrift deutlich, daß Absatz 1 von Art. 100a EGV die Schaffung eines hinreichend homogenen Umfelds für die Wirtschaftsteilnehmer in der Gemeinschaft sichern will⁹.

Daß die unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen in dem für den Wirtschaftsverkehr zentralen Privatrecht in Verbindung mit der unterschiedlichen Sprache ein kardinaler und massiver Hinderungsblock für die Entwicklung einer gemeinschaftsweit handelnden Juristenprofession ist, liegt so deutlich zutage, daß man sich eigentlich wundert, daß dieser Aspekt eines in allen Gemeinschaftssprachen vorliegenden Europäischen Zivilgesetzbuchs bisher so wenig beachtet worden ist. Das Privatrecht ist eben nicht nur Dienerin für den jeweiligen Waren- und Leistungsaustausch. Es ist zugleich Instrument für die Juristenprofession und für die Ausübung ihrer juristischen Dienstleistung.

Bekanntlich haben die zaghaften europarechtlich erzwungenen Änderungen im nationalen Anwaltsrecht zur Erleichterung des gemeinschaftsweiten Handelns von Anwälten keine wesentlichen Änderungen mit sich gebracht: Ein Anwalt aus anderen Mitgliedstaaten ist vor den Düsseldorfer Gerichten noch nicht gesehen worden. Der gegenwärtige Zustand für die Juristen-Dienstleistung in der Gemeinschaft entspricht daher einer absoluten Abschottung zwischen den Mitgliedstaaten. Auch deswegen hat das Europäische Zivilgesetzbuch das Funktionieren des Binnenmarkts im Sinne des Art. 100a EGV zum Gegenstand.

c) Häufiger erwähnt, wenn auch zu Unrecht ebenfalls nicht mit Art. 100a EGV in Verbindung gebracht, ist die dritte Funktion eines Europäischen Zivilgesetzbuchs (neben der Erleichterung des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und neben der Eröffnung einer gemeinschaftsweiten Professionalität der Juristenleistung): Die Bedeutung des Europäischen Zivilgesetzbuchs für die Juristenausbildung (Art. 59 ff. EGV bezogen auf die Dienstleistungen der Universitäten).

Hier braucht man nicht viele Worte zu verlieren. Die Gemeinschaftsprogramme zur Förderung des Studienaustausches (Erasmus und Folgeprogramme) haben bereits erfreuliche Ergebnisse gezeigt. Im Bereich der Juristenausbildung ist ein Studium im Ausland aber nach

9. Langeheine, aaO; Pipkorn Anm. 22.

Winfried Tillmann

wie vor zwar kein Orchideen-Studium, aber doch nur von geringem Wert für das Examen. Der Wert eines solchen Studiums in einem anderen Mitgliedstaat zeigt sich eigentlich erst bei der späteren Bewerbung um ein berufliches Angebot.

Daran wiederum zeigt sich, daß in der Gemeinschaft ein großes Bedürfnis für einen mit den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten bekannten jungen Juristen besteht. Die Motivation, in anderen EG-Mitgliedstaaten zu studieren, läßt sich aber wesentlich erhöhen, wenn der unmittelbare Nutzen des Studiums auch für die Ausbildung selbst und für das Examen erhöht wird, wenn also wenigstens der zentrale Bereich der Juristenausbildung, der Zivilrecht, gemeinsam ist. Die Gemeinschaft hat mit ihren Programmen zur Erleichterung des Studiums in anderen Mitgliedstaaten gezeigt, daß für das Funktionieren des Binnenmarkts ein Austausch in der professionellen Ausbildung wichtig ist. Dem kann nur zugestimmt werden.

Ein wesentliches Hindernis liegt in der noch nicht hinreichenden Kenntnis der Sprachen anderer Mitgliedstaaten. Dieses Hindernis läßt sich durch ein Studium in anderen Mitgliedstaaten leicht beheben. Insofern hängen die zweite Funktion (Bedeutung des Europäischen Zivilgesetzbuchs für die gemeinschaftsweite Juristen-Leistung) und die dritte Funktion (Bedeutung für die Juristenausbildung und eine Konkurrenz der juristischen Fakultäten der Universitäten) eng miteinander zusammen, obwohl es sich um gedanklich zu trennende Funktionsleistungen des Europäischen Zivilgesetzbuchs handelt.

6. Betrachtet man diese drei Leistungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs und versetzt man sich in Gedanken in den Zeitpunkt der Jahre 2007 bis 2010, so erscheint es mir sehr wahrscheinlich, daß in jenem Zeitpunkt die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs als eine Maßnahme angesehen wird, die das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand hat, weswegen die Kompetenzgrundlage und Verfahrensregelung des Art. 100a EGV gegeben wäre. Dem verehrten Freund Ole Lando wünsche ich sehr herzlich, daß er diesen Zeitpunkt in Frische und Gesundheit erlebt, um so die wertvolle Frucht seiner wissenschaftlichen und rechtspolitischen Leistung für Europa zu ernten.

Summary

1. Art. 100a (1) is related to the action of the community, not (as Art. 100) to the national laws as obstacles to the implementation of the common market.
2. The alternative “functioning” is related to the time after the implementation. It has a dynamic character, because the functioning of an internal market is a continuous process.
3. Therefore, the question of a use of Art. 100a arises at the time, when the European Civil Code will be implemented.
4. Art. 100a, allowing for an ordinance, is the only useful basis for the European Civil Code.
5. Art. 100a must be used, if it can be used.
6. Art. 100a can, as it says, be used for consumer-protection (s. Art. 129a). Civil law consumer-protection is the motor for a European Civil Code.
7. Not only the consumers, but also the small and medium size enterprises have a strong interest in the European Civil Code. The present difference of national legislations (including languages, fees) is an obstacle for cross-boarder activities of such enterprises.
8. Small and medium sized enterprises have also a strong interest in the protection against private law-power of big enterprises.
9. A European Civil Code is a multi-functional instrument.
 - a) It helps in the exchange of goods and services (Art. 30).
 - b) It has a fundamental importance for the community-wide professional services of lawyers (Art. 59).
 - c) It has a great importance for the education of community-oriented young lawyers.
10. Assuming that the time for implementation of a European Civil Code (possibly: in steps) will be between 2007 and 2013, Art. 100a will be the correct basis for implementation.