

DE FORENEDE NATIONERS KONVENTION OM AFTALER OM INTERNATIONALE KØB: RETSKILDER, FORTOLKNING OG UDFYLDNING

RENÉ FRANZ HENSCHEL, ÅRHUS UNIVERSITET 1997

INDLEDNING	3
KAPITEL 1 INTERNATIONALE KØBS REGULERING I DANMARK.....	4
1.1. INTERNATIONALE KØB	4
1.2. FORMELLE OG MATERIELLE REGLER FOR INTERNATIONALE KØB I DANSK RET	4
1.3. OVERORDNET OM CISG ANVENDELSESOMRÅDE	5
1.4. DEN DANSKE RATIFICERING AF CISG	6
KAPITEL 2 TRAKTATER I DANSK RET	7
2.1. TRAKTATERS OPFYLDELSE, FORTOLKNING OG RETSKILDEMÆSSIGE STATUS I DANSK RET	7
2.2. FORHOLDET MELLEM FOLKERET OG NATIONAL RET	9
KAPITEL 3 DEN JURIDISKE METODE	11
3.1. INDLEDNING	11
3.1.2. <i>Retskilder, fortolkning og udfyldning.....</i>	<i>11</i>
3.2. DOMMEREN SOM REFERENCE FOR RETSKILDEBESKRIVELSEN – DIREKTIVVÆGTNINGEN	13
3.3. “ENHVER” SOM REFERENCE FOR RETSKILDERS BESKRIVELSE - RELEVANSVÆGTNINGEN	15
3.4. RETSKILDELÆREN OG RETSOMRÅDER.....	16
3.5. RETSKILDELÆREN OG RETSSYSTEMET: DEN JURIDISKE METODES NATIONALE SÆRPRÆG, OG UDVIKLINGEN SOM FØLGE AF INTERNATIONALISERINGEN	18
3.5.1. <i>Påvirkninger fra fællesskabsretten</i>	<i>18</i>
3.5.2. <i>Påvirkningen fra anden ikke-national ret. Dualitetsprincippet og suverænitstanken.....</i>	<i>19</i>
3.6. DEN ”INTERNATIONALE RETSKILDEMETODE”	20
3.7. KONKLUSION	22
KAPITEL 4. DEN AUTONOME OG DYNAMISKE KONVENTIONSFORTOLKNING	24
4.1. KONVENTIONENS ARTIKEL 7.....	24
4.1.1. <i>Hensynet til konventionens internationale karakter.....</i>	<i>25</i>
4.1.2. <i>Behovet for at fremme en ensartet anvendelse af konventionen.....</i>	<i>26</i>
4.2. RELEVANTE RETSKILDER VED FORTOLKNINGEN OG UDFYLDNINGEN AF CISG	27
4.2.1. <i>Konventionsteksten</i>	<i>28</i>

4.2.2. Forarbejder.....	29
4.2.2.1. Internationale forarbejder	29
4.2.2.2. Nationale forarbejder.....	30
4.2.3. Retspraksis og juridisk teori	31
4.2.4. Almindelige retsprincipper, grundsætninger og sædvaner	32
4.3. HENSYNET TIL GOD FORRETNINGSSKIK I INTERNATIONAL HANDEL	33
4.4. GENERELLE RETNINGSLINIER FOR HVILKE FORTOLKNINGSMETODER DER SKAL ANVENDES VED FORTOLKNINGEN OG UDFYLDNINGEN AF CISG PÅ BAGGRUND AF ARTIKEL 7, STK. 1	34
4.4.1. Grammatisk, logisk og systematisk fortolkning. Indskrænkende ctr. udvidende fortolkning ..	34
4.4.2. Den historiske, teleologiske og komparative fortolkning.....	35
4.5. UDFYLDNING MED ALMINDELIGE GRUNDSÆTNINGER JF. ART. 7, STK. 2.....	36
4.5.1. UNIDROIT principperne for internationale kommercielle kontrakter og deres samspil med CISG	39
KAPITEL 5 FORTOLKNING OG UDFYLDNING I RETSPRAKSIS.....	41
5.1. INDLEDNING	41
5.2. FORTOLKNING UNDER HENSYN TIL KONVENTIONENS INTERNATIONALE KARAKTER, OG HENSYNET TIL AT FREMME EN ENSARTET ANVENDELSE AF DEN	41
5.3. GYLDIGHEDSSPØRGSMÅL	44
5.3.1. Indenlandsk eller konventions-autonom kvalifikation af de operationelle fakta, og den funktionelt adækvate løsningsmodel.	46
5.3.2. Aftaler, hvor prisen på varen ikke er udtrykkeligt eller stiltiende fastsat	48
5.3.3. Vildfarelser og opfyldeshindringer.....	49
5.4. ARTIKEL 5 OG ERSTATNING I OG UDEN FOR KONTRAKT	50
5.5. HENVISNING TIL KONVENTIONSGRUNDSÆTNINGER OG UNIDROIT-PRINCIPPERNE	53
5.6. AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER	54

INDLEDNING

Formålet med denne afhandling er at analysere retskilder, fortolkning og udfyldning ved anvendelsen af De Forenede Nationers konvention om aftaler om internationale køb, ud fra såvel en national som en konventions-autonom synsvinkel. Konventionen indeholder i artikel 7 direktiver om fortolkning og udfyldning af selve konventionen. Det nærmere indhold og rækkevidden af denne artikel er i sig selv underlagt en fortolkning, og er genstand for stor diskussion i den juridiske verden. Det er ambitionen med denne afhandling at klarlægge indholdet af bestemmelsen, både i form af at fremhæve de områder hvor der er bred konsensus omkring forståelsen af denne, men også at fremdrage de tvivlsomme områder, hvor et resultat ikke umiddelbart fremgår af det relevante materiale.

I relation hertil er afhandlingen også en undersøgelse af, hvad der kan anses for reguleret af konventionen, og hvad der må være anset for overladt til national ret. Dette aspekt inddrager overvejelser, som både har baggrund i konventionens formål og sigte, men også hvad der må anses forbeholdt national ret at regulere, hvorfor de nationale forfatnings- og lovgivningsmæssige forhold her skal tages i betragtning.

Da retsanvendelsen i Danmark bygger på en national juridisk metode, er det relevant at undersøge, om denne er velegnet ved anvendelsen på konventionen, eller om det konventionsretlige direktiv om fortolkning kræver et andet metodemæssigt indhold lagt til grund. I forlængelse af dette kan den konventionsautonome metode undersøges, og principperne for retskilder, fortolkning og udfyldning kan beskrives. Endeligt kan den praktiske anvendelse af konventionen analyseres, for at undersøge, hvilket indhold og hvilken rækkevidde konventionens artikel 7 tillægges ved retsanvendelsen i konventionsstaterne. Det er på denne baggrund, at afhandlingens systematik skal forstås.

Jura i almindelighed, og fortolkning og udfyldning i særdeleshed, er ikke eksakte videnskaber. Det er derfor denne afhandlings ambition, ved illustration med konkrete tilfælde, at udstikke generelle retningslinier for hvilke retskilder samt hvilke principper

for fortolkning og udfyldning der bør lægges til grund ved konventionens anvendelse ved danske domstole. Anvendelsen af disse retningslinier i det enkelte tilfælde vil fordrer en konkret vægtning og bedømmelse, set i forhold til de faktiske og retlige omstændigheder.

KAPITEL 1 INTERNATIONALE KØBS REGULERING I DANMARK

1.1. Internationale køb

I dansk ret anses et køb traditionelt for internationalt, når kontraktens parter har bopæl eller forretningssted i hvert sit land, og/eller når genstanden for aftalen og/eller leveringsstedet, befinder sig i et andet land.[1] International handel, herunder internationale køb, er globalt set genstand for regulering af både de stater, hvortil parterne eller salgsgenstanden anses havende relation, i form af national ret, og for regulering af international ret, i form af både skreven og uskreven ret, f.eks. traktater, modelkontrakter og lex mercatoria. Kilderne til regulering af den internationale købeaftale kan altså, afhængig af aftalens nærmere tilknytning og kvalifikation, findes i såvel national[2] som i international ret.

1.2. Formelle og materielle regler for internationale køb i dansk ret

Ved afgørelsen af, hvilke regler der skal regulere den internationale købeaftale, skal det bestemmes, hvilket lands domstole der har kompetence til at behandle sagen, og hvilket lands lov der skal benyttes. De formelle regler om internationale køb i dansk ret findes for så vidt angår domstolskompetencen i blandt andet domskonventionen[3] jf. retsplejelovens § 247, og uden for denne konventions område i retsplejelovens § 246, medens lovvalget bestemmes efter danske internationale privatretlige regler herunder

anvendelse af Haagerkonventionen om løsørekøb og Romkonventionen om kontraktsretlige forpligtelser.[4] Hvis retsreglerne i de lande iblandt hvilke lovvalgsspørgsmålet opstår er identiske, eller i det mindste på visse områder identiske, mister lovvalgsspørgsmålet betydning, idet retsreglerne er ensartede eller uniforme.[5]

De materielle regler for køb i dansk ret findes i den indenlandske købelov fra 1906, for så vidt angår aftaleindgåelse, ugyldighed m.m. i aftaleloven samt i den internationale købelov, der inkorporerer[6] den internationale køberetlige konvention, CISG. Med denne konvention har et stort antal lande[7] skabt ensartede regler på det internationale køberetlige område.

1.3. Overordnet om CISG anvendelsesområde

FN's konvention om aftaler om internationale køb (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), forkortet CISG, trådte i kraft i Danmark den 1. marts 1990. Opfyldes betingelserne for anvendelsen af CISG, jvf. dennes art 1-6 og lov om internationale køb § 2 og § 5, gælder konventionens bestemmelser for aftalen, og ikke den danske indenlandske købelov, jf. købelovens § 1a, stk. 4 og lov om internationale køb § 3, idet det dog fremgår af art. 6, at konventionen og de enkelte bestemmelser er deklaratoriske.[8] Danmark har valgt ikke at ratificere konventionens anden del der omhandler indgåelse af internationale købeaftaler, jf. art. 92. Endvidere har Danmark taget et såkaldt nabolandsforbehold jf. art. 94, idet konventionen ikke skal gælde for køb mellem parter, som er bosiddende eller har forretningssted i Norge, Sverige, Finland, Island eller Danmark.[9]

Art. 92-reservationen begrundes med, at konventionens bestemmelser om aftaleindgåelse blev anset for at være for forskelligartede fra de danske regler i aftaleloven, og at reglerne ville skabe usikkerhed om aftalelovens regler om gyldighed[10]. Denne konstatering overså imidlertid det faktum, at reglerne om aftaleindgåelse ofte skal anvendes, når der er tale om en udenlandsk sælger og en dansk køber, jf. CISG art. 1, stk. 1 litra b, idet de danske IPR-regler kan føre til anvendelsen af

et andet lands lov, som har ratificeret hele CISG .[11] Derfor kan de danske retsanvendere ikke ignorere disse regler.

Nabolandsforbeholdet blev taget for at tilgodese den nordiske retsenhed på det køberetlige område. Denne forudsætning er imidlertid nu delvist bristet, idet Norge, Sverige og Finland har indført nye købelove der er kraftigt påvirkede af reglerne i CISG.[12] Dette kan have in mente ved anvendelsen af konventionen i Danmark. Reelt gælder der således i dansk køberet to[13] købelove, nemlig CISG vedrørende internationale løsøre køb, og købeloven når det gælder indenlandske køb[14] samt internationale køb, som ikke er omfattet af CISG anvendelsesområde, jf. lov om internationale køb § 3 modsætningsvist.[15] Herudover vil danske domstole skulle benytte andre køberetlige regler end de i dansk ret gældende, når udenlandsk ret, der ikke omfatter CISG skal lægges til grund jf. internationalt privatretlige regler.[16]

1.4. Den danske ratificering af CISG

CISG blev efter intensivt, forudgående arbejde vedtaget enstemmigt på en diplomatisk konference i Wien den 10. april 1980. Repræsentanter fra 62 lande deltog i konferencen, herunder Danmark, som havde sendt en delegation, der formelt repræsenterede den danske regering. Konventionen trådte i kraft d. 1. januar 1988. Konventionens art. 100, stk. 2., bestemmer, at den træder i kraft for en stats vedkommende, når denne ratificerer eller på anden måde godkender traktaten. Denne ratificering skete for Danmarks vedkommende i 1989, med ikrafttræden 1 år senere, den 1. marts 1990.

Inkorporeringen jf. den internationale købelov § 1 skete jf. grundlovens § 19, stk. 1, 2. pkt. om regeringens kompetence i mellemløselige anliggender, som kræver Folketingets samtykke til at indgå en forpligtelse, til hvis opfyldelse dettes medvirken er nødvendig, eller som i øvrigt er af større betydning. Folketingets medvirken var nødvendig, idet der krævedes lovgivning for at opfylde traktatens indhold i dansk ret, nemlig den internationale købelov, som ved henvisning inkorporerede CISG i dansk ret.[17] Dansk indenlandsk ret stemte ikke overens med konventionens regler, selvom

flere bestemmelser har samme retlige indhold som tilsvarende danske bestemmelser. Endvidere kan det anføres, at konventionens regler har større betydning for Danmarks internationale handel i almindelighed, og for retsreglerne i særdeleshed.[18]

Grundlovens § 19 omhandler altså - blandt andet - indgåelse af traktater, og fastslår at disse bindende kan indgås af regeringen.[19] Det er genstand for diskussion i teorien om en traktat jf. grundlovens § 19 kan have internretlige virkninger, uden at folketinget har været inddraget i beslutningsprocessen, men der er i dansk ret i hvert fald en tradition for, at opfyldelsen af traktater kræver en inkorporering, og at en indgåelse af en traktat derfor med udgangspunkt i grundlovens § 19 ikke er nok til automatisk at medføre internretlige virkninger.[20]

Inkorporeringen medfører visse retsvirkninger, som både kan fastlægges i forhold til national indenlandsk ret og i forhold til international ret. Dette undersøges i det følgende.

KAPITEL 2 TRAKTATER I DANSK RET

2.1. Traktaters opfyldelse, fortolkning og retskildemæssige status i dansk ret

De folkeretlige reglers hovedområde er reguleringen af forholdet mellem folkeretlige retssubjekter, nemlig statsdannelserne.[21] I denne forstand er CISG en folkeretlig traktat, idet målet for aftalen på overordnet plan er at regulere handlen mellem de deltagende konventionslande.[22] Udgangspunktet for opfyldelsen i dansk ret vil derfor være Wienerkonventionen om traktatrettens (herefter omtalt traktatkonventionen) art. 26, som bestemmer: "Enhver ikrafttrædende traktat er bindende for dens deltagere og skal opfyldes af dem i god tro" og art. 27: "En deltager må ikke påberåbe sig bestemmelser i sit interne retssystem til retfærdiggørelse af sin undladelse af at opfylde en traktat"[23]. Midlet til dette er ved på statsniveau at indføre materielle

køberetsregler, som skal have internretlige virkninger i de deltagende stater ved at gælde som konventionsstatens internationale købelov på et nærmere defineret område.[24] CISG retter sig altså ikke alene til de primære folkeretssubjekter, staterne, men også til de sekundære retssubjekter, nemlig fysiske og juridiske personer. Dette fratager dog ikke reglerne deres karakter af folkeret, og staten begår folkeretsbrud hvis de ikke følges.[25]

Opfyldelsen af CISG kan i princippet ske på tre måder i de forskellige konventionslande: generel inkorporering, speciel inkorporering og omskrivning[26]. Ved generel inkorporering bliver traktaten ved den folkeretlige vedtagelse umiddelbart en bestanddel af intern ret, og de folkeretlige fortolkningsmetoder skal benyttes ved anvendelsen.[27] Ved omskrivningsmetoden omskrives den folkeretlige forpligtelse til en national regel, eventuelt ved en omskrivning til statens eget sprog, men dette kan sløre at der er tale om en folkeretlig regel og medføre fortolkningstvív. Stadig gælder dog, at den totale folkeretlige forpligtelse ikke herved må ændres.[28] Blandt CISG-landene har Norge omskrevet konventionsteksten ind i den norske købelov, hvilket har medført fortolkningsvanskeligheder og besvær med at udfinde den rette folkeretlige forpligtelse i forhold til konventionens autentiske affattelse.[29]

I Danmark er det materielle indhold af bestemmelserne som nævnt blevet en del af intern dansk ret efter inkorporering jf. den internationale købelov og grundlovens § 19. Betænkning nr. 682 fastslår generelt at “I anvendelsen af inkorporationsmetoden indlægges normalt, at den folkeretlige forpligtelse fuldt og helt inddrages i den interne retsanvendelse, således at det er traktatens autentiske sprog, dens forarbejder, folkeretlige fortolkningsprincipper m.v. der skal lægges til grund af de nationale retsanvendende myndigheder”.[30] Ved speciel inkorporation er traktaten imidlertid “givet” den interne ret af den nationale lovgivningssuveræn, hvorved baggrunden for traktaten ikke alene er dens folkeretlige vedtagelse og eksistens.[31] Herved sker anvendelsen og fortolkningen ej heller nødvendigvis alene efter folkeretlige principper, men efter kombinerede folkeretlige og nationale principper, hvilket kan få indflydelse på traktatens fortolkning og rangmæssige placering.[32] Man kan også anskue dette ud fra den synsvinkel, at traktaten ved generel inkorporering er placeret over de

internretlige fortolkningsregler, dvs. en vertikal model, mens den specielle inkorporering eller transformationen placerer traktaten iblandt anden intern ret på samme retskildemæssige trin som gennemførelsesakten,[33] dvs. en horizontal anskuelsesmåde - folkeret og intern ret står "på samme trin". Som Ole Espersen imidlertid påpeger, er det ikke sikkert, at forskellen på de to teorier alligevel er så stor: forskellen vedrører mere graden af den umiddelbarhed[34] hvormed traktater lægges til grund i national ret, og ikke så meget de umiddelbare retsvirkninger, herunder fortolkningsproblematikken, som ikke bliver væsensforskellig, om man benytter den ene eller den anden teori.[35] Hertil kan anføres, at dette er korrekt for så vidt angår forpligtelsen til at opfylde traktaten i god tro, men ved en praktisk anvendelse af en konvention vil udsagnet ofte være alt for generelt til at virke ledende ved udfindelsen af fortolkningsresultater. Hertil knytter traktatkonventionen da også fortolkningsregler, og CISG udmærker sig her ved at have en speciel fortolkningsregel i art. 7, som fastlægger visse hensyn ved de nationale domstoles fortolkning og anvendelse af konventionen. Indholdet og retsvirkninger af denne bestemmelse vil nærmere blive analyseret nedenfor i kapitel 4 om den autonome konventionsfortolkning .

Forholdet er altså, at der kan være et kompliceret sammenspil af nationale og internationale retskilde- og fortolkningsprincipper ved opfyldelsen af traktater i national ret, hvilket naturligt vil udkrystalisere sig f.eks. når der er forskel i indholdet af henholdsvis en national og en international rets- eller fortolkningskilde.[36]

2.2. Forholdet mellem folkeret og national ret

Forskellen i opfyldelsesskridt er afhængige af landets forfatning og sædvane[37] og kan også ses som et udtryk for en enten dualistisk eller monistisk opfattelse af folkeretten. Førstnævnte anser folkeret og intern ret for adskilte systemer, og dette kræver speciel inkorporering, mens den sidste anser dem for en "del af det samme retssystem", hvor generel inkorporation er hovedreglen[38]. Imidlertid er denne diskussion ud fra et generelt synspunkt til dels overflødig, idet et land altid selv er herre over, om det vil begå folkeretsbrud eller ej[39], og som Claus Gulmann, John Bernard og Tyge

Lehmann anfører, så må det principielt fastholdes, at den nationale beslutningstager må hente konfliktløsningsreglen i sit eget retssystem.[40] På det praktiske plan kan dette have relevans for hvilken fortolkning, retsanvenderen beslutter sig for. Her viser forskellen sig især, når der er uoverensstemmelser mellem indholdet af de folkeretlige og de nationale retskilde- og fortolkningsregler, og derfor vil en multilateral konventionen som CISG ofte få forskellige fortolkninger i de forskellige konventionsstater. Hvis CISG derfor kræver en bestemt fortolkning lagt til grund, bliver spørgsmålet, hvordan denne fortolkningsløsning skal anskues, set i forhold til den nationale konfliktløsningsregel mellem folkeret og national ret. Problemet kan både opstå i relation til fortolkning, men også i relation til det materiale som man lægger til grund ved udfindelsen af løsningen på det konkrete retsspørgsmål.

Ovenstående betragtninger har - med udgangspunkt i Ole Espersens doktordisputats fra 1970 samt Claus Gulmanns, John Bernhards og Tyge Lehmanns fremstilling af folkeretten - primært haft sigte på traktaters placering i dansk ret. Ole Espersen foretager i § 12 en lille justering af Alf Ross' retslære, idet Espersen mener, at man ikke kan skelne klart mellem retskilde- og fortolkningsprincipper: hvis dommeren i sin afgørelse tager hensyn til traktater, da vil de også udgøre en retskilde, og dermed en del af gældende dansk ret. Herved kan man også karakterisere traktater som en del af intern gældende ret.[41] Spørgsmålet er i virkeligheden med hvilken styrke disse traktatbestemmelser og dette fortolkningsmateriale indgår med i det grundlag, hvorpå dommeren træffer sin afgørelse.[42]

I relation til fortolkningen af CISG jævnfør dennes artikel 7 fremføres det, at man skal benytte den autonome konventionsfortolkning, dvs. fortolke CISG selvstændigt på dens egne præmisser, uafhængigt af nationale begreber og metoder. Hvis spørgsmålet om retskilder og fortolkning antages at være sammenfaldende, synes en autonom fortolkning umiddelbart at måtte forudsætte en autonom retskildelære. Endvidere vil en sammensmeltning af retskilde- og fortolkningslæren medføre, at det bliver relevant at se på med hvilken vægt henholdsvis nationalt og internationalt retskilde- og fortolkningsmateriale generelt og konkret vil indgå med i fortolkningen og udfyldningen af CISG, herunder om der er materiale som retsanvenderen skal lægge til

grund for at have et korrekt grundlag at træffe afgørelse på. Dette kræver en stillingtagen til det referenceperspektiv, som anlægges, når man skal bedømme hvilket materiale der bør indgå i grundlaget for retsanvenderens afgørelse.

KAPITEL 3 DEN JURIDISKE METODE

3.1. Indledning

I den danske teori om retskildelære og fortolkning findes ingen absolut faste definitioner af de begreber man opererer med. Dette skal tages i betragtning ved den følgende gennemgang som - emnets karakter og omfang taget i betragtning - kun kan siges at trække nogle hovedlinier op for at gøre retsanvenderen opmærksom på de forskellige tilgangsvinkler til den juridiske metode som findes. De forskellige udgangspunkter vil kunne få betydning for hvilket materiale og hvilke principper, man lægger til grund ved udfindelsen af det materiale og de principper, som skal lægges til grund ved anvendelsen af CISG. Spørgsmålet er også, om distinktionen mellem retskilder, fortolkning og udfyldning har nogen teoretisk og/eller praktisk begrundelse, eller om begreberne flyder sammen.

Som konsekvens af ovenstående vil dette kunne have følger for, om retsanvenderen vælger løsning "A" eller løsning "B" som det – efter retsanvenderens mening – korrekte resultat i det konkrete tilfælde ved anvendelsen af CISG.

3.1.2. Retskilder, fortolkning og udfyldning

Man skelner traditionelt mellem retskildefaktorer og retskildeprincipper. Almindeligvis beskrives retskildefaktorer i dansk juridisk teori som de faktorer, der danner grundlag for den regel, som lægges til grund ved en stillingtagen i det konkrete retstilfælde.[43] Af retskildefaktorer kan f.eks. nævnes love og retspraksis. Retskildeprincipperne regulerer overordnet, hvordan man skal afveje og prioritere mellem kildefaktorerne. Et

eksempel på et retskildeprincip er lex superior-princippet, som prioriterer mellem forskellige retskildefaktor, mens andre principper vedrører afvejningen og rækkevidden af retskildefaktorerne fx.. lex specialis-reglen. Samlet behandles retskildeprincipperne og retskildefaktorerne under begrebet retskilderne[44], og reglerne om fortolkning behandles oftest i forbindelse hermed.

Når man har fastlagt de faktorer, der er relevante for at fastsætte reglen, samt deres prioritering og afvejning i det konkrete tilfælde er det ikke sikkert, at reglens umiddelbare meningsindhold fremtræder klart og utvetydigt. For at udfinde dette konkrete meningsindhold, benytter retsanvenderen fortolknings- og udfyldningsprincipperne. Hertil kan man ikke alene lægge vægt på selve retskildematerialet under brug af afvejnings- og prioriteringsprincipperne, men også på andre faktorer, som under ét kaldes fortolkningsmaterialet. Dette fortolknings- og udfyldningsmateriale fastlægges også ud fra, om det kan anses for relevant[45] for fastlæggelsen af meningsindholdet. Man taler her om, at tolkningshensyn bestemmer relevansen af de enkelte tolkningsfaktorer eller tolkningsdata. Her er der en snæver forbindelse mellem retskildelæren og fortolkningslæren[46], og grænserne mellem dem er flydende.[47] Som følge heraf har visse teoretikere endog opgivet sondringen mellem retskilde- og fortolkningslæren på grund af den nære sammenhæng[48], og man ser da også relevansvurderingen anlagt ved både retskilde- og fortolkningssspørgsmål. Dette vil blive behandlet nærmere nedenfor i afsnit 3.6. om den ”internationale retskildemetode.”

Vurderingen af hvilke data, der kan anses for relevante ved udfindelsen af det konkrete meningsindhold af reglen ved fortolkning, er imidlertid ikke nødvendigvis den samme relevansvurdering, som lægges til grund ved vurderingen af, hvad der anses for værende en retskilde, altså må man igen skelne mellem retskilder og fortolkningsmateriale. Dette afhænger af den vægt, som man tillægger retskilden, især om visse retskilder anses obligatoriske, fakultative eller ligefrem ikke-tilladelige ved udfindelsen af reglen. Bag denne opfattelse ligger, at retsanvenderen kan træffe en afgørelse på et ukorrekt grundlag, og måske også træffe en ukorrekt afgørelse. Heraf følger, at man kan overveje om et ukorrekt grundlag som eventuelt følges af en ukorrekt afgørelse kan sanktioneres.

I dansk ret forefindes ingen lovbestemmelser, som direkte normerer indholdet af den juridiske metode.[49] I stedet finder denne normering sted i praksis, herunder domstolspraksis, men også den juridiske teori har høj grad beskæftiget sig med de teoretiske og praktiske sider af retskilde- og fortolkningslæren.[50]

3.2. Dommeren som reference for retskildebeskrivelsen – direktivvægtningen

I teorien fortolkes begrebet retskilder af visse forfattere snævert, hvorefter retskilder kun bør udgøres af de faktorer og principper, som dommeren tager i betragtning ved formuleringen af og/eller valget af den regel, afgørelsen baseres på.[51] Andre forfattere giver en bred definition, hvorefter retskilderne udgør indbegrebet af de faktorer, som enhver der skal tage stilling til juridiske spørgsmål bør tage i betragtning ved formulering og valg af regler.[52] Vurderingen af hvilke retskilder der skal tillægges betydning og med hvilken vægt, afhænger af hvilken teoretisk eller praktisk synsvinkel man anlægger samt hvilket retsområde man bevæger sig inden for.

Den almindelige retskildelære søger at beskrive de faktorer og principper, som erfaringsmæssigt findes inden for alle veludviklede retssystemer, mens den dogmatiske retskildelære tilstræber at belyse de enkelte kilder og deres relative vægt inden for det enkelte retssystem. [53] Forskellen ligger i, at den almindelige retskildelære er en retsfilosofisk disciplin, som søger at finde almene normer, medens den dogmatiske retskildelære særligt tager sigte på at udfinde de gældende retskilderegler.[54] De senere års retskildeteoretikere tilslutter sig i høj grad den dogmatiske retskildelære.[55] Bag forskellen i vurderingen af om det er dommeren eller enhver, som retskildebeskrivelsen relaterer sig til, ligger implikationer for udvælgelsen, vægtingen og legitimeringen af de bestemte retskilder.

Alf Ross mente i hovedsagen[56], at retskilderne var at anse som direktiver til dommeren om at følge bestemte retskildefaktorer eller retskildeprincipper ved retsanvendelsen, og at de derfor måtte være en del af gældende ret. Senere modificerede

Ross dette synspunkt: i det mindste var dommernes handlen efter et bestemt retskildemønster en begrundelse for retskildelæren.[57] Ross opstillede et begrænset retskildekatalog, som ikke var rangordnet, men principielt ligestillet.[58] På samme måde mener W. E von Eyben[59] og Morten Wegener[60], at man ud fra den synsvinkel at det i sidste ende er domstolene som endeligt normerer retten jf. grundlovens §§ 3 og 63, kan bestemme retskilderne som dem, der på det aktuelle tidspunkt vil blive anerkendt af domstolene som værende en retskilde - altså en vurdering af retskildernes legitimering ud fra en tanke om en lovgivningssuveræn. Dette fører imidlertid til en cirkelslutning: en retskilde udgøres af det, som dommeren lægger vægt på, og det som dommeren skal lægge vægt på, kategoriseres netop som en retskilde. Morten Wegener tillægger dog ikke retskilderne vægt som direktiver, men i stedet som retligt sanktionsløse anvisninger til dommeren om korrekt retsanvendelse.

Hvad enten man opfatter retskilderne som direktiver rettet til dommeren, eller dog at retskildelegitimeringen udspringer af dommerens anvendelse heraf, så er den bagvedliggende synspunkt retspositivistisk. Heri ligger at de af den nationale lovgivningssuveræn forfattede retskilder opfattes som rettens væsentligste kilde og legitimation. Grundloven har normeret magtfordelingen: jf. grundlovens § 3 er det lovgiver som giver lovene, og dommeren har i sit kald at følge loven, jf. grundlovens § 63. Derfor kan Morten Wegener, W. E. von Eyben og Alf Ross beskrive retskilderne i en rækkefølge, der – omend retskilderne principielt er ligestillede – dog som hovedregel angiver den indbyrdes relative vægt, medmindre en lavere placeret kilde klart taler en højere, uklart formuleret kilde imod.

Parallelt med dette ses den ovenfor i afsnit 2.2 refererede dualistiske opfattelse, at national ret og folkeret som hovedregel er at anse som to adskilte systemer, hvilket ved konflikt vil kunne medføre at den nationale ret går forud for den internationale ret. Dette bunder igen i tanken om, at den nationale lovgivningssuveræn går forud for “den internationale lovgiver”. [61] Nationalstatens betydning for dommeren som referencepunkt er altså udtalt, og dette er problematisk, når man opererer med love med international baggrund, som i tilfældet med CISG.

3.3. “Enhver” som reference for retskilders beskrivelse - relevansvægtningen

Svend Gram Jensen går i sin bog om retskilderne ud fra en definition af retskildebegrebet som

“(…) indbegrebet af de faktorer, som enhver - der ønsker at tage stilling til retlige spørgsmål på kvalificeret vis - skal eller kan tage i betragtning, forinden den pågældende træffer sin afgørelse eller tilkendegiver sin opfattelse”.^[62]

Denne definition af retskildebegrebet kan Ruth Nielsen tilslutte sig, men hertil opstiller Svend Gram Jensen yderligere retskilderne i kategorier, alt efter om de skal (påbudt), kan (tilladt) eller ikke kan (forbudt) tages i betragtning (heri ligger både relevans- og afvejningsbetragtninger), men tager dog samtidig afstand fra, at en bestemt anvendelse af kilderne ligefrem udgør en pligt ^[63] (en pligt er en filosofisk metanorm) og dermed en del af gældende ret.^[64] Endvidere skelner Gram Jensen mellem de enkelte retsudøvere, idet en retskildefaktor kan være obligatorisk i forhold til visse retsudøvere og fakultativ i forhold til andre retsudøvere. Eksempelvis skal dommeren altid bruge de relevante lovbestemmelser. Ved en dommers udøvelse af sit hverv skal han tage hensyn til loven. Dette gælder alle sager, så hvis der ikke er taget hensyn til loven, vil afgørelsen være truffet på et ukorrekt grundlag. For det andet kan indholdet af loven være en obligatorisk retskilde, idet lovens bogstav f.eks. inden for strafferetten har en særlig betydning. Omvendt nævnes forarbejder som en retskilde, der kan tages i betragtning, og brugen heraf som fakultativ. Principielt er retskilderne ligeværdige, men ved f.eks. strafferetlige spørgsmål vil der som hovedregel ikke alene kunne idømmes straf ved hjælp af fakultative retskilder, og en idømmelse af straf uden lovhjemmel vil være ukorrekt.

De eneste konsekvenser af en ukorrekt brug af retskilderne vil være, at den pågældendes synspunkter ikke vil blive taget seriøst. For domstolenes vedkommende vil en dommer, der træffer en forsætlig urigtig afgørelse kunne straffes jf. straffelovens. § 146 og for en advokats vedkommende vil ukorrekt retsanvendelse kunne medføre

erstatningsansvar.[65] I sin teori tillægger Svend Gram Jensen altså ikke afgørende vægt på dommeren som legitimitetskriterium for retskilden, men i realiteten er forskellen til Wegeners udlægning af retskildebegrebet ikke stor, når også Gram Jensen opererer med obligatoriske retskilder.[66] Igen må det have i erindring, at skellet mellem tolkningshensyn og retskilder kan være udflydende, og ofte kan reale hensyn tale for, at man kan kategorisere et spørgsmål under begge betegnelser. Således kan spørgsmålet om lovforarbejders betydning som retskildefaktor falde sammen med en fremstilling af den subjektive lovfortolkning.[67]

3.4. Retskildelæren og retsområder

Det er velkendt, at de forskellige retskilder har forskellig vægt alt efter hvilket retsområde man bevæger sig i, og hvilke retsudøvere, der er tale om. Eksempelvis hersker der krav om lovhjemmel ved pålæggelse af skatter og straf, medens den almindelige danske culperegulering er udviklet uden lovhjemmel, men med hjemmel i teori og retspraksis. Svend Gram Jensen har derfor f.s.v.a. den dogmatiske retskildelære foreslået, at “hvert fag udvikler sin egen retskildelære, afpasset efter fagets særegne problemer”.[68]

Ser man f.eks. på Morten Wegeners bog om juridisk metode, da deles retskildefaktorerne op i fire områder og beskrives i denne rækkefølge: de nationale kildefaktorer, folkeretlige kildefaktorer, EU-retlige kildefaktorer, og som den fjerde kategori: andre ikke-nationale kildefaktorer. Hertil anfører Wegener:

“Den rækkefølge hvori disse optræder, er på den ene side ikke tilfældig, men bør på den anden ikke opfattes således, at der er tale om nogen absolut bindende rækkefølge. Navnlig for en enkelt af faktorerne - forarbejder til lovgivningen - gælder det, at det kan diskuteres, om den skal medtages som en retskildefaktor, eller om den ikke snarere bør behandles i forbindelse med fortolkningslæren (...). Det må imidlertid her på ny erindres, at retskildespørgsmål i det hele taget er snævert forbundet med fortolkningsspørgsmål “.[69]

Relevansen af den enkelte retskildefaktor vedrører, om man skal, kan eller skal undlade at medtage den i vurderingen, når man skal udfinde reglen. Afvejningen af faktoren angår den vægt, med hvilken faktoren indgår i den endelige vurdering frem til afgørelsen. Hvis der er modstridende retskildefaktorer, bliver afvejningsspørgsmålet således centralt. Afvejningsspørgsmålet rækker her langt ind i fortolkningslæren.[70] Der er som tidligere nævnt ikke noget i vejen for, at forarbejder kan tilsidesætte lovsbestemmelser, men diskussionen inddrager andre hensyn, når det gælder folkeretlige eller andre ikke-nationale kildefaktorer, herunder CISG.[71] Her angår hovedproblemerne ikke så meget relevansen af de folkeretlige og ikke-nationale kildefaktorer, men mener Wegener, “hvilken vægt disse i påkommende fald kan og skal tillægges”.[72] Med reference til folkeretten fortsætter Wegener:

“Her er der efter praksis øjensynlig nogle klare begrænsninger, som fortsat gør det berettiget at karakterisere den danske retstilstand som præget af et dualistisk syn på forholdet mellem intern ret og folkeret. Med hensyn til lovgivningsmagtens intentioner er danske domstole således i åbne konfliktsituationer ikke beredt til at give folkeretlige regler - uanset disses art - forrang for nationale” (fremhævet her).

Med hensyn til både folkeretten og anden ikke-national ret varierer situationen dog fra retsområde til retsområde, idet der er store forskelle i intensiteten af samarbejdet inden for det enkelte område. For så vidt angår ikke-inkooperede traktatbestemmelser, må svaret ifølge Wegener blive, at det dualistiske synspunkt stadig gælder. Men traktatmæssige forpligtelser kan få en så dynamisk karakter, at der er grund til at undersøge om det dualistiske synspunkt stadig gælder her[73], og de konsekvenser dette i benægtende – eller dog modificerende – fald måtte have for retskilde- og fortolkningsprincipperne. I denne relation er det interessant, at CISG betegnes som en dynamisk traktatret.[74]

3.5. Retskildelæren og retssystemet: Den juridiske metodes nationale særpræg, og udviklingen som følge af internationaliseringen

Indholdet af retskildelæren og fortolkningslæren betegnes ofte under ét den juridiske metode, idet den prætenderer at angive det grundlag, og den metode hvoraf et korrekt juridisk resultat bør fremkomme. Disse principper er produkter af det enkelte retssystems retskulturelle arv, som igen afspejler givne politiske, økonomiske, kulturelle og sociale forhold. Ofte er disse særegne for det enkelte retssystem, og dette afspejles i den aktuelle juridiske metode, som får et nationalt særpræg. Forskelle i nationale retstraditioner vil derfor ofte medfører forskelle i den juridiske metode retssystemerne imellem. Ændringer i de politiske, sociale, økonomiske og kulturelle forhold vil derfor kunne have konsekvenser, og dette resulterer da også i en konstatering fra Wegeners side af, at metoden er

“i stadig forandring, principielt åben og dermed tilgængelig for ændringer”, herunder at, “der i løbet af den sidste halvdel af vort århundrede (...) er sket sådanne ændringer i den nationale retsordens struktur og indhold, at det er relevant at drøfte forekomsten af mulige væsentlige forandringer i metodeanvendelsen”.

Denne antagelse baseres især på “rettens internationalisering”.^[75] Der kan her peges på to områder, som om muligt kan have metodemæssige implikationer: EU-retten samt påvirkninger fra anden ikke-national ret.

3.5.1. Påvirkninger fra fællesskabsretten

Wegener anfører, at påvirkningen fra internationaliseringen især ses i EU-landene, hvor EU-retten tillægges forrang i forhold til national ret^[76], hvor Domstolen er autoritativ fortolker, og hvor der kan udstedes retsakter med direkte, bindende virkning over for retssubjekterne^[77], omend flere retsområder stadig er ladt forholdsvis uberørt af den fællesskabsretlige udvikling.^[78] Dette har selvfølgelig konsekvenser for retskildelæren

på dette område, men spørgsmålet er, om denne retsudvikling også har afsmittende effekt fra fællesskabsretten på retsanvendelsen i almindelighed ved anvendelsen af den “almindelige” nationale ret, herunder især

”- en udvidet brug af systematisk-teleologisk fortolkning, og delvis eksklusion af den historiske fortolkning, dvs. i almindelighed en lavere vægtning af forarbejder, og en mindre vidtgående hensyntagen til eller respekt for den nationale lovgivningsmagt i den forstand at denne, hvor regulering mangler, eller hvor en forhåndenværende regulering er utilstrækkelig, ikke i samme udstrækning som nu accepteres som det mest egnede forum for en løsning”.^[79]

Den førstnævnte tendens ser Wegener endnu ikke tegn på.^[80] Endvidere “udviser danske domstole gennemgående en betydelig tilbageholdenhed over for lovgivningsmagten og afstår bl.a. (helst) fra selvstændig retsskabende virksomhed af videregående betydning”.^[81] Wegener mener, at Højesteret bør tillægge sig noget af den “aktivisme”, som præger EF-Domstolen, idet “Retssikkerhedshensyn i deres mest grundlæggende skikkelse varetages i almindelighed mere betryggende af selvstændige domstole end af lovgivningsmagten”. Heroverfor står dog, “at retsanvendelsen i sidste instans til enhver tid har den fornødne demokratiske legitimitet”.^[82] For Morten Wegener bliver konklusionen, at “der er ingen påviselig afsmittende virkning på retsanvendelsen uden for det pågældende område (EU-retten, red.)”, og at “Domstolene anvender en forskellig “approach” alt efter, om der er tale om fællesskabsret eller ren national ret”. I tilslutning til EU-rettens påvirkning behandler Wegener påvirkningen fra anden ikke-national ret, i det væsentligste fra folkeretlige aftaler.

3.5.2. Påvirkningen fra anden ikke-national ret. Dualitetsprincippet og suverænitetstanken

Som nævnt i afsnit 3.4, er der forskel på hvilken vægt retskildefaktorer tillægges fra retsområde til retsområde. De krav som fællesskabsretten stiller er åbenlyse, som ovenfor beskrevet, mens det er vanskeligere at vurdere påvirkningen fra anden ikke-

national ret. Som også nævnt kan traktatmæssige forpligtelser imidlertid få en så dynamisk karakter, at det minder om fællesskabsretten, og det er da nærliggende at undersøge, om udviklingen vil få en tilsvarende effekt for metodelæren. For så vidt angår ikke-inkorporerede traktater fastholder Wegener det dualistiske synspunkt, men med hensyn til de inkorporerede traktater påpeger han, at man kan overveje “den muligt kumulerede påvirkning fra konventionsorganernes praksis efter konventionen og fra fællesskabsdomstolens efter fællesskabsretten[83], dvs. nationale domstoles generelle tilegnelse af en dynamisk systematisk-teleologisk fortolkningsmetode på de relevante retsområder, med deraf følgende konsekvenser for retskildelæren som ovenfor nævnt. Herved, mener Wegener, er “man dog begribeligvis langt inde i de rene gætterier“.[84] Ser man bort fra den folkeretlige sædvaneret, udviser praksis ingen tendens i så henseende,[85] men som Niels Madsen også fremhæver, kan dette skyldes, at sådanne folkeretlige argumenter simpelthen ikke fremføres i sager for danske domstole ud fra en forventning om, at de ikke vil vinde gehør, og at praksis derfor også afspejler, at folkeretten ikke påberåbes.[86] Morten Wegener anfører afslutningsvist, at konsekvenserne af det dualistiske synspunkt fastholdes, og at det øgede internationale samarbejde derfor ikke har medført kvalitative forandringer i hverken retskildefaktorerne eller i tolkningsmønstret. Dette kan ses som en “dyb konservatisme” fra de danske domstoles side i mødet med internationaliseringen, ikke nødvendigvis i subjektiv henseende, idet der kan være tale om “dyb respekt for, hvad der opfattes som nationale traditioner og national egenart”,[87] altså en henvisning til dualitetsprincippet, og den heri liggende nationale suverænitetsstanke. Spørgsmålet er, om denne opfattelse kan opretholdes. En stillingtagen til enten direktiv-tanken eller relevans-tanken bliver aktuel, herunder disse opfattelsers relation til den nationale lovgivningssuveræn og rettens legitimitet.

3.6. Den ”internationale retskildemetode”

Selvom Morten Wegener således ikke mener at kunne konstatere en opblødning af den dualistiske tankegang hos domstolene, ses denne opblødning i teorien. Ruth Nielsen har i sin bog “Retskilderne”[88] draget konsekvensen af den nære forbindelse mellem

retskilde- og fortolkningsprincipperne, og slået dem sammen under begrebet retskildelæren, idet der efter hendes vurdering “ikke kan drages nogen holdbar sondring mellem retskildelære og fortolkningslære”. Dette følger de betragtninger, som Ole Espersen anlagde ved traktatretten, og er interessant i betragtning af at CISG som traktatret kræver en autonom fortolkning, jf. nedenfor i kapitel 4. Hendes fremstilling er udarbejdet under særlig hensyntagen til internationaliseringen - herunder især EU-rettens og folkerettens udvikling - i modsætning til andre teoretikere som lægger vægt på de nationale tilknytningsaspekter.[89] Dette fører til følgende konklusion:

“Kredsen af relevante aktører udvides hermed. Internationaliseringen indebærer også, at udvalget af relevante retskildefaktorer udvides. Desuden medfører den ændringer i betydningen og indholdet af danske retskilder og af disses indbyrdes vægt gennem integrationen af EU-ret og folkeret i dansk ret”, og videre:

“at man i princippet accepterer retsopfattelsen hos alle retslivets aktører som relevant for fastlæggelsen af

gældende ret og dermed for, hvilke retskildefaktorer der kan eller skal tages i betragtning”[90] (fremhævet her).

Herunder skal der anlægges et “bredere funktionelt perspektiv”, der f.eks. inddrager erhvervslivets og organisationers virksomheds- eller branchetiske regler.[91]

Ruth Nielsens retskildelære opererer altså med det af Ross udviklede begreb “gældende ret”, uden at ville indsnævre aktørkredsen til dommere med nationalstaten som gældebegreb,[92] samtidig med at hendes retskildelære opererer med retskilder, der skal tages i betragtning. Denne lære er af Morten Wegener blevet betegnet “en særegen variant” af Ross’ grundlæggende synspunkter,[93] og det er da også bemærkelsesværdigt, at Ruth Nielsen ikke berører sanktionsproblematikken, dvs. hvad der sker, hvis en for aktøren obligatorisk retskilde ignoreres, eller omvendt, hvis en irrelevant inddrages. Ruth Nielsen fusionerer altså direktiv- og relevanssynspunkterne, selvom den ovenstående gennemgang har vist, at disse to synspunkter ikke umiddelbart

er forenelige. Når man fusionerer direktiv- og relevanssynspunktet, bliver det da også nærmest umuligt at skelne retskildelæren fra fortolkningslæren, idet den samme relevansvurdering bruges begge steder.

Ruth Nielsen forudsætninger kan imidlertid retfærdiggøre dette: som nævnt tillægges den nationale lovgivningssuveræn ikke samme betydning og vægt som i den traditionelle retspositivistiske retskildelære, på baggrund af især rettens internationalisering.[94]

3.7. Konklusion

Som behandlet ovenfor i kapitel 2 er CISG ved speciel inkorporering jf. international købelov § 1 gjort til en del af intern dansk ret, og skal derfor betragtes som lov. Konventionens indhold består primært af materielle køberetlige regler, men konventionen har også et folkeretligt sigte, hvorfor man ikke generelt kan fortolke konventionens indhold, som var der tale om nationale regler. Der kan derfor siges at være et samspil mellem nationale og internationale fortolkningsprincipper ved specielt inkorporerede traktater. I relation til CISG er det her bemærkelsesværdigt, at konventionen i art. 7 har sin egen fortolkningsregel.

Dette aspekt medfører endvidere, at man kan undersøge hvilken juridisk metode, der skal lægges til grund ved anvendelsen og fortolkningen af konventionens regler.

Den danske juridiske metode er forenklet karakteriseret bundet til de nationale forudsætninger i retssystemet. Denne metode anerkender, at der kan være forskel på metoden fra retsområde til retsområde, og fra retssystem til retssystem. I denne relation er det nærliggende at antage, at CISG - sin baggrund og sit formål taget i betragtning - fodrer en særlig juridisk metode.

At bruge dommeren som det endelige referencepunkt knytter sig i sidste instans til opfattelsen af rettens legitimitet via en national lovgivningssuveræn. Dette gældbegreb

er efter manges opfattelse ikke holdbart, i det mindste ikke på regler med international baggrund. Det kan derfor være anstrengt at tale om retskildeprincipperne som retlige direktiver, og dette medfører, at man i stedet kan anlægge en relevanssynsvinkel. Her kan man også beskrive retskilder som obligatoriske, uden at man dog skal tillægge udtrykket den samme betydning som ved den nationalt orienterede teori. I den internationalt rettede teori skal det blot betragtes som en opfordring til at træffe en afgørelse på korrekt grundlag, dvs. en materiel vurdering. Man diskuterer ikke mulige formelle implikationer.

Der foreligger endnu ingen dansk retspraksis om dette problem. Derfor må retsanvenderen træffe et valg. CISG skal i dansk ret i sidste instans, medmindre alternativ procesmåde er aftalt, fortolkes af de danske domstole. Derfor må domstolene træffe et valg mellem de to teorier. Hvilket hensyn skal vægte mest ? Det nationale eller det internationale? [95]

Højesterets Præsident, Niels Pontoppidan, er her kommet med nogle interessante betragtninger. Han karakteriserer domstolenes bevidsthed om rettes internationalisering som en "brat opvågning" og fortsætter:

"Den bratte opvågning, jeg før talte om, illustreres godt af T. Koopmans inspirerende og tankevækkende indlæg: "the new pluralism". Der argumenteres her - efter min mening overbevisende - for, at udviklingen i Europa siden 2. verdenskrig har medført, at den positivistiske retskildelære med sin stærke betoning af lovgiver som rettens væsentlige kilde og legitimation ikke længere giver en dækkende beskrivelse af den juridiske virkelighed. Det påvises bl.a., hvorledes europæisk ret, navnlig fællesskabsretten og de europæiske menneskerettigheder, gennem EF-domstolens og den Europæiske Menneskerettighedsdomstol dynamiske virksomhed har udviklet sig betydeligt udover, hvad man ud fra en umiddelbar betragtning og med bogstav-tro læsning af den relevante tekst ville forvente".[96]

Selvom grundloven ikke eksplicit normerer den juridiske metode, vil grundlovens bestemmelser om magtfordelingen og suverænitetstanken, som eksempelvis ifølge

grundlovens § 19, dog implicit kunne have denne følge i konkrete tilfælde, jvf. om magtfordelingen i relation til indenlandsk ret U 1978.903 H.[97] Det er derfor op til domstolene at vurdere, hvornår en fortolkning eller en udfyldning af CISG i virkeligheden er en ny forpligtelse som kræver Folketingets medvirken, eller en overskridelse af en begrænsning af en indgået forpligtelse. Ellers kan der i givet fald være tale om grundlovsbrud. I denne relation har den forestående grundlovssag om EU-traktaterne også relevans for denne afhandlings emneområde.

KAPITEL 4. DEN AUTONOME OG DYNAMISKE KONVENTIONSFORTOLKNING

4.1. Konventionens artikel 7

I CISG kapitel II findes under overskriften “Almindelige bestemmelser” artikel 7, som omhandler fortolkning og udfyldning af konventionen. Artiklen lyder i den danske oversættelse:[98]

1. “Ved fortolkning af denne konvention skal der tages hensyn til dens internationale karakter, til behovet for at fremme en ensartet anvendelse af den, og til iagttagelse af god forretningsskik i international handel”.
2. “Spørgsmål vedrørende emner, der er underkastet denne konvention, men som konventionen ikke udtrykkeligt tager stilling til, skal afgøres i overensstemmelse med de almindelige grundsætninger, som konventionen bygger på, eller, hvor sådanne grundsætninger ikke findes, i overensstemmelse med den lov, som den internationale privatrets regler udpeger”.

Inden man begynder at analysere indholdet og rækkevidden af artiklen, kan man ud fra en umiddelbar læsning konstatere, at artiklen indeholder to dele: For det første angiver art. 7, stk. 1 visse hensyn, som skal varetages ved fortolkningen af konventionen. For

det andet indikerer art. 7, stk. 2 at CISG bygger på visse grundsætninger, som kan bruges ved udfyldning af konventionen i spørgsmål som konventionen regulerer, men som denne ikke udtrykkeligt tager stilling til. Hvis disse grundsætninger ikke findes, er man ude af konventionens reguleringsområde, og henvises til at bruge den lov, som den internationale privatrets regler udpeger.

Der angives altså visse hensyn og at der kan udfindes visse grundsætninger, som skal tages i agt ved fortolkning og udfyldning - men ikke direkte, hvilken metode der skal benyttes ved denne virksomhed, eller det nærmere indhold af grundsætningerne[99]. Spørgsmålet er nu, hvordan denne juridiske metode og disse grundsætninger udfindes, og i givet fald hvilket indhold denne metode og disse grundsætninger skal tillægges. Artikel 7, stk. 1, nævner tre hensyn der skal tages ved fortolkningen af CISG, som har betydning for hvilket materiale og hvilke principper der skal lægges til grund ved fortolkningen af konventionen, nemlig: hensynet til dens internationale karakter, hensynet til at fremme en ensartet anvendelse af den, og hensynet til god forretningsskik i international handel.

4.1.1. Hensynet til konventionens internationale karakter

Hvis der ved fortolkningen skal tages hensyn til konventionens internationale karakter, må dette betyde, at man ikke entydigt skal tillægge CISG en national køberetlig karakter. Tværtimod skal man lægge vægt på konventionens internationale karakter, dvs. dens internationale historie, indhold og sigte, og ikke tage udgangspunkt i national køberets begreber, indhold og principper.[100]

Det følger endvidere heraf, at konventionen selv med dens folkeretlige baggrund ikke umiddelbart indeholder en forudsætning om, at skulle fortolkes under anvendelse af folkeretlige principper,[101] idet disse er rettet mod fortolkningen af aftaler skabt til at regulere forholdet mellem stater, mens CISG som nævnt i kapitel 2 indeholder materielle regler, rettet mod at regulere forholdet mellem private retssubjekter.

4.1.2. Behovet for at fremme en ensartet anvendelse af konventionen

Hensynet til at fremme en ensartet anvendelse af konventionen kan ses som en naturlig følge af, at tage hensyn til konventionens internationale karakter, idet man så ikke risikerer en uensartet anvendelse af konventionen ved at tage udgangspunkt i nationale begreber, principper etc. Heri ligger også, at man bør tage hensyn til, hvordan konventionen fortolkes i andre konventionsstater, idet det alt andet lige vil fremme til den ensartede anvendelse, hvis retsanvenderen bliver påvirket af hvorledes konventionen forstås i andre stater.

CISG skal altså fortolkes “på sine egne præmisser”, samt ud fra et selvstændigt begrebsindhold, og endvidere skal dommeren være med til at søge at fremme en ensartet anvendelse. Disse hensyn samles normalt under begrebet den autonome konventionsfortolkning. I den forbindelse skal man samtidig overveje, hvilket retskilde- og fortolkningsmateriale der skal lægges til grund ved en sådan autonom fortolkning. Man må her formode, at en autonom fortolkning forudsætter et retskilde- og fortolkningsgrundlag som afspejler dette hensyn, og dette da særligt om man slår retskilde- og fortolkningslæren sammen under ét, jf. ovenfor afsnit 3.6 og 3.7. Hensynene i art. 7, stk. 1, ville være uden indhold, hvis man ved fortolkningen lægger entydigt vægt på et materiale, som har national baggrund, eller som på anden måde ikke havde baggrund i konventionen. Derfor må en meningsfuld forståelse af art. 7's krav om autonom konventionsfortolkning også fordre et autonomt retskilde- og fortolkningsgrundlag.[102] Inden følgerne af dette, samt kravet om hensyn til god forretningskik i international handel og art. 7, stk. 2, om udfyldning analyseres, er det derfor nærliggende kort at beskrive de retskilder, som skal lægges til grund ved fortolkning og udfyldning af CISG. Disses relevans, vægt og prioritering i forhold til hinanden, og i forhold til indenlandske retskilder og prioriteringsprincipper vil være påvirket af artikel 7, stk. 1's krav om autonom fortolkning.

4.2. Relevante retskilder ved fortolkningen og udfyldningen af CISG

Som nævnt ovenfor afsnit 2.1. er udgangspunktet ved inkorporering normalt, at traktatens autentiske sprog, dens forarbejder, folkeretlige fortolkningsprincipper m.v. skal lægges til grund ved af de nationale myndigheders anvendelse af traktaten. I statuten til Den Internationale Domstols art. 38 opregnes en række folkeretlige retskilder,[103] som kan tages som udgangspunkt ved fortolkningen af CISG, med den modifikation, at konventionen ikke er et sædvanligt folkeretligt dokument, som ovenfor i afsnit 2.1. anført:

1. Domstolen, hvis opgave det er at afgøre tvister, der forelægges den i overensstemmelse med mellemfolkelig ret, skal anvende:

a. Mellemfolkelige konventioner af almindelig eller særlig art, som hjemler regler, der udtrykkeligt er anerkendt af de stridende stater.

b. Den mellemfolkelige sædvane som udtryk for en almindelig praksis, der er anerkendt som retsregel.

c. De almindelige retsgrundsætninger, som anerkendes af civiliserede nationer

d. Med den begrænsning, som følger af art. 59, retsafgørelser samt de forskellige nationers mest ansete forfatteres meninger som hjælpemiddel ved konstateringen af, hvad der er gældende ret

2. (udelades her)

Hertil kommer endvidere den modifikation som også nævnt i afsnit 2.1., at man ved speciel inkorporering skal være opmærksom på traktatens gennemførelsesmåde, nemlig for Danmarks vedkommende gennem Folketingets medvirken, hvilket medfører en balanceret hensyntagen til henholdsvis det folkeretlige krav om opfyldelse og det

nationale demokratiske krav om legitimitet. Med disse bemærkninger kan følgende ikke-udtømmende katalog over retskilder ved fortolkningen og udfyldningen af CISG opstilles. Bemærk, at retskildevurderingen uundgåeligt vil indeholde elementer af fortolkning, jf. artikel 7's krav om autonom fortolkning.

4.2.1. Konventionsteksten

Konventionsteksten er en relevant (og obligatorisk) retskilde for en dommer ved enhver stillingtagen til retslige spørgsmål omhandlende CISG. Den danske udgave af konventionsteksten er ikke en retskilde, men er blot et hjælpemiddel til forståelse af konventionsteksten,[104] som er affattet på hhv. engelsk, fransk, spansk, russisk, kinesisk og arabisk, hvilke affattelser er lige autentiske jf. slutdokumentet på Wienerkonferencen[105] og "postamblen" til CISG.[106]

Heraf følger, at det i tilfælde af forskel i fortolkningen mellem den danske oversættelse og de autentiske konventionstekster vil være de sidstnævnte, som skal tillægges vægt som retskilde.[107] I tilfælde af uoverensstemmelser mellem de autentiske tekster anbefaler nogle teoretikere den engelske tekst, idet dette sprog anvendtes på den diplomatiske konference[108] mens andre anbefaler en sammenligning mellem teksterne for at finde et "mellemløst resultat".[109] Wienerkonventionen om traktatretten anbefaler i art. 33 en formålsoverensstemmende tekstfortolkning, idet "the meaning which best reconciles the texts having regard to the object and purpose of the treaty shall be adopted", mens Haagerdomstolen i en sag fra 1924[110] foretrækker at lægge den mindst vidtgående fortolkning i tilfælde af forskellige udlægningsmuligheder, hvis dette kan stemme overens med parternes intentioner.[111] Hermed rækker retskildevurderingen over i fortolkningslæren, idet det bliver relevant at tage stilling til, om CISG i relation til art. 7, generelt kan siges at fordre f.eks. en komparativ, historisk eller teleologisk fortolkningsmetode. Dette behandles uddybende nedenfor under afsnit 4.3.

Præambelen til CISG udtrykker nogle generelle målsætninger, der har karakter af programerklæringer, og som ikke er særligt velegnede som fortolkningsbidrag, omend traktatkonventionens art. 31, stk. 2 nævner præambler som fortolkningskilde. Generelt har præambelen derfor minimal betydning som retskilde,[112] i særdeleshed fordi konvention er af teknisk-juridisk karakter, og fordi art. 7 selv giver fortolkningsregler.[113]

4.2.2. Forarbejder

Forarbejder til konventionen foreligger både i form af internationale arbejder, der førte frem til konventionsvedtagelsen, og i form af nationale forarbejder, som optakt og kommentar til ratificering.

4.2.2.1. Internationale forarbejder

CISG er ikke resultat af en formaliseret lovgivningsproces i en nationalstat, og forarbejderne har derfor ikke samme karakter som sædvanlige nationale forarbejder.[114] Princippet om at motiver er ikke lov, har således større vægt ved internationale tekster end ved nationale tekster,[115] da der ikke er tale om en egentlig “international lovgiver”[116] og en egentlig lovgivningsprocedure.

Visse forfattere fremhæver dog Sekretariat-kommentaren, som består af en kommentar af UNCITRAL-sekretariatet til hver enkelt af bestemmelserne i 1978-udkastet,[117] og som blev rundsendt til alle de i Wien-konferencen deltagende lande, som det nærmeste man kommer til en “officiel kommentar” af de enkelte konventionsbestemmelser.[118] Herimod taler imidlertid, at et forslag om at udarbejde en officiel kommentar til 1980-konventionen ikke nød fremme på den diplomatiske konference.[119] Generelt er opfattelsen i litteraturen da også, at forarbejderne ikke skal tillægges større vægt som retskilde.[120] Der kan henvises til den betydning, som forarbejder tillægges ved fortolkningen jf. traktatkonventionens art. 31 og 32, nemlig:[121] enten til at understøtte et fortolkningsresultat, der følger af andre, primære fortolkningsprincipper,

eller når disse er utilstrækkelige og meningen (fortsat) er uklar, eller at resultatet ville blive klart urimeligt hvis forarbejderne ikke inddrages.[122]

4.2.2.2. Nationale forarbejder

De nationale forarbejder til CISG finder sit væsentligste udtryk i Justitsministeriets bemærkninger til den internationale købelov. Børge Dahl karakteriserer i Karnovs lovsamling[123] bemærkningerne således:

“Disse bemærkninger tjener alene - ligesom den danske oversættelse af konventionsteksten - til orientering og kan ikke tillægges autoritativ betydning ved løsning af fortolkningsproblemer i rets anvendelsen, jf. herved CISG art. 7.”

I samme ånd mener Ruth Nielsen under punktet “fortolkning af love med international baggrund”, at “Materiale, der hidrører fra den danske lovgivningsproces, kan derfor ikke have højere retskildestatus end f.eks. traktat- eller lovkommentarer.”[124]

Niels Elmelund og Jørgen Nørgaard mener, at bemærkningerne som “udgangspunkt” er af vejledende karakter, men at bemærkningerne til artikel 5 om produktansvar dog “er af en anden valeur”. [125] Dette indikerer en differentieret opfattelse af de nationale forarbejder, men dette bliver dog ikke uddybet af forfatterne. Synspunktet står i modstrid til Karnov, som i forlængelse af sin kategorisering af bemærkningernes retskildeværdi ikke tillægger Justitsministeriets bemærkninger til art. 5 særlig valeur.[126]

Sammenfattende må det konstateres, at der er enighed om, at Justitsministeriets bemærkninger generelt er af vejledende karakter, medens der er uenighed med hensyn til særligt specifikke bemærkninger, som af visse forfattere tillægges en særlig vægt. Dette kan indikere, at det i hovedsagen er fakultativt, om man vil benytte bemærkningerne ved udfindelsen af reglens indhold eller nærmere forståelse, men at visse særlige bemærkninger eventuelt skal lægges til grund ved afgørelsen.

4.2.3. Retspraksis og juridisk teori

I Arbejdsgruppens behandling af forslag til en bestemmelse om fortolkning af konventionen, vil man med hensynet til dens internationale karakter og en ensartet anvendelse gerne fremme “recourse to foreign materials, in the form of studies and court decisions, in constructing the law”.[127] Justitsministeriet gentager dette synspunkt: “Man bør derfor være opmærksom på bl.a. retspraksis fra andre konventionsstater og fortolkninger, som er fremført i den internationale retsvidenskabelige litteratur” (fremhævet her).[128]

Karnov tilslutter sig dette, [129] med henvisning[130] til dansk retspraksis om CMR-loven jf. U 1987. 481 H: Dommen omhandlede transporten af et parti likør, som i Holland blev stjålet fra en vognmand, og hvor der skulle betales afgift til den hollandske stat. Tvisten vedrørte hvem, om overhovedet nogen af flere selvstændige fragtmænd der skulle hæfte for kravet, herunder ifølge hvilke bestemmelser i CMR-loven § 29 , som bygger på CMR-konventionens art. 23, og som ikke antoges at ville tilsigte et andet indhold end konventionens bestemmelse, der skulle anvendes. I sagen fremføres til støtte for at anse tabet omfattet af § 29, stk. 3 om “andre omkostninger ved befordringen” en engelsk Overhusdom, mens nogle hollandske byretsdomme som kommer til et andet resultat, ikke støttes af Højesterets flertal.

De tilsvarende synspunkter må i det mindste gælde dansk retspraksis og dansk juridisk litteratur også, omend doktrinens status som retskilde i dansk ret er omtvistet. Synspunktet nyder endvidere generel accept i såvel dansk som international juridisk litteratur,[131] og retspraksis og teori er da som nævnt også opregnet som retskilder i Den Internationale Domstols statut art. 38, stk. 1, litra d.

Retspraksis og litteratur har altså relevans som retskilder, der skal tages hensyn til ved udfindelsen af reglen.[132] Som UfR 1987.481 H viste, skal man være opmærksom på andre konventionsstaters retspraksis, herunder hvilket domstolsniveau den afsagte dom

stammer fra. En højere rangerende dom fra et land vil således kunne tale en lavere rangerende dom fra et andet land imod. Dette princip synes universelt anerkendt.[133]

Selvom doktrinen i dansk teori har en omdiskuteret retskildestatus,[134] og ikke som sådan udgør en obligatorisk retskilde, skal doktrinen om CISG ikke umiddelbart vurderes på samme måde, jf. også Justitsministeriets bemærkninger som nævnt ovenfor. Det er da også alment kendt, at doktrinen i Danmark har stor vægt inden for især det obligationsretlige område. Retspraksis om CISG viser ofte hen til værker af “anerkendte” forfattere, og her nyder de forfattere, som deltog i forarbejdet til CISG tilsyneladende særlig stor anerkendelse og citeres ofte. Dette er en typisk common-law indstilling, som også har vundet stor udbredelse i den danske litteratur. Der kan derfor udpeges visse “kildeværker”, som i kraft af deres autoritet og “overtalende” effekt nyder stor anerkendelse.[135] [136]

Med hensyn til voldgiftspraksis kan det konstateres, at langt de fleste standardværker og domssamlinger om CISG lægger stor vægt på de fortolkninger, som fremføres via voldgiftsafgørelser. Naturligvis vil argumenterne altid være det centrale, men hvis en afgørelse fra en voldgiftsdomstol og en national domstol skulle kollideres, vil en dansk domstol nok som almindelig regel foretrække domstolsafgørelsen, jf. voldgiftsafgørelsens almindelige status som retskilde i dansk ret.[137] På visse områder, som f.eks. entrepriseretten med AB 92, kan voldgiftspraksis dog blive tillagt stor vægt ved en domstolssag, og da CISG globalt set i stor grad bliver benyttet af voldgiftsdomstole, vil disse som hovedregel kunne tillægges relativt stor vægt ved fortolkningen og udfyldningen af CISG, uden dog at udgøre nogen egentlig obligatorisk retskilde. Voldgiftskendelsernes overbevisende effekt skal ikke undervurderes, omend de processuelle svagheder ved voldgiftsproceduren med deraf mulige følger for det materielle resultat skal tages i betragtning.

4.2.4. Almindelige retsprincipper, grundsætninger og sædvaner

Denne sidste gruppe retskilder betegnes af nogen for de “subsidiære retskilder”[138] og har nær sammenhæng med fortolkning og udfyldning. Deres styrke skal imidlertid ikke umiddelbart vurderes som subsidiær, jf. f.eks. den danske købelovs § 1, stk. 1, hvorefter handelsbrug eller sædvane kan fortrænge købelovens deklatoriske regler.[139] Styrken som retskilder er dog skiftende fra retsområde til retsområde. I CISG nævner artikel 7, stk. 1, hensynet til god forretningsskik i international handel. I art. 7, stk. 2, sker udfyldning af konventionen med almindelige retsgrundsætninger, og efter art. 9, stk. 2 viger konventionen for sædvaner under visse omstændigheder,[140] idet parterne underforstået forudsættes at have gjort de sædvaner som de kendte eller burde have kendt, anvendelige på aftalen eller dens indgåelse, forudsat at disse er almindeligt kendt i international handel og regelmæssigt fulgt af parter i samme aftaler af samme type i den pågældende branche.[141] Om forholdets natur er en retskilde er omdiskuteret i teorien,[142] men princippet kan naturligvis benyttes ved fortolkningen.

4.3. Hensynet til god forretningsskik i international handel

God forretningsskik er en retlig standard, der indgår som princip i en del af konventionens bestemmelser.[143] Norge foreslog på den diplomatiske konference, at god forretningsskik også skulle gælde som et generelt princip mellem parterne, men dette nød ikke fremme.[144] Nogle mener imidlertid, at princippet rækker videre end blot ved fortolkningen af konventionen, nemlig som et generelt princip og en grundsætning ved fortolkning og anvendelse af alle konventionens bestemmelser, og således nærmest får karakter af en generalklausul. Det er da også svært at skulle lægge dette princip til grund ved fortolkningen af konventionens bestemmelser, uden samtidig i en eller anden grad at lægge det ind i parternes aftale, som jo netop bliver reguleret af konventionsbestemmelserne.[145] Dette har nær sammenhæng med artikel 7, stk. 2,[146] og med det materiale, som i det hele taget lægges til grund ved fortolkningen og udfyldningen af CISG, og rækker også ind i art. 8 om fortolkning af parternes erklæringer og adfærd i øvrigt, og endnu videre til art. 9 om sædvaner.

4.4. Generelle retningslinier for hvilke fortolkningsmetoder der skal anvendes ved fortolkningen og udfyldningen af CISG på baggrund af artikel 7, stk. 1

På baggrund af de hensyn, som artikel 7, stk. 1, fastlægger, kan der udstikkes visse generelle retningslinier for, hvilke metoder som bør anvendes ved fortolkningen og udfyldningen af CISG. Generelt kan der være tale om fire forskellige tilgangsvinkler til fortolkningen af CISG: a) man skal anvende de folkeretlige fortolkningsmetoder b) man skal anvende de nationale fortolkningsmetoder c) man skal anvende en for CISG særegen metode eller d) man skal anvende en kombination af disse.[147] En nærmere analyse vil vise, at dette vil variere fra fortolkningsmetode til fortolkningsmetode, afhængig af hensynet til konventionens internationale karakter og hensynet til en ensartet anvendelse.[148] Derfor kan nationale fortolkningsmetoder godt anvendes ved fortolkningen af CISG, forudsat de tager hensyn til det særlige område, som CISG udgør.[149]

4.4.1. Grammatisk, logisk og systematisk fortolkning. Indskrænkende ctr. udvidende fortolkning

De indenlandske principper for logisk og systematisk fortolkning og ordlydsfortolkning kan også anvendes ved fortolkningen af ensartet ret som CISG, idet metoderne nærmest er universelle.[150] Af dette kan man umiddelbart slutte, at konventionsteksten skal fortolkes efter dens sædvanlige internationale funktionelle forståelse og sammenhæng, eventuelt med en særlig international betydning, hvis dette kan læses ud af bestemmelsens kontekst. Bestemmelsen må ikke tillægges en betydning fra national ret, medmindre nogle af de andre nedenfor nævnte fortolkningsmomenter tilsiger dette.[151] Da CISG på baggrund af sin tilblivelseshistorie ikke er udtryk for en detaljeret og præcis regulering, - fordi en sådan ville have været praktisk umulig, og da man i kompromisets ånd har villet undgå ord og begreber, som har specielle nationale eller systemiske betydninger - vil ordene og begreberne ofte fremstå almene, for ikke at sige vage og med mulighed for fortolkning. Derfor er det ikke korrekt, konventionens

målsætning taget i betragtning, generelt at lægge en indskrænkende fortolkning af konventionsbestemmelserne til grund.[152] Dette har også betydning i relation til analogier, som generelt derfor ikke må underlægges en for snæver mulighed for anvendelse.

En sammenligning de autentiske udgaver imellem for at finde et “mellemløst” vil ofte medføre den lavest mulige “fællesnævner” og derfor en alt for snæver fortolkning.[153] Derfor kan ordlyden alene ikke tillægges afgørende betydning.[154] Her kan den systematiske fortolkning være en hjælp, idet metoder og fortolkningspraksis fra andre konventioner[155] kan virke ledende, uden dog at måtte være bestemmende. Herunder kan selvsagt retspraksis om CISG fra andre lande, som allerede nævnt under omtalen af retskilderne, samt doktrinen og sædvaner være en hjælp til at udfinde meningen.[156]

4.4.2. Den historiske, teleologiske og komparative fortolkning

For at udfinde hensigten med bestemmelsen kan den historiske fortolkningsmetode benyttes. Dette betyder i dansk ret, at man ser på forarbejderne til loven.[157] Som ovenfor nævnt under behandlingen af retskilderne er svagheden ved internationale forarbejder, at de ofte ikke giver udtryk for et samlet motiv bag bestemmelsen, idet man ikke kan tale om nogen egentlig international lovgiver.[158] En komparativ fortolkningsmetode baseret på bestemmelsens eventuelle nationale paralleller har den svaghed, at man jo netop ikke skal opfatte reglerne som havende national betydning, idet man har villet undgå særlige nationale tilknytningsmomenter.[159]

Derfor munder en fortolkning af CISG ofte ud i en overordnet teleologisk fortolkningsmetode, hvor den afgørende vægt lægges på konventionens overordnede formål og sigte, nemlig at tilvejebringe ensartede regler tilpasset den internationale handel, dvs. igen en afgørende hensyntagen til konventionens internationale karakter og behov for at fremme en ensartet anvendelse.[160] Her bliver det centrale at prøve at forstå de principper, der ligger bag de enkelte bestemmelser, og som har særligt sigte på

forholdene i den internationale handel, altså en funktionel synsvinkel. Et åbenlyst eksempel på dette kunne være hensynet bag ikke at anse enhver forsinkelse i international handel som væsentlig i relation til at kunne hæve, hvilket omvendt som hovedregel gælder i dansk indenlandsk køberet, jf. købelovens § 21, stk. 3. Dette ville skabe urimelige vilkår for handel med varer, som i international handel ofte transporteres over lange afstande og med mange forskellige transportmidler under relativt store omkostninger, og ofte med varer som er fordærvelige eller sæsonbetonede. Derfor gælder det om at “fange” reglens egentlige praktiske baggrund, og her kan forarbejderne, herunder sekretariatskommentaren som nævnt under afsnit 4.2 – trods forarbejdernes svagheder – være en hjælp til at forstå formål og sigte. Forarbejderne kan også virke som ledesnor, når fortolkning af nye, uforudsete handelsområder bliver nødvendig, som det f.eks. kunne tænkes m.h.t. handel over Internettet og handel med computersoftware. Her vil man dog ofte kunne anvende analogibetragtninger.

International handel er i konstant udvikling, og derfor kræves også en dynamisk fortolkning af CISG. Den dynamiske, teleologiske fortolkningsmetode vil derfor ofte blive den vigtigste fortolkningsmetode ved anvendelsen af CISG.[161]

Et er dog de teoretiske og praktiske redskaber. Noget andet er at det ikke bør glemmes, at der altid vil være en mulighed for, at der vil kunne findes mere end én mulig fortolkning, og at flere forskellige fortolkninger hver for sig kan være lige legitime.[162]

4.5. Udfyldning med almindelige grundsætninger jf. art. 7, stk. 2

Som nævnt henviser CISG art. 7, stk. 2, til brugen af grundsætninger ved udfyldning af emner, som er underkastet konventionen, men som ikke direkte er reguleret af den. Formålet er også at afgrænse anvendelsen af indenlandske regler i forhold til konventionen.[163] Denne regel rejser flere spørgsmål, som i sig selv er genstand for fortolkning. Det første er, hvilke emner der kan siges at “være underkastet konventionen”. Hvis konventionen ikke regulerer tilfældet overhovedet, siges der at

være tale om et “åbent hul”.^[164] Dette aspekt hænger nært sammen med art. 4 og art. 5, og vil blive behandlet nedenfor i kapitel 5, afsnit 5.2.^[165]

Det andet aspekt vedrører de spørgsmål, som konventionen regulerer, men hvor der ikke udtrykkeligt er taget stilling til spørgsmålet, de såkaldte “skjulte huller”. Dette må afhænge af en fortolkning, og vedrørende dette spørgsmål kan der derfor henvises til gennemgangen af konventionsfortolkningen ovenfor. Grænsen mellem hvornår man kan fortolke sig til et resultat efter art. 7, stk.1, og hvornår man skal anvende grundsætninger efter art. 7, stk. 2, er ikke klar, og må også afhænge af det konkrete tilfælde.^[166]

Som ovenfor under afsnit 4.3. anført, må hensynet til god forretningsskik antages at være en generel konventionsgrundsætning. I relation til anvendelsen af sædvaner, er konsekvensen helt enkelt, at konventionens regler viger, hvorfor dette aspekt ikke skal blandes sammen med udfyldning efter art. 7, stk. 2.^[167]

Ud over dette må man ud fra konventionens bestemmelser og retskildematerialet søge at finde andre grundsætninger, som kan lægges til grund ved fortolkning og udfyldning, og her kan art. 7, stk. 2, siges at autorisere brugen af analogi.^[168] Hellner mener her, at det logiske må være at vælge de analogier, som bedst stemmer med de overordnede hensyn i art. 7.^[169] Generelt anbefaler teorien en autonom udfyldningsteknik.^[170] Diedrich har forsøgt at sammenfatte teknikken således:^[171]

1) Først foretages en international, ensartet fortolkning af tilfældet, hvis det ikke tilhører kategorien af bevidst undtagne retsområder (dette undersøges bl.a. via forbejder, f.eks. hvad angår gyldighedsproblematikken)

2) herefter forsøges tilfældet underlagt en bestemmelse ved modsætningsslutninger eller ved a fortiorio- eller ad minus-slutninger,^[172]

3) herefter kan foretages en analogislutning, den såkaldte Gesetzanalogie, dvs. med udgangspunkt i en skreven lovregel,^[173]

4) det fjerde og sidste punkt er at tage hensyn til udenlandsk retspraksis og doktrin som “persuasive authority” for at udfinde grundsætningen.

Hvis der selv herefter ikke kan udfindes en grundsætning, kan dépeçage ikke undgås, og anbefaler Diedrich følgende:

5) Dommeren bør undersøge, om der i virkeligheden nu kan være tale om en “false conflict” i fald af at lovvalgsregler vil pege mod samme materielle løsning, og søge en ensartet løsning, baseret på komparative studier, eller hvis dette ikke er tilfældet,

6) da bør den respektive lovgivning anvendes, men den skal tilpasses konventionens overordnede mål, dvs. man bør finde en brugbar, supranational komparativ løsning, som dog ikke skal medføre en løsning efter den laveste fællesnævner.

Disse synspunkter skal til dels forstås ud fra det perspektiv, at art. 7, stk. 2, af visse teoretikere nærmest anses for at “uddelegere” en kompetence til at træffe afgørelse i sagen til de nationale domstole, hvor disse ved afgørelsen stadig er bundet af konventionens overordnede formål.[174]

Joseph Lookofsky synes at ville foreslå en løsning, som ligger midt imellem at skulle udfinde grundsætninger indenfor konventionen selv og en anvendelse af ren indenlandsk ret. Han foreslår, at man i art. 7, stk. 2’s formulering: “i overensstemmelse med den lov” (fremhævet her) bør ilægge, at man kan benytte regler, der omend de ikke er konciperet af en egentlig lovgiver, så dog bør opfattes som lov i art. 7, stk. 2’s forstand.[175] Man bør derfor kunne lægge de transnationale principper til grund, som er herskende indenfor den internationale handel, f.eks. lex mercatoria og UNIDROIT principperne for internationale kommercielle kontrakter som en art jus cogens. UNIDROIT principperne bliver ofte nævnt i forbindelse fortolkningen og udfyldningen af CISG, og skal derfor kort beskrives.

4.5.1. UNIDROIT principperne for internationale kommercielle kontrakter og deres samspil med CISG

UNIDROIT principperne er udtryk for en ny, alternativ indgangsvinkel til reguleringen af international handel.[176] En arbejdsgruppe, bestående af retseksperter fra de fleste betydende retssystemer,[177] har under “International Institute for the Unification of Private Law” udarbejdet en “kodeks” for internationale kommercielle kontrakter. De er ikke udtryk for bindende regler, som f.eks. CISG, og er heller ikke konciperet af grupper med særlige interesser, som f.eks. INCOTERMS eller øvrige standardkontrakter. Reglerne er tiltænkt at virke overbevisende på retsanvenderen i kraft af deres på internationale kommercielle kontrakter særligt indrettede universelle indhold. De skal forstås autonomt, og søger at undgå specielle nationale betydninger. Inspirationen til bestemmelserne er hentet både i den amerikanske UCC og Rest. 2d. of contracts, samt CISG, INCOTERMS m.v. Principperne søger ikke at nå den lavest mulige fællesnævner, dvs. at nå et kompromis mellem de forskellige tilgangsvinkler, men vil finde udtrykket for en overbevisende og/eller den mest velegnede løsning på grænseoverskridende handel.[178]

Principperne regulerer både indgåelsen og opfyldelsen af kontrakter, men går videre end CISG, idet de ikke er begrænset til handel med varer, og regulerer gyldigheden af aftalen. Fortolkningsprincippet om god forretningsskik i CISG er i principperne udvidet til også at omfatte “fair dealing”, og i art. 3.10 indeholdes en bestemmelse, hvorefter urimelige aftaler kan erklæres ugyldige eller indholdscensureres,[179] en bestemmelse som i store træk svarer til den danske aftalelovs § 36. Derudover bygger principperne på kontraktsfrihed, åbenhed over for sædvaner, og princippet om favor contractus.[180]

Principperne beskriver i præambelen det tiltænkte anvendelsesområde: a) at blive brugt, når de er vedtaget af parterne, b) at blive brugt når parterne er enige om at kontrakten skal reguleres af “lex mercatoria”, generelle retsprincipper, eller lign., eller c) når det er umuligt at finde en løsning i den på kontrakten ellers anvendelige lov (dvs. som udfyldning). Endeligt kan principperne bruges d) ved fortolkning eller udfyldning af internationale ensartede lovinstrumenter,[181] eller e) som forbillede eller model for

nationale og internationale lovgivere. I relation til CISG er punkt d) det interessante. Der er her tre indgangsvinkler til, hvordan principperne kan fortolke og udfylde CISG:

For det første kan man bruge principperne ved fortolkningen af konventionen og dennes anvendelse på den enkelte kontrakt jvf. art. 7, stk. 1.[182] Eksempelvis har principperne en mere udførlig redegørelse for, hvornår der er tale om væsentlig misligholdelse jvf. art. 7.3.1, hvorved denne bestemmelse kan være en hjælp ved fortolkningen af den meget kortfattede bestemmelse i CISG art. 25.[183]

For det andet kan principperne opfattes som udgørende de grundsætninger, som konventionen bygger på, jvf. art. 7, stk. 2., og derfor virke som materiale til udfyldning. Eksempelvis kan princippernes regler i art. 7.4.9 og 7.4.12 om rente med det overordnede mål om fuld kompensation tænkes at udfylde CISG art. 78.[184]

For det tredje kan principperne bruges som den "lov" jvf. art. 7, stk. 2, som man henviser til, dersom CISG ikke bereder de nødvendige grundsætninger til problemets løsen. Parterne vil selv kunne sikre sig dette, ved i kontrakten at henvide til principperne som udfyldende ret ved siden af CISG. Problemet er, at man i disse situationer vil kunne komme ud for, at principperne falder for nationale præceptive regler, idet principperne aktiveres ud fra nationale lovvalgsregler.[185]

Endvidere er det efter de gængse lovvalgskonventioner og nationale lovvalgsregler en forudsætning, at der ved "lov" er tale om regler forfattet af en national lovgivningssuveræn, og her kommer principperne, som også *lex mercatoria*, til kort. Hvis man tager de tidligere behandlede betragtninger over den nationale lovgivningssuveræn, samt udviklingen i internationaliseringen i retten i betragtning, er det ikke sikkert at denne opfattelse vil blive bibeholdt i fremtidige kollisionsretlige sager.[186]

KAPITEL 5 FORTOLKNING OG UDFYLDNING I RETSPRAKSIS

5.1. Indledning

Den følgende gennemgang er ment som en illustration af de principielle synspunkter, som ovenfor er fremdraget om retskilderne, fortolkningen og udfyldningen af CISG. Antallet af sager om konventionen som er tilgængelige stiger dag for dag, og udgør her i starten af 1997 langt over 300 afgørelser fra forskellige lande. Mange sager drejer sig om helt konkrete fortolkningsproblemer, f.eks. hvor lang en reklamationsfrist i relation til art. 39 skal være, eller forskellen mellem værksleje og bestillingskøb.[187] Det følgende vil fremdrage eksempler på mere generelle og principielle fortolknings- og udfyldningsproblemer. I denne forbindelse skal det bemærkes, at der ikke foreligger nogen offentliggjort dansk retspraksis om de spørgsmål, der er relevante for denne afhandling.[188]

5.2. Fortolkning under hensyn til konventionens internationale karakter, og hensynet til at fremme en ensartet anvendelse af den

Fortolkning under henvisning til konventionens internationale karakter, og deraf følgende konsekvenser for indenlandske regler er kommet til udtryk efterhånden en hel del sager, se f.eks. tysk retspraksis om CISG, Bundesgerichtshof 03-04-1996 nr. VIII ZR 51/95 (rapporteret i Unilex):

En tysk køber fik fra den hollandske sælger leveret sydafrikansk kobaltsulfat i stedet for som forventet engelsk kobaltsulfat. Køber vil hæve, med henvisning til grundsætningen aluid pro alio (levering af andre varer i stedet for det aftalte), jvf. art. 49, stk. 1 b. idet det måtte kunne sidestilles med manglende levering. Dette afvises, idet konventionen jf.

art. 7, som hovedregel ikke tillader nationale regler anvendt ved fortolkningen, og idet der ikke i konventionens regler er indeholdt nogen distinktion mellem levering af andre varer og levering af ikke-kontraktsmæssige varer. Derfor skal spørgsmålet afgøres efter konventionens regler om ophævelse p.g.a. væsentlig misligholdelse, jvf. art. 49, jvf. art. 25.[189]

Tilsvarende synspunkter blev lagt til grund i en tysk dom af 20-0-1994, nr. 13 U 51/93 (rapporteret i Unilex) fra Oberlandesgericht Frankfurt am Main, som også fremdrager forarbejderne til konventionen:

Køber vil hæve købet af muslinger, da de overstiger tyske, offentligretlige regler om indholdet af tungmetallet

cadmium og derfor erklæres "ikke helt uskadelige". Retten udtaler, at selv om det havde været tale om offentligretlige præceptive regler, da skal bedømmelsen om der kan hæves p.g.a ikke-kontraktsmæssige varer stadig bedømmes efter konventionens regler i art. 35. Kun ved at se bort fra nationale regler, herunder offentligretlige præceptive regler, kan konventionen fortolkes og anvendes ensartet efter art. 7, stk. 1. Begrebet i art. 35, stk. 2 litra a) om varens egnethed til det formål, som varer af den angivne beskrivelse sædvanligvis vil blive anvendt til, måtte forstås som common law begrebet om handelsmæssige varer (merchantable goods) med henvisning til, at et civil law baseret forslag om varer af gennemsnitlig kvalitet blev trukket tilbage ved forhandlingen af CISG. Køber vil dog have kunnet hæve p.g.a. manglende emballage, men dette kan ikke ske som følge af for sen reklamation.

Dommen stadfæstes af Forbundsdomstolen, jvf. Bundesgerichtshof nr. VIII ZR 159/94 af 08-03-1995 (rapporteret i UNILEX) som dog uddyber synspunkterne om offentligretlige præceptive regler:

Offentligretlige regler kan godt påvirke, om der er tale om varer, som er egnet til de formål, til hvilke varer af den angivne beskrivelse sædvanligvis vil blive anvendt, jvf. art. 35, stk. 2 litra a) hvis de er relevante i det konkrete tilfælde. Dette var ikke sagen

her, idet køber måtte siges at have fået varer, som var kontraktsmæssige efter art. 35, stk. 2 litra a). Derfor kunne købet ikke hæves jvf. art. 49, stk. 1 litra a, jvf. art. 25. Der kan dog ikke opstilles en regel om, at sælger skal formodes at kende til disse offentligretlige regler, medmindre reglerne tilsvarende gælder i sælgers land, eller køber gør sælger opmærksom på dem. Dette behandles dog ikke videre, idet sagen afgøres til sælgers fordel allerede fordi der er tale om for sen reklamation.

Dommen modificerer altså underrettens dom, idet man ikke generelt kan sige, at offentligretlige regler ikke bør have indflydelse på fortolkningen af bestemmelserne i CISG.[190] I det konkrete tilfælde kunne de influere på fortolkningen af art. 35 om varernes kontraktsmæssighed, men begrebet i art. 35 skal fortolkes på konventionens præmisser. Spørgsmålet har nær sammenhæng med art. 4 og gyldighedsspørgsmålet, idet man også ville kunne anfægte det konkrete sagsforløb efter gyldighedsbetragtninger. Konventionens behandling af gyldighedsspørgsmål behandles nedenfor i afsnit 5.3.

Nationale begreber bør derfor ikke ensidigt styre fortolkningen af konventionen. Derfor skal der også tages hensyn til retspraksis i andre lande. Dette lægges således til grund i en italiensk dom, jvf. Tribunale Civile di Cuneo, Sez. I nr. 45/96 af 31-01-1996 (rapporteret i UNILEX), som lægger udenlandsk retspraksis til grund ved fortolkningen af art. 39. Dommen er desværre ikke oversat til et af "hovedsprogene", hvorfor en nærmere analyse af domstolens anvendelse af udenlandsk ret ikke er mulig her p.g.a. af sprogbarrierer.

Selv om en bestemmelse i CISG har basis i retskoncepter, som også findes i den indenlandske ret, skal fortolkningen som nævnt være autonom. Derfor kan retspraksis fra indenlandsk ret ikke per se blive lagt til grund ved en fortolkning af konventionen. Dette blev lagt til grund i en amerikansk sag, se U.S. Court of Appeals, 2nd. Circuit, nr. 95-7182, 95-7186 af 06-12-1995 (rapporteret i UNILEX).

Dommen vedrørte salget af 10.800 kompressorer, som køber skal bruge til bærbare air-condition anlæg, som skal videresælges. Der leveres ikke-kontraktsmæssige varer, og

sælger lider store tab som følge af indkøb af andre kompressorer til en højere pris, højere fragtomkostninger og tabt fortjeneste. Selv om domstolen ikke mener, at art. 74 umiddelbart er helt identisk med den i common law benyttede regel Hadley v. Baxendale, og at retspraksis om erstatning for tabt profit derfor ikke per se er anvendelig, tillægger dommerne dog køber ret store beløb for tabt fortjeneste, bare tabet kan fastslås med rimelig sikkerhed jf. amerikansk retspraksis herom. Dette gør området for tab særdeles bredt, og dommen er også blevet kritiseret[191] idet art. 74 kun omfatter krav for tab, som man forudså eller burde have forudset, henset til de omstændigheder man vidste eller burde vide ville blive en følge af misligholdelsen. Sagen illustrerer også problemet vedr. processuelle regler ctr. erstatningsretlige regler, omfattet af konventionen.

5.3. Gyldighedsspørgsmål

Mens art. 1-3 fastlægger området for hvilke materielle købstransaktioner konventionen dækker,[192] beskriver art. 4, art. 5 og i visse grænsetilfælde art. 7 (2), hvilke retsområder som konventionen søger at dække. Artikel 4 bestemmer her: Denne konvention gælder kun for købeaftalens indgåelse og købers og sælgers rettigheder og forpligtelser i henhold til denne aftale. Medmindre andet udtrykkeligt er bestemt i konventionen, gælder den især ikke for:

a) gyldigheden af aftalen eller enkelte af aftalens bestemmelser eller af sædvane.

b) den virkning aftalen kan have på ejendomsretten til den solgte vare.

Hovedreglen er altså, at det kun er aftaleindgåelsen, samt de rettigheder og pligter som opstår i henhold til aftalen, som er reguleret af konventionen. Art. 4 opregner i den forbindelse nogle eksempler på, hvad CISG ikke regulerer (opregningen er ikke udtømmende jf. formuleringen især). En simpel modsætnings slutning fra art. 4 vil derfor være, at konventionen ikke omhandler krav uden for kontrakt, gyldighedsspørgsmål og tingsretlige spørgsmål,[193] samt andre spørgsmål, der ikke

har med kontraktsforholdet mellem parterne at gøre medmindre andet udtrykkeligt er bestemt i konventionen.[194] Problemet er imidlertid, at der ikke findes nogen universel definition af hvad der må henregnes til eksempelvis gyldighedsspørgsmål. Et givent faktum kan af en dommer i ét land blive anset for at vedrøre købers og sælgers rettigheder iflg. aftalen, dvs. underkastet konventionen, men ikke direkte reguleret, og vil derfor udfinde løsningen ved hjælp af konventionsgrundsætninger jvf. art. 7, stk. 2, mens et andet lands dommer måske vil anse faktum for at vedrøre gyldighed, og derfor slet ikke være reguleret af konventionen. Et eksempel på en sådan dobbeltkvalifikation er spørgsmålet om fejltagelse i forbindelse med varens kontraktsmæssighed.[195] Spørgsmålet er da, om konventionsretten eller den indenlandske ret skal gå forud. Dette spørgsmål kan ikke alene opstå i relation til dobbeltkvalifikation men også i andre sammenhænge.

Det er klart, at en part eller retsanvenderen ikke som udgangspunkt bør have lov til at “omdøbe” faktum til at vedrøre et spørgsmål, som ikke er omfattet af konventionen og derved undgå konventionens positive bestemmelser. Omvendt kan det heller ikke være meningen, at spørgsmål, som konventionsforfatterne ikke ønskede at konventionen skulle regulere, alligevel bliver inddraget under CISG.[196] Opgaven bliver derfor at udfinde de områder, som konventionen kan siges at regulere, og som nævnt bør konventionsbestemmelserne som hovedregel tillægges en bred fortolkning. Hvis man både tolker den enkelte bestemmelse og eks. art. 4 om gyldighedsundtagelsen bredt, da er man ligevidt. Omvendt kan man ikke ud fra en autonom fortolkningssynsvinkel tillade sig at fortolke art. 4 (b) snævert, således at nationale gyldighedsspørgsmål oftere vil blive sekundære som følge af en bred konventionsfortolkning.

Ulrich Drobnig anfører, at der i denne forbindelse overordnet findes fire forskellige hovedområder for årsager til ugyldighedsindsigelser[197]:

- 1) ugyldighedsårsager som konkurrerer med misligholdelsesbeføjelser
- 2) ugyldighedsårsager, baseret i den generelle kontraktsret, og hvor der ikke konkurrence med misligholdelsesbeføjelser

3) Ugyldighedsårsager baseret i den almene civilret udenfor kontraktsretten

4) Ugyldighedsårsager baseret på ordre public eller præceptive offentligretlige regler.

De to første områder blev forsøgt inkorporeret i CISG, men dette blev bl.a. opgivet pga. deres kompleksitet.[198] Generelt kan det siges, at de har så nær forbindelse med kontraktsretten, at det kan overvejes om de bør inddrages eksplicit under CISG-komplekset.[199] Men giver CISG-regelkomplekset, som det foreligger nu alligevel løsninger, som vil kunne eller skulle bruges i stedet for national, indenlandsk ret? Dette spørgsmål har betydning for en helt række spørgsmål i relation til anvendelsen af reglerne i CISG.

5.3.1. Indenlandsk eller konventions-autonom kvalifikation af de operationelle fakta, og den funktionelt adækvate løsningsmodel.

Det er blevet foreslået som en almindelig fortolknings- og prioriteringsregel, at CISG-konventionens bestemmelser bør gå forud for indenlandsk ret, når de præsenterer en funktionelt adækvat løsning på det aktuelle retsspørgsmål. Hvis en sådan ikke kan gives, da bør national ret gå forud. Denne løsning møder bred enighed i store dele af teorien i relation til de enkelte spørgsmål.[200]

Nogle vil dog gå videre, og foreslår, at hvis de operationelle fakta, dvs. de fakta, som vil udløse en subsumering under et givent retsbegreb, f.eks. gyldighed, er de samme, som vil kunne udløse brugen af en konventionsbestemmelse, da går konventionsreglen umiddelbart forud.[201] Det lyder ikke umiddelbart som en selvfølge, at f.eks. den danske aftalelovs kap. III om ugyldighed af aftaler vil blive bortfortolket, dersom de ugyldighedsprincipper denne repræsenterer vil kunne siges også at være en del af CISG afsnit III. Synspunktet er måske også mere en følge af den meget åbne indstilling til folkeretten i visse lande, jvf. f.eks. princippet om generel inkorporering af folkeret i amerikansk ret.[202]

Sekretariatskommentaren foreslår her vedr. gyldighed, at konventionens regler går forud for de nationale regler om gyldighed.[203] Dette udsagn skal tages med et vist forbehold, idet en sådan vidtgående fortolkning vel burde have fundet udtryk i selve formuleringen af art. 4, som det gjorde vedr. specifikke bestemmelser i CISG “forgænger”, ULIS art. 34 og 53. At dette netop ikke er tilfældet bekræfter vel den formodning, at konventionsforfatterne ikke har ønsket en sådan fortolknings- og prioriteringsregel anlagt. Sekretariatskommentaren binder derfor ikke de nationale domstoles retsanvendelse, jvf. ovenfor afsnit 4.2.2.1. om de internationale forarbejders retskildeværdi. Omvendt bekræfter CISG art. 55, at kontrakter med åben pris iflg. visse landes love kan vedrøre gyldighed.[204]

Dansk teori synes mest at støtte Peter Schlechtreims modificerede synspunkt,[205] hvorefter konventionens regler på områder hvor der er fortolkningstvivil kun går forud for nationale regler,[206] hvor konventionen tilbyder en funktionelt adækvat løsning. Gomard og Rechnagel vil dog i spørgsmål udover de, som er nævnt i art. 4 litra a) og b) foretage afgrænsningen mellem CISG og indenlandske retsregler ud fra en indenlandsk kvalifikation,[207] f.eks. vedrørende spørgsmål om habilitet, fuldmagtsforhold og procedure.[208] Dette synspunkt er forståeligt m.h.t. de anførte eksempler, men derudover virker det ikke umiddelbart indlysende at indenlandske regler, som ikke er specielt indrettede på internationale køb, skulle regulere spørgsmål i relation købsaftalen, hvis der ud fra konventionens bestemmelser eller grundsætninger som *lex specialis* kan findes en løsning som er bedre egnet til at løse det konkrete spørgsmål.

Princippet om den funktionelt adækvate løsningsmodel lyder derfor til at være den løsning, der kan anbefales som et generelt fortolkningsprincip ved danske domstoles anvendelse af CISG, der herved opnår en rettesnor for den rette balance mellem hvornår henholdsvis konventionens bestemmelser og dansk[209] indenlandsk ret bør bruges.[210]

5.3.2. Aftaler, hvor prisen på varen ikke er udtrykkeligt eller stiltiende fastsat

Efter art. 14 anses et tilbud at kunne føre til en bindende aftale, hvis 1) det viser tilbudsgiverens hensigt til at blive bundet, og 2) er tilstrækkeligt præcist i form af at angive varen og udtrykkeligt eller stiltiende fastsætter eller angiver, hvordan varens mængde[211] og pris skal fastsættes. Hvis prisen ikke kan fastsættes eller angives, da er spørgsmålet, om der overhovedet er indgået en bindende kontrakt. Art. 55, som ikke befinder sig i indgåelsesafsnittet, men under afsnit III under købesummens betaling, indeholder en regel om beregningen af prisen, hvis aftalen i forvejen er indgået på gyldig måde. Justitsministeriet[212] mener som sekretariatskommentaren[213], at art. 55 kun gælder de lande, som ikke har ratificeret afsnit II om aftaleindgåelse. Ergo er det op til de nationale domstole efter art. 14 at bestemme, om der er indgået en gyldig aftale, hvis prisen ikke er angivet eller fastsat stiltiende eller udtrykkeligt i kontrakten, og hvis dette ikke er tilfældet, vil visse lande ud fra en modsætningslutning fra art. 14 antage, at der ikke er indgået nogen gyldig kontrakt, mens man i andre lande vil kunne statuere, at kontrakten er gyldig og benytte art. 55 til at fastsætte prisen.[214]

En ungarsk højesteretsdom har i den forbindelse lagt til grund, at en sælger som tilbød en køber varer uden at nævne prisen ikke var bundet af sit tilbud, jvf. sag nr. Gf.I.31.349/1992/9 af 25-09-1992 (rapporteret i UNILEX). I en østrigsk dom fra 1994, nr. 2 ob 547/93 af 10-11-1994 (rapporteret i UNILEX) omhandlende salg af Chinchilla-pelse til en pris "varierende mellem 35 og 65 DM", udtales det, at da prisen herefter var implicit aftalt, idet prisen kunne udfindes afhængig af kvaliteten, var det ikke nødvendigt at tage stilling til om art. 55 evt. ville kunne bestemme prisen.

Begge disse domme udtaler sig dog ikke direkte om forholdet mellem art. 14 og art. 55, eller at kun visse lande kan benytte art. 55. En påstand fra en af parterne i den østrigske dom om at beregne prisen efter art. 55 bliver da ej heller afvist af grunde som fremført ovenfor af Justitsministeriet og i sekretariatskommentaren, hvilket havde været nærliggende, hvis man ligefrem skulle anse art. 55 reserveret for de lande, som har taget

art. 92-forbehold om afsnit II,[215] men af den grund, at prisen godt kunne udfindes jvf. art. 14.[216]

Det ene yderpunkt er altså, om man i alle tilfælde vil benytte art. 55 til at udfylde art. 14, hvis prisen jvf. sidstnævnte ikke kan udfindes. Dette er ikke holdbart, idet man i så fald generelt lægger til grund, at der ikke behøver at være fastsat en pris jvf. art. 14, og idet forudsætningen om en gyldig indgået kontrakt i art. 55 så synes meningsløs. Omvendt afviser art. 55 at der i alle tilfælde er tale om ugyldig kontrakt, hvis prisen ikke kan udfindes af aftalen. Løsningen må være en konkret vurdering, hvorunder art. 8 om en parts hensigt, herunder parternes forhandlinger mv. er fortolkningsmomenter.[217] Hvis dette ikke antages, kan en subsummering under gyldighedsbegrebet af en forholdsvis enkel sag, som retteligt bør henhøre under CISG, medføre at indenlandske gyldighedsregler i stedet kommer til at regulere sagen[218].

5.3.3. Vildfarelser og opfyldeshindringer

Sælges en vare, som ved aftaleindgåelsen faktisk er gået under uden parternes vidende, f.eks. fordi skibet de var ombord er gået under, behandles dette i dansk ret efter grundsætningen om “impossibilium nulla obligatio”[219]. Dette vil kunne behandles ud fra såvel gyldighedsbetragtninger som opfyldeshindringer, men spørgsmålet er, om tilfældet kan siges at være reguleret af konventionen ud fra en synsvinkel om manglende opfyldelse:

Sclechtreim Unification s. 127 behandler dette eksempel: oprindelig umulighed er grunden til ikke-opfyldelse, og er omfattet af ordlyden i art. 49, og idet art. 79 ikke skelner mellem om opfyldeshindringen er opstået før eller efter kontraktsindgåelse. Desuden forudsætter anden sætning i art. 68, at varen er forsvundet før kontraktsindgåelsen. Derfor er tilfældet omfattet af konventionen. Dette begrundes med, at selvom eksemplet ikke er direkte reguleret i konventionen, og derfor kunne være omfattet af art. 4, da kan man godt udvikle grundsætninger som regulerer dette tilfælde efter art. 7, stk. 2, som forudsætter en autonom fortolkning efter art. 7, stk. 1.

Der findes endnu ingen retspraksis om dette tilfælde. Det gør der til gengæld om opfyldeshindring på grund af prisforhøjelse, se en italiensk dom fra Tribunale Civile di Monza, 14-01-1993 (rapporteret i UNILEX):

Dommen vedrører om en italiensk sælger kan undgå en kontrakt om salg af 1000 metriske tons stål, idet prisen på stål i mellemtiden inden levering er steget med 30 %. CISG er ikke anvendelig, jf. art. 1, stk. 1 litra b, men domstolen udtaler orbiter dictum, at man ikke i art. 79 kan indlægge nationale regler "hardship" for derved at prøve at "avoid" kontrakten, idet dette ikke er omfattet af konventionens reguleringsområde jf. art. 4. Tilfældet må sammenlignes med aftalelovens 36, forudsætningslæren samt køberettens umulighedsbetingelser i dansk ret ved eksorbitante prisforhøjelser.[220]

5.4. Artikel 5 og erstatning i og uden for kontrakt

CISG gælder kun for købeaftalens indgåelse og sælgers og købers rettigheder og forpligtelser i henhold til denne aftale, dvs. retsforholdet inter partes, jf. art. 4. Derfor reguleres ikke spørgsmål i.f.t. trediemand, som f.eks. produktansvar, jvf. art. 4 e.c., og tingsretlige spørgsmål, jvf. art. 4, litra b. I tilslutning hertil bestemmer art. 5, at

"Denne konvention gælder ikke for sælgerens erstatningsansvar for skade som den solgte vare volder på nogens liv eller helbred".

Art. 5 undtager altså efter sin ordlyd skade på nogens liv eller helbred. Ønsket var at undtage sådan skade fra konventionens anvendelsesområde, da indenlandske love ofte giver en bedre beskyttelse end den rent kontraktsretlige skadesberegning vil kunne give.[221]

En videre læsning af bestemmelsen vil afsløre fortolkningsmuligheder. Da konventionen kun regulerer forholdet inter partes, må en læsning af artiklen i dens kontekst medføre, at denne nogen kun kan være den, som sælgeren står i et

aftalemæssigt forhold til, d.v.s. køberen i første led. Sluttes herefter modsætningsvist, omfattes skade på køberens ting af konventionens regler.

Tingsskaden kan både være den solgte vare selv, samt hvad denne måtte forvolde af skade på køberens andre ting. Hermed er man inde i det område, som i mange lande opfattes som ansvar for produktskade, og bestemmelsen affødte da også en intens debat på den diplomatiske konference,[222] hvor meningene var delte. Flere delegerede, heriblandt Trønning fra Danmark,[223] var af den opfattelse, at det var bedst at udelade ansvar for tingsskade fra konventionen, som ikke var indrettet på at regulere sådan skade, og som kunne give problemer i forhold til indenlandske og særlige regionale regler (bla. EU-direktivet om produktansvar). Blandt andet ville konventionens 2-års regel gælde et sådant ansvar, i modsætning til de længere tidsfrister i de særlige indenlandske og regionale regler om produktansvar.

Dette synspunkt blev skarpt imødegået af Hjerner fra Sverige, som mente at en ukvalificeret henvisning til produktansvar, som desuden ikke var et fast defineret begreb, ikke burde kunne undtage en stor del af relationen mellem køber og sælger, som ifølge UNCITRAL-kommissionens udkast skulle være dækket af konventionen, f.eks. salg af defekte reservedele til fly og salg af defekte råmaterialer, som ville skade slutproduktet. Dette synspunkt blev støttet af forslagsstillerne,[224] som mente, at sådan skade var omfattet af det kommercielle og økonomiske tab, som konventionen dækkede, og at man desuden ville få en konflikt i forhold til omfanget af andre konventionsbestemmelser, f.eks. art. 35 om levering af en kontraktmæssig vare,[225] hvis man udelod ansvar for tingsskade.

Selvom der således bestod stor uenighed blandt de delegerede, og et ønske om at klarlægge forholdet mellem produktskade og skade i kontrakt,[226] godkendtes forslaget til videre foranstaltning på formandens initiativ, og modforslaget om at undtage tingsskade blev trukket tilbage uden afstemning.

Der er i dansk og udenlandsk teori enighed om, at ansvaret for tingsskade på sælgerens ting er omfattet af konventionen. Ansvarer da også er omfattet af ordlyden i art. 74 og stemmer bedst overens med artikel 7.[227]

Det spørgsmål, der nu melder sig er, om konventionen fortrænger indenlandske regler om produktansvar på områder dækket af konventionen, eller om det indenlandske produktansvar gælder sideløbende med CISG.

I dansk teori er der uenighed om hvorvidt de danske, regler om produktansvar[228] gælder ved siden af CISG bestemmelser om ansvar. Den største del af teorien mener, at reguleringen af ansvaret efter CISG næppe medfører, at man ikke også kan gøre tilsvarende ansvar gældende efter de indenlandske regler om produktansvar, og mener at man formentlig kan ifalde ansvar efter begge regelsæt.[229] Anderledes forholder Justitsministeriet sig tilsyneladende, idet man som nævnt vælger den svenske og finske model, hvorefter konventionens regler gælder. Dette medfører efter ministeriets mening f.eks. at den absolutte 2 års frist i CISG art. 39, stk. 2 gælder for tingsskade omfattet af konventionen.[230] Retspraksis bekræfter denne opfattelse, jvf. en schweizisk dom fra Handelsgericht Zürich, HG 920670 af 26-04-1995 (rapporteret i UNILEX):

Sagen omhandlede en tysk firmas køb af en speciel ”floating-tank”, indeholdende en højt-koncentreret salt-opløsning, hvor personer kunne opholde sig og bl.a. opnå smertebehandling som følge af vægtreduktionen. Imidlertid viser anlægget sig at lække vand, pga. mangler og mangelfuld installation. Køber hæver, og kræver erstatning for skaderne på gulvet (samt transportskade, som ikke vil blive behandlet her)..

Det lægges til grund, at køber i hvert fald ca. 4 uger efter levering har kunnet forvise sig om disse manglers tilstedeværelse, og herefter indenfor en rimelig frist skulle have reklameret over for sælger. Det lægges endvidere til grund at køber har bevisbyrden for reklamation er sket inden for en rimelig frist jf. alm. konventionsgrundsætninger,[231] hvilket først sker 4 uger efter undersøgelsen, og da teorien[232] som hovedregel sætter en frist herfor på 8 dage, ansås denne for overskredet. Derfor kan køber ikke hæve. Hvad angår skaden på gulvet, fastslås det, at denne slags skade, modsat personskade, er

reguleret af konventionen, og derfor går forud for tysk og schweizisk ret.[233] Da imidlertid fristen for ophævelse jf. art. 49, stk. 2 litra b (i) "rimelig tid" er analog til fristen i art. 39, stk 1,[234] følger det af ovennævnte, at også retten til at kræve erstatning mistes om følge af den for sene reklamation.

Som ovenfor anført gælder der et fortolkningsprincip, hvorefter konventionens regler skal anvendes, dersom CISG indeholder en funktionel adækvat løsning på det aktuelle retsspørgsmål. De kortere tidsfrister i CISG jvf. ovennævnte dom om art. 39 artikel tilgodeser ikke altid de hensyn, som produktansvarsregler stiller, og derfor kan man godt stille spørgsmål ved en generel anvendelse af disse frister i sager om produktansvar.[235] Omvendt skal man ikke kunne undtage retsspørgsmål fra konventionen ved funktionelt at om-kvalificere sagsgenstanden for derved at om-kvalificere den anvendbare retsregel til indenlandsk ret. Den funktionel adækvate løsningsmodel byder derfor også på fortolkningsvanskeligheder.

5.5. Henvisning til konventionsgrundsætninger og UNIDROIT-principperne

Henvisning til konventionsgrundsætninger er som nævnt sket i den i afsnit 5.4. førnævnte dom om helsetanken, og er også fremdraget i en anden schweizisk dom fra Handelsgericht Zürich nr- HG 930138 U/H 93 af 09-09-1993 (rapporteret i UNILEX), hvor det blev fastslået, at bevisbyrden for om der var tale om defekte varer, samt om der var reklameret i rimelig tid, er pålagt køber idet dette implicit kan siges at fremgå af art. 38 og 39. Dette, mener dommen, må endvidere siges at være et generelt konventionsprincip, jf. art. 7, stk. 2.

I en voldgiftssag fra en østrigsk voldgift (Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien, nr. SCH-4366, af 15-06-1994, rapporteret i UNILEX) benyttes UNIDROIT-principperne som udfyldende ret jvf. art. 7, stk. 2, idet det antages at være en grundsætning i CISG jvf. artiklerne 74 og 78, at den skadelidte skal have fuld kompensation. Da en sælger, som ikke har fået betaling, i

princippet er henvist til at søge kredit hos en bank til den i sælgers land gældende bankrente, må denne rente være udgangspunktet for erstatningsberegningen. Dette princip følger også af UNIDROIT-princippernes art. 7.4.9. I henhold til disse grunde gives erstatning, beregnet efter den gennemsnitlige bankrente i sælgers land.

5.6. Afsluttende bemærkninger

Traktater skal i dansk ret fortolkes under hensyn til deres internationale baggrund, blandt andet ved brug af traktatteksten og forarbejderne. I denne forstand ligner traktatsfortolkning almindelig aftalefortolkning, idet man skal fortolke traktaten set i lyset af hele dens formål og kontekst. Problemet ligger i, med hvilken styrke de traktatmæssige materialer indgår ved fortolkningen og udfyldningen.

I dansk teori er man traditionelt gået ud fra et konflikt-teoretisk standpunkt, hvorefter traktatretten skulle vige i tilfælde af modstrid mellem national og international ret. Denne opfattelse hænger sammen med forestillingen om den nationale lovgivningssuveræn, der normerer og legitimerer retten. I takt med den internationale rets stigende betydning for dansk ret, f.eks. som følge af EU-retten, må dette formodes at ændres, og man vil gå fra en konfliktmodel til en konsensusmodel.

Artikel 7 kan siges at repræsentere konsensussynspunktet. Artiklen pålægger de nationale domstole at fortolke og udfylde konventionen dynamisk og autonomt. Løsningen på det konkrete fortolkningsproblem skal så vidt muligt søges inden for konventionen selv, under anvendelse af bl.a. udenlandsk retspraksis og teori. Fortolkningen af art. 7, stk. 2, er også pålagt denne fortolkningsforpligtelse .

De i dansk ret i forvejen kendte fortolknings- og udfyldningsprincipper er brugbare, forudsat de tilpasses hensynene i konventionens artikel 7. Et korrekt grundlag forudsætter, at man tager hensyn til udenlandsk retspraksis og teori om konventionen. Vægten af disse kilder øges, og fortolkningen af konventionen kan ikke umiddelbart foretages ud fra en snæver ordlydsfortolkning.

Den juridiske metode tilpasses altså konventionens særlige natur, omend lovmæssige og forfatningsmæssige forhold sætter deres naturlige begrænsninger. Der kan ikke indgås nye forpligtelser uden om folketinget, og der kan ikke foretages en beskæring af den folkeretlige forpligtelse, uden at begå folkeretsbrud. Tilsvarende skal konventionen fortolkes og udfyldes, så den ikke bryder med danske offentligretlige præceptive regler.

Der findes allerede i hundredvis af domme og voldgiftsafgørelser om CISG, men ingen af betydning afsagt af danske domstole. Som gennemgået i dette kapitel, er en dom eller en teoretisk stillingtagen i litteraturen ikke altid et udtryk for den mest hensigtsmæssige løsning, og i disse tilfælde bør den teoretiske mulighed for at bruge konventionens regler ud fra betragtninger om dens ratio conventionis ikke overskygge det praktiske sigte med reglerne. Målet er ikke at skabe ensartede regler som sådan, men at skabe regler, som bedst passer til de behov, som den grænseoverskridende handel kræver. I denne henseende skal UNIDROIT principperne om internationale kommercielle kontrakter anbefales som et praktisk redskab ved fortolkningen og udfyldningen af konventionen.

[1] Jf. Elmelund, s. 225 ff.

[2] Der skal i forbindelse med CISG skelnes mellem udtrykkene national ret og indenlandsk ret, jf. nedenfor afsnit 1.3, note 14.

[3] Jf. Elmelund, op.cit. med note 2 med omtale af San Sebastian- og Lugano-konventionerne.

[4] En nærmere behandling af lovvalgsspørgsmålet ligger uden for formålet og rammerne for denne afhandling. Der henvises til litteraturen herom, f.eks. Ole Lando: Kontraktstatuttet, 3. Udg., Erik Seisby: Lærebog i International Privatret, 2. udg., Torben Svénné Schmidt: International Formueret, 1987, Joseph Lookofsky: International Privatret på formuerettens område, 1. udg., Allan Phillip: EU-IP, 2. udg., og Bent Iversen: International Handelsret, 2. udg.

[5] I relation til CISG, se f.eks. Gomard/Rechnagel, s. 20 f.

[6] Jf. Gomard/Rechnagel, s.12. Med hensyn til de retlige konsekvenser af inkorporation, se nedenfor i kapitel 2.

[7] Pr. 1. juni 1997 vil CISG være i kraft i 45 lande, se Lookofsky Scandinavia, s. 137 f. for en opregning af disse.

[8] Altså vil konventionens regler gælde, medmindre parterne har aftalt sig ud af disse.

[9] Herved får lovvalgsreglerne betydning, se Elmelund, s. 231 m. note 30 og s. 233 ff.

[10] Jf. bemærkninger s. 76, pkt. 6.1

[11] Jf. Lookofsky Scandinavia, s. 16 med illustration 2e, og s. 127 f. Desuden er det tvivlsomt om anvendelsen af CISG vil skabe usikkerhed om AFTL regler om gyldighed, idet CISG som hovedregel ikke omhandler gyldighed, jf. nedenfor afsnit 2.3.1, hvorfor AFTL kap. III vil kunne anvendes selvstændigt, jvf. Lookofsky Scandinavia, s. 33 f.

[12] Jf. Lookofsky UfR, s. 140 m. note 15. De nordiske lande nedsatte i 1980 en arbejdsgruppe, som på baggrund af af CISG udarbejdede forslag til en ny, ensartet købelov i Norden samt anbefalede ratifikation med de ovenfor anførte reservationer, se betænkning NU 1984:5.

[13] Herudover er der specielregler om køb i f.eks. kreditaftaleloven. Dette vil dog ikke blive berørt nærmere her.

[14] Købeloven af 1906 bør retteligt omtales vores indenlandske købelov, idet CISG jo er en del af national ret jf. Palle Bo Madsen i Advokaten nr. 1, 1995, s. 147 ff., samt Lookofsky UfR, s. 139, note 1.

[15] For en nøjere gennemgang af CISG anvendelsesområde se bl.a. Lookofsky Scandinavia, § 1-1, §1-4 og §§ 2-1 -2.7.

[16] Dette aspekt vil ikke blive nærmere behandlet i denne afhandling. Der henvises til litteraturen i note 4.

[17] Om retsvirkningerne af inkorporering, se nedenfor kapitel 2.

[18] Jf. grundlovens § 19, stk. 1, 2. pkt. i.f. Om denne lidt uklare regel se Bet. nr. 682, s. 17

[19] Der er altså tale om et såkaldt regeringsprærogativ

[20] Jf. Bet. nr. 682, s. 15 ff., med henvisning til Espersen, s. 24 ff, samt Dahl m.fl., s. 58 f. Opbygningen af grundlovens

§ 19 som regeringsprærogativ samt den måde, som inkorporering af traktater foretages på, er blevet kritiseret af bla. Lars Adam Rehof, se materialesamling til folkeretten, Københavns Universitet 1997, s. VII pkt. 3.3, hvor der også udtrykkes ønske om en revision af grundlovens § 19. Se også Stenderup Jensen, s. 1 ff.

[21] Jf. Wegener, s. 141, W.E. von Eyben Ordbog, s. 87, Germer Folkeret, s. 13, Gullmann/Bernhard/Lehmann, s. 16 ff.

samt Ross/Andersen/Lehmann/Magid, s. 11 ff. (tidl. udgave af Gulmman/Bernhard/Lehmann). Problemet vedrørende definitionen af folkeretten, herunder det cirkulære problem vil ikke her blive underkastet en nærmere analyse. Der henvises især til de tre sidstnævnte fremstillinger i denne note.

[22] Jf. præambelen til CISG, som også nævner en ny økonomisk verdensorden og om at fremme venlige relationer mel-

lem stater, dvs. økonomiske og politiske mål.

[23] Jf. Gullmann/Bernhard/Lehmann s. 77, og m.h.t. art. 26: Ruth Nielsen, s. 51 og Wegener, s. 144.

[24] Jf. Præambelen. Der tales i Bet. nr. 682 s. 45 om at en konvention er “selvtilstrækkelig” når den kan anvendes umid-

delbart, dvs. uden omskrivning. Begrebet “self-executing” er uklart, jf. sammesteds, og vil ikke nærmere blive behandlet her. I øvrigt skal formuleringen “anvendes umiddelbart” ikke forveksles med det samme begreb i EU-retten, som indeholder andre betydninger.

[25] Jf. Gullmann/Bernhard/Lehmann, s. 21.

[26] Fremstillingen baserer sig Gullmann/Bernard/Lehmann, s. 77 ff. som skelner mellem generel inkorporation (adoption hos Espersen) ctr. speciel inkorporation (transformation hos Espersen) og omskrivning.

[27] Jf. Espersen, s. 139.

[28] Jf. op.cit. s. 150.

[29] Se blandt andre Lookofsky Scandinavia, s. 1.

[30] Jf. Bet. nr. 682, s. 12 f. Af den internationale domstols statut, art. 38 fremgår en slags "universel" folkeretlig retskildebeskrivelse. Den internationale domstol behandler dog kun sager mellem stater. Princippet om fortolkning fremgår i øvrigt også af EF-kontraktkonventionen, idet art. 10 fastslår, at den udpegede lov også skal regulere kontraktens fortolkning.

[31] Jf. Espersen, s. 140 ff.

[32] Jf. op.cit. s. 141, med henvisning til anvendelsen af lex posterior-princippet. Gulmann/Bernhard/Lehmann, s. 83 taler om at reglerne skal fortolkes under hensyntagen til deres folkeretlige oprindelse, og det samme gør Ruth Nielsen, s. 54

[33] Jf. Gulmann/Bernhard/Lehmann, s. 86, og Ruth Nielsen, s. 53 og s. 50.

[34] Jf. Espersen., s. 147.

[35] Jf. op.cit., s. 146, idet traktaten jo skal opfyldes i god tro.

[36] Om baggrunden for at skelne mellem retskilder og fortolkningskilder, se nedenfor kapitel 3.

[37] Jf. Espersen. s. 151 og s. 142 med citat af Herman Mosler.

[38] Jf. op.cit. s. 101 ff.

[39] Jf. Espersen, s. 102, og Ruth Nielsen, s. 63.

[40] Gullmann/Bernhard/Lehmann, s. 97. Noget andet er, som anført sammesteds, at folkeretlige regler altid vil blive lagt til grund i et folkeretligt forum.

[41] Jvf. Espersen s. 162 f.. Se også Ruth Nielsen, s. 51.

[42] Jf. Espersen, s. 163-164.

[43] Jf. Wegener, s. 21 og 31ff., W.E. v. Eyben 1991, s. 15 og 1996, s. 213, som opdeler retskilderne i de principale og de subsidiære, se kritisk hertil Sv. Gram Jensen, 1989. s. 85 ff. og Wegener, s. 31.

[44] Jf. Wegener, s. 31-33.

[45] Wegener s. 276, udtrykker det således: "I dag er det utvivlsomt den overvejende opfattelse, at tolkningslæren alene siger noget om, hvilke faktorer der kan spille en rolle ved fortolkningen, og hvilken fremgangsmåde der sædvanligvis følges af de retsanvendende myndigheder, begge dele med ikke ringe usikkerhed. Tolkningslæren har derfor med andre ord deskriptiv karakter og udelukker ikke afvigelser mellem de enkelte retsområder".

[46] jf. Wegener, s. 277.

[47] Jf. Gram Jensen 1993, s. 101.

[48] Se som nævnt ovenfor Espersen, s. 162 f. og endvidere Ruth Nielsen, s. 24 og s. 51.

[49] Om denne i og for sig ejendommelighed, se Bernhard Gomard: ”Et retspolitisk program for dommerskabt ret”, i: Højesteret 1661-1986, UFR særudgave 1986.

[50] Beskrivelsen kan være almen, som f.eks. Svend Gram Jensens fremstilling men også speciel, f.eks. Ruth Nielsen som særligt inddrager internationaliseringsaspektet, se nedenfor afsnit 3.6. Herudover er der indenfor de specielle discipliner særlige fremstillinger, f.eks. Palle Bo Madsen fremstilling af fortolkningsdata, fortolkning og udfyldning indenfor aftaleretten i ”Aftaler og Mellemmænd”, 2. udg. 1995.

[51] Jf. Wegener s. 31.

[52] Jf. Gram Jensen, s. 93.

[53] Jf. op.cit, s. 121f.

[54] *ibid.*

[55] Dette gælder Alf Ross, Ruth Nielsen, Svend Gram Jensen og Morten Wegener, men ikke Preben Stuer Lauridsen, der opfatter retskildelærens genstand som metanormer, der angår retsdogmatikerens teoretiske virksomhed, jf. Gram

Jensen, s. 83 ff. og side 121 ff.

[56] Ross afstod selv fra fast at definere retskildebegrebet, og modificerede også begrebet i relation til folkeretten.

[57] Jf. W.E von Eyben 1991, s. 24

[58] jf. Gram Jensen, s. 88 og 94

[59] Jf. W.E von Eyben 1991. s. 15 og s. 24.

[60] jf. Wegener, s. 21,

[61] EU-retten er her en speciel kategori, jvf. kompetencen til at udstede umiddelbart bindende retsakter.

[62] jf. Gram Jensen, s. 93.

[63] Alf Ross "direktiv-diskussion" jf. Wegener , s. 21.

[64] Jf. Gram Jensen, s. 95-97.

[65] Herudover er der regler om genoptagelse i strafferetlige sager, jf. retsplejelovens regler herom.

[66] Dette er Gram Jensen sig bevidst, men afviser at en forsyndelse mod de retskildemæssige metanormer vil kunne have anden konsekvens end at synspunkterne ikke vil blive taget seriøst, og for en dommers og en advokats vedkommende, de ovenfor ved note 65 nævnte sanktioner.

[67] Jf. op.cit. s. 101.

[68] Jf. op.cit. s. 122.

[69] Jf. Wegener, s. 93

[70] ibid.

[71] Som når andre hensyn inddrages i national ret, f.eks. ved brug af forarbejder i strafferetlige spørgsmål.

[72] Jf. Wegener, s. 162.f. Fortolknings-, formodnings-, og instruktionsreglen gælder fortolkning af lovbestemmelser i relation en traktat, og ikke fortolkningen af selve traktaten.

[73] op.cit. s. 320, som særligt nævner Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og EU-retten.

[74] Se om dette uddybende nedenfor i kapitel 4.

[75] jf. Wegener, s. 311.

[76] Hvordan danske domstole skal forholde sig i åbenlyse konfliktsituationer, er dog stadig ikke med sikkerhed afklaret,

jf. Wegener, s. 316

[77] F.eks. kan nævnes direktivet om produktansvar, som har relevans i.f.t. både national ret og CISG-konventionen

[78] Dette gælder f.eks. formueretten, jf. Wegener, s. 312 ff, hvor der dog er en udvikling i form af Lando-kommissionen, som har udformet principperne til en europæisk kontraktsret, bl.a. på baggrund af CISG, se Ole Lando og H. Beale: *The Principles of European Contract Law*, 1995.

[79] Jf. Wegener, s. 316 ff.

[80] Jf. Wegener, s. 317 nederst, idet det bemærkes, at hans fremstilling er fra 1994.

[81] *ibid.*

[82] *ibid.*

[83] Jf. Wegener, s. 320.

[84] Jf. op.cit, s. 321.

[85] Ibid.

[86] Jf. Niels Madsen, s. 43.

[87] Jf. Wegener, s. 321.

[88] 4. reviderede udgave, 1995.

[89] Jf. op.cit. s. 16.ff.

[90] Jf. Ruth Nielsen, s. 211.

[91] Jf. op.cit. s. 17

[92] Jf. Ruth Nielsen, s. 16.

[93] Jf. Wegener, s. 77.

[94] Herudover nævnes et “samspil mellem selvregulering og autoritativ retsfastsættelse”, Ruth Nielsen, s. 211. Synspunktet gentages og uddybes i Ruth Nielsen Internationalization.

[95] Se i denne forbindelse for svensk rets vedkommende NJA 1984, s. 693, hvor den svenske Højesteret i afgørelsen af et spørgsmål med internationale relationer vedrørende afvejningen mellem forskellige fortolkninger fremdrog hensynet til herunder at tage udviklingen i den internationale handel, og det stadig mere intense kommercielle samarbejde mellem de forskellige lande i betragtning, jf.: Aleksander Peczenik og

Gunnar Bergholz i *Interpreting Statutes*, s. 317 under omtale af den funktionelle fortolkning af lovregler.

[96] Niels Pontoppidan i *Feststrift til Ole Due*, 1996. Koopmans konkluderer på s. 203 : “For the study of the sources of law, the notion of sovereignty - whatever its further merits - is not any more a meaningful concept”. Se tilsvarende Ruth Nielsen *Internationalization*, s. 9 ff.

[97] Sml. Peter Germer *statsforfatningsretten*, s. 24, der med henvisning til denne konkrete sag ikke mener at grundloven normerer den juridiske metode i relation til de argumenter, som Højesteret kan pådømme. Sagen omhandlede besættelsen af Christiania, hvor der fra besætternes side blev fremført det argument, at deres levende brugsret måtte gå forud for statens døde ejendomsret. Hertil bemærkede Højesteret: “Heroverfor er det nødvendigt at fastslå, at hvis Christiania ikke i kraft af givne løfter har et retligt krav på at fortsætte brugen af området, er domstolene udelukket fra ud fra de påberåbte menneskelige og sociale hensyn at tilkende Christiania en sådan ret. Dette følger af den opdeling af statsmagts funktioner i lovgivende, udøvende og dømmende magt, som er fastsat i Grundlovens § 3. Det er ikke domstolene, men regering og Folketing, som det tilkommer at tage stilling til dette spørgsmål”. Se endvidere Ditlev Tamm: “Domstolene som statsmagt - set med en retshistorikers øjne” i *UfR* 1997, s. 87 ff.

[98] Om den danske oversættelses generelle status som retskilde- og fortolkningsmateriale, se nedenfor afsnit 4.2.1.

[99] Jf. von Caemmerer/Schlechtrem, art. 7, pkt. nr. 10

[100] Jf. Børge Dahl i *Karnow*, s. 3723, *Lookofsky Scandinavia*, s. 24, § 2-9, *Enderlein/Maskow*, s. 55, *Kritzer*, s. 108 f., *Gyula Eörsi i Galson/Smit*, § 2.03, *Bianca/Bonell*, s. 72 ff., *Honnold sales*, s. 136 ff., og von Caemmerer/Schlechtrem, art. 7, pkt. 11. Nedenfor i kapitel 5 vil de nærmere praktiske konsekvenser af dette blive belyst på baggrund af retspraksis.

[101] Jf. von Caemmerer/Schlechtreim, art. 7 pkt. 12 og 13.

[102] Jf. Gyula Eörsi i Galston/Smitt, § 2.03 s. 2-6: "And where should the material for interpretation of the convention be sought ? Clearly, this should, unless CISG expressly provides otherwise, be taken from the Convention itself. It should not be taken from external sources such as the law of the forum or the law applicable under a conflict of laws rule. CISG is not a law complementary to national laws but is meant to be a exhaustive regulation". Se tilsvarende Enderlein/Maskow, p. 55, Honnold Sales, s. 135-145, Bianca/Bonell, s. 72-74 og s. 88 ff., von Caemmerer/Schlechtreim, art. 7 pkt. 19 ff. og i samme retning Lookofsky Scandinavia, p. 73 f. og bemærkninger til art. 7, som uddybes nedenfor samt Gomard/Rechnagel s. 47 ved note 6.

[103] Jf. Wegener, s. 143.

[104] Jf. bemærkninger. s. 77, Espersen, p. 342 ff, Bet. nr. 682, s. 8 f, og Gomard/Rechnagel, s. 19, og med hensyn til tysk ret von Caemmerer/Schlechtreim, art. 7, pkt. 21.

[105] Både slutdokument (Document A/CONF.97/18) og alle autentiske konventionstekster er optrykt i Honnold documentary, s. 764 ff.

[106] Teksten umiddelbart efter CISG art. 101, stk. 2, se feks. Karnov, s. 3735.

[107] Jf. Espersen p. 354 med henvisning til UfR 1962.444, cfr. dog samme forfatter, s. 141, samt von Caemmerer/Schlechtreim, art. 7, pkt. 22.

[108] Jf. von Caemmerer/Schlechtreim, s. 96, ved 21.

[109] Jf. Kritzer, p. 560 som her henviser til traktatskonventionen art. 33. Se kritisk om dette nedenfor afsnit 4.4.1.

[110] Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction) Case (1924).

[111] Jf. Espersen, s. 341, og som s. 355 konkluderer, at der på baggrund af praksis ikke kan opstilles sikre formodninger om, hvordan domstolene vil reagere i tilfælde af sproglige uoverensstemmelser.

[112] Jf. Kritzer, s. 59 med henvisninger til Bianca/Bonell. Cfr. dog nedenfor note 117.

[113] Jf. Bergem/Rognlien, s. 453.

[114] Arbejdet er foregået under FN's kommission for international handelsret, UNCITRAL, og forløbet har været tredelt: fra 1970-1977 udarbejdede en arbejdsgruppe, bestående af repræsentanter fra 14 lande, udkast til henholdsvis ensartede internationalt køberetlige regler, og internationalt køberetlige aftaleretlige indgåelsesregler. Disse to udkast blev bearbejdet til ét samlet udkast til en konvention i 1978 af den samlede UNCITRAL-kommission, bestående af 36 lande, og endelig behandlet på en over 1 måned lang diplomatisk konference med deltagelse af repræsentanter fra 62 lande i Wien fra 10 marts til 11 april 1980. Disse tre stadier udgør det, som under normale omstændigheder udgør processen i udarbejdelsen en national lovbestemmelse, men kan altså ikke sammenlignes med en formaliseret lovgivningsprocedure i en nationalstat. Den endelige vedtagelse må ses som en resultatet af en konsensuspræget fremgangsmåde, ofte under vedtagelse af kompromisforslag, men både 1978-udkastet og den endelige konvention blev vedtaget enstemmigt. Den typiske fremgangsmåde var fremsættelse af forslag til en bestemmelse, efterfølgende debat med eventuelle ændringer eller tilføjelser, og herefter en afstemning. Vedtagelse på den endelige diplomatkonference krævede 2/3-dels flertal af plenum. Derfor består forarbejderne ofte af rene meningsudvekslinger, der, selvom de har relevans som retskilde, ikke kan tillægges større vægt end en almindelig folketingsdebat. Når man læser referaterne fra diplomatkonferencen sker det da også ofte, at formanden abrupt afbryder forhandlingen (oftest ved eftermiddags- og aftenssamlingerne...), og sætter et forslag til vedtagelse som er et udtryk for kompromis, og som han anbefaler til afstemning.

[115] Bergem/Rognlien, s. 449.

[116] Cfr. Diedrich, s. 355 som lægger afgørende vægt på konventionens præambel, dens ratio conventionis, og ud fra denne samt konventionsteksten og forarbejder mener at kunne udfinde en “Wille des “internationalen Gezetsgebers” ” idet dette materiale udgør “die einzige gleichermassen vervügbare originäre (einheitliche) Auslegungshilfe”. Hvor smuk denne tanke end er, må den på baggrund af ovennævnte gennemgang afvises, se også Diedrich, s. 355 note 23. Diedrich vil som en af hovedprincipperne i CISG fremhæve behovet for at fremme en ensartet ret, men dette er jo en så generel betragtning i relation til fortolkning, at den i bedste fald er intetsigende. Det må her være mere centralt med bestemmelsernes formål. Se i øvrigt også gennemgangen nedenfor afsnit 4.4.2.

[117] Jf. Gomard/Rechnagel, s. 18 tillægger sekretariatskommentaren “betydelig værdi som retskilde”.

[118] Jf. Kritzer, s. 2.

[119] Jf. Honnold documentary, s. 404.

[120] Lookofsky Scandinavia, s. 23, Wegener, s. 306 og Bet. nr. 682, s. 9.

[121] Jvf. Bet. nr. 682, s. 9.

[122] Det samme gælder konventionens forgængere om internationale salg og indgåelse af kontrakter, ULIS og ULF.

[123] s. 3721.

[124] Jvf. Ruth Nielsen, s. 162, og s. 144 m. note 38 med henvisning til Joseph Lookofsky.

[125] Jf. Elmelund, s.. 232, note 33.

[126] Jf. Karnow s. 3723. Art, 5 behandles uddybende nedenfor i kapitel 5.

[127] Jf. Honnold Documentary, s. 68

[128] Jf. bemærkninger til artikel 7.

[129] Jf. Karnow, s. 3723

[130] I overensstemmelse med Karnows retskildemæssige vægtning af Justitsministeriets bemærkninger nævnes disse ikke til støtte for synspunktet.

[131] Jf. Lookofsky UFR, s. 139 og Honnold practice, s. 120 ff.

[132] Retspraksis kan findes i diverse tidsskifter, og i domssamlinger, feks. UNILEX, som benyttes i denne afhandling, samt på Internettet via Pace Law University og Freiburg Universität databaserne. Desuden har FN en tilgængelig database på internettet, hvor man kan finde abstrakter af relevante afgørelser.

[133] Se Honnold practice, s. 124, med henvisning til bla. hollandsk ret, hvor der de jure ikke gælder et et sådant princip, men at dette dog antages at gælde de facto. Tilsvarende kan det antages at forholde sig i dansk ret.

[134] Jf. Wegener, s. 136 f.

[135] Honnold practice, s. 127 har nogle interessante eksempler vedrørende doktrinen om CISG, hvor man er tæt på at sige at der består en pligt til at tage hensyn til udenlandsk doktrin: "The national reports show that in many jurisdictions doctrinal writing plays a significant role in adjudication. (Let us refer to these as "D" jurisdictions.) It seems to follow that a jurisdiction that relies primarily on

earlier court decisions (a “C” jurisdiction) would error if it concluded that, in the absence of court decisions in a “D” jurisdiction, there was no basis for predicting the approach of its tribunals. To be specific, let us assume that a tribunal in a “C” jurisdiction in construing the Sales Convention faces alternative constructions “X” and “Y”. This court concludes that, pursuant to Art. 7 of the convention, the court should give regard to the interpretation that would be more consistent with the Convention’s “international character and the need to promote uniformity in its application”. Let us assume further that doctrinal writing, highly regarded in several “D” states, supports interpretation “X” and rejects interpretation “Y”, and there are no court decisions or writings supporting interpretation “X”. It may be suggested that the objective of “uniformity of application” laid down in Art. 7 calls for substantial regard for interpretation “X” (...). Let us reverse the field, and suppose that doctrinal writing in “C” jurisdictions favors interpretation “Y”, but that such writing has little influence in those jurisdictions. It may be suggested that tribunals in other jurisdictions need not give weight to this doctrinal writing to carry out the Article 7 objective of “uniformity” but only for the persuasive value (if any) for the authors reasoning. Later we shall consider the danger of hasty conclusions by judges and lawyers that the Convention is simply codifying the legal traditions of their own domestic law. Would it not be appropriate for tribunals even in “C” jurisdictions to consult international scholarly writing simply to avoid the over-hasty recourse to the familiar concepts of domestic law?”

[136] Denne internationale “kanon” udgør de i denne afhandling udfærdigede kommentater, forkortet: (se s. 29) Bergen og Rognlien, Bianca/Bonell, Enderlein/Maskow, Galston/Smit, Honnold sales, von Caemmerer/Schlechtreim og af dansk litteratur: Elmelund, Lookofsky Scandinavia og Gomard/Rechnagel . Som fremhævet af Hellner Litteraturen s. 5 ff. er det imidlertid nødvendigt at forholde sig kritisk til de værker af enkelte forfattere, som har været tilknyttet konferencen repræsenterende en given nation, idet deres egne ønsker på konventionens vegne ofte skinner igennem. Som et mere objektivt værk fremhæver Hellner særligt von Caemmerer/Schlechtreims kommentar til CISG, samt et nyt værk af Peter Schlechtreim: Internationales UN-Kaufrecht. Ein studien- und Erläuterungsbuch zum

Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). J.C.B. Mohr. Tübingen 1996. Dette værk har forgæves været eftersøgt på danske og udenlandske biblioteker af nærværende afhandlings forfatter.

[137] Jf. Ruth Nielsen, s. 178 og Wegener, s. 131 f.

[138] Jf. ovenfor kapitel 3, note 45.

[139] Jf. Karnov, s. 3641, note 2. Se også Ruth Nielsen, s. 189ff, med henvisning til bl.a. Palle Bo Madsen vedr. om AB 92 og Ole Lando vedr. INCOTERMS stiller det spørgsmål, om kontraktspraksis kan gennembryde deklatorisk lovgivning, og at svaret er, at der iflg. norsk ret foreløbig er antydninger i denne retning, og Wegener, s. 128-140. Man kan altid diskutere om ovenstående har status af retskilde, men den praktiske værdi af alm. retsprincipper, sædvaner og forholdets natur er betydelig ved fortolkning og udfyldning.

[140] Jf. Karnov, s. 3723 ved artikel 6, note 23, samt Elmelund, s. 236 med note 13.

[141] Art. 9 vil ikke yderligere blive behandlet her.

[142] Jf. Ruth Nielsen, s. 194 ff.

[143] Jf. Gomard/Rechnagel, s. 48 f. og Elmelund, s. 239 m. note 29

[144] Jf. Honnold documentary, s. 369 ff.

[145] Jf. Gomard/Rechnagel, op.cit., og i samme retning: Bergem/Rognlien, s. 450, Lookofsky Scandinavia, s. 25 med note 91, Enderlein/ Maskow, s. 54. med henvisning til udviklingen i opfattelsen til partsautonomien. For dansk rets vedkommende kan dette bekræftes med henvisning til AFTL § 36. Se endvidere Lando Performance, s. 209, og von Caemmerer/Schlechtrem art. 7, pkt. 15-18.

[146] Eksempelvis kan man jo både betegne misbrug af oplysninger mod bedre viden som et brud på god forretningsskik, som værende imod konventionsgrundsætninger, eller noget helt tredje, som værende omfattet af indenlandske gyldighedsregler. Om dette spørgsmål, se nærmere nedenfor i kapitel 5.

[147] Jf. Enderlein Uniform Law, s. 331 ff., Enderlein/Maskow, s. 55, Schlechtreim Unification, s. 136 ff., og von Caemmerer/Slechtreim, art. 7 pkt. 19.

[148] Denne gennemgang bygger på Schlechtreim Unification.

[149] Som Enderlein Uniform Law, s. 334 udtrykker det: “Domestic rules of interpretation are something different from interpretation of domestic rules”, og “Therefore one should not reject all the domestic rules of interpretation but distinguish between such rules as are suitable for uniform law and those which are not”, men også: “I should not say that traditional rules of interpretation of national law are sufficient for the interpretation of uniform law” (s. 335). Dette følger de betragtninger om retsområder og fortolkning, som er behandlet ovenfor i kapitel 3.

[150] Enderlein Uniform Law, s. 331. Se også Interpreting Statutes, s. 461 ff. hvor en fælles, “universel kerne” af 11 hovedfortolkningsargumenter/metoder opregnes.

[151] Jf. Interpreting Statutes, p. 464. I kapitel 5 behandles retspraksis om denne problemstilling.

[152] Dette er et generelt princip, som imidlertid ved særlige bestemmelser må modificeres, se nedenfor om en for udvidende fortolkning af art. 4, litra a. om gyldighedsspørgsmål undtaget fra konventionen.

[153] Sml. ovenfor ved note 110.

[154] Jf. Schlechtreim Unification, s. 139 note med henvisning til en tysk Forbundsdom fra 14 juli 1983 i relation til forskelle mellem den engelske og franske udgave af CMR-konventionen.

[155] Se Schlechtreim Unification, s. 124 ff. som bygger sin fremstilling på tysk retspraksis om CISG's "forgængere", ULIS og ULF.

[156] Jf. Enderlein Uniform law, s. 336-340. Om sædvaner i relation til art. 7, stk. 2 se nedenfor afsnit 4.5.3.

[157] Her har især common law landene haft problemer, idet man traditionelt har lagt mest vægt på ordlyden, og ikke lagt vægt på forarbejder. Denne holdning er nu opblødet mht. regler med international baggrund, se sagen Fothergill v. Monarch Airlines, hvor det engelske House of Lords lagde til grund, at bestemmelserne i Warzawakonventionen ikke som udgangspunkt skulle fortolkes snævert som normalt i common law, og at der ved fortolkningen af konventionen skulle tage hensyn til forarbejder og udenlandsk retspraksis. Dette vil få indflydelse på de domme, som afsiges om CISG i common law lande, jvf. Honnold Practice, s. 132.

[158] Enderlein Uniform Law s. 335 f. behandler også traktatskonventionen art. 31-33 om bl.a. ordlydsfortolkning og brugen af forarbejder, og mener som John Honnold, at CISG selv bør bestemme sine fortolkningsregler, idet der er behov for mere fleksible regler ved fortolkningen af materielle regler i CISG end ved fortolkningen af bestemmelser rettet mod at regulere forholdet mellem stater.

[159] Jf. Schlechtreim Unification, s. 140 f. og Enderlein/Maskow s. 56. Særlige fortolkningsmomenter kan dog tilsige andet, se nedenfor om CISG art. 35 i kapitel 5.

[160] Jf. Schlechtreim Unification, s. 140 f.

[161] Jf. op. cit. s. 149, afsnit 2a)

- [162] Jf. Enderlein Uniform Law, s. 340.
- [163] Jf. Hellner Gab-filling, s. 226.
- [164] Om skjulte og åbne huller, se Diedrich, s. 353 - s. 355
- [165] Jf. Lookofsky Scandinavia, s. 26 og von Caemmerer/Schlechtrem, art. 7 pkt. 28.
- [166] Jf. Enderlein Uniform Law, s. 343.
- [167] Jf. Hellner Gab-filling, s. 226 og Enderlein Uniform Law, s. 346.
- [168] Jf. Lookofsky Scandinavia, s. 27, Elmelund, s. 239, von Caemmerer/Schlechtrem, art. 7, pkt. 29-30, Enderlein/Maskow, s. 56 ff. og generelt: Hellner Gab-filling. Generelt skal man passe på med at analogisere ud fra meget vage bestemmelser, og det kan være helt udelukket ved udtømmende bestemmelser.
- [169] Jf. Hellner Gab-filling
- [170] Jf. Diedrich, s. 357.
- [171] op.cit, p. 358 f. Se også Ulrich Magnus: Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht, RabelsZ 59(1995) s. 469ff.
- [172] Jf. om dette Wegener, s. 296 ff.
- [173] Nævnes bør også Rechtsanalogien, som nærmest kommer under Diedrichs pkt. 4. Se om dette også Lookofsky Scandinavia, s. 27 med note 99.
- [174] Om kritikken af Diedrich's antagelse af præambelens ratio conventionis som ledende fortolkningsprincip, se ovenfor afsnit 4.2.2.1.

[175] Jf. Lookofsky Scandinavia, s. 28 med note 112.

[176] Se Bonell i Dahl m.fl., Bonell Tulane og Wichard. Principperne er udgivet af UNIDROIT, men findes også gengivet i deres helhed i visse tidsskrifter, se f.eks. Tulane Law Review, vol. 69, 1995, s. 1259 ff.

[177] Se UNIDROIT, s. VIII f. eller Bonell Tulane, s. 1126. Ekspertene sad ikke som officielle repræsentanter fra et givent land, men i kraft af deres retsvidenskab. De skandinaviske retssystemer var repræsenteret ved bl.a. Ole Lando.

[178] Jf. Bonell Complementary, s. 30

[179] Jf. Principles, art. 3. 10, stk. 2: “Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing”.

[180] Jf. Bonell Tulane, s. 1134-1141. , og Bonell i Dahl m.fl. s. 94 f.

[181] Se f.eks. Lookofsky Scandinavia, s. 29, s. 46 m.fl, og Enderlein/Maskow, s..55

[182] Som nævnt må det antages at være uden retlig betydning, at art. 7, stk. 1 ikke også indeholder formuleringen anvendelsen, jvf. Gomard/Rechnagel, s. 48, note 9. Se dog diskussionen om “god forretningsskik”.

[183] Jf. Bonell Complementary, s. 34 f. med flere eksempler.

[184] Jf. op.cit. s. 37. Se også Alejandro M. Garro: The Gap-filling role of the UNIDROIT principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG” i : Tulane Law Review, vol. 69, 1995, s. 1149 ff, samt Wichard, s. 294 ff og s. 297 ff.

[185] Jf. Bonnell Complementary, s. 38, og Wichard, s. 282 ff. som i sin analyse påviser, at principperne bør anerkendes som "lov" ud fra både kollisionsretlige og materielretlige betragtninger. Dog skal dette dog kun gælde, når parterne selv har henvist til principperne, ikke som ex officio anvendelig ret fra domstolene, jf. op.cit. s. 282. Se også Luiz Olavo Baptista: The UNIDROIT Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Private Law i Tulane Law Review, vol. 69 1995, s. 1209 ff.

[186] Se Hultmark s. 669 som vedr. princippernes stilling som retskilde ved svenske domstole i relation til internationaliseringen af aftaleretten konkluderer, at dommeren godt kan tage dem i betragtning, at han også bør tage dem i betragtning, og at han skal tage dem i betragtning, hvis de i fremtiden udvikler sig til handelssædvane. Sml. i relation hertil dansk ret, kbl. § 1, stk. 1, og i relation til CISG, art. 9.

[187] For en kritisk gennemgang af retspraksis kan henvises til Bonell/Liguori.

[188] Den eneste dom der er offentliggjort, vedrører en simpel konstatering af konventionens regler om betalingssted for varen i tilfælde af mangel på anden aftale, jvf. art. 57, stk. 1, litra a. Spørgsmålet opstod i forbindelse med et værnetingsspørgsmål, og illustrerer ikke de problemer, som denne afhandling er beskæftiget med. Dommen en offentliggjort i UFR 1996.616 f.

[189] Jf. også art. 35 om sælgerens pligt til at levere kontraktmæssige varer. Aluid pro alio grundsætningen er behandlet af Honnold sales, s. 335, der har samme opfattelse, som den der i dommen lægges til grund.

[190] Dette skal ikke forveksles med det spørgsmål, om præceptive regler om sundhed vil kunne hindrer salget af varer i en konventionsstat.

[191] Se Lookofsky Scandinavia, s. 96 f. Sammesteds behandles et interessant aspekt, nemlig hvorvidt erstatnings ansvarslovens § 24 kan påberåbes i disse sager, se s. 97 med

note 128 og 129. Spørgsmålet hænger sammen med gyldighedsproblematikken, se afsnit 5.3.

[192] Også her støder retsanvenderen på fortolkningsproblemer, men disse vil ikke blive behandlet her. Der henvises til litteraturen og retspraksis omkring dette problem.

[193] De tingsretlige spørgsmål er ikke genstand for så store fortolkningsproblemer, som gyldighedsspørgsmålene er det, og vil derfor ikke blive undersøgt nærmere her. Se Diedrich, s. 359 ff.

[194] Jvf. Lookofsky Scandinavia, s. 18 f.

[195] Jf. Drobnig, s. 637 med følgende eksempel: En køber har haft en fejlagtig opfattelse af varens kvalitet. I tysk teori og retspraksis anses dette for værende omfattet af CISG regler om varens kontraktsmæssighed som tilsidesætter indenlandske regler, mens østrigsk teori vil give køberen et frit valg mellem at ville påberåbe sig CISG's misligholdelsesregler eller nationale ugyldighedsregler.

[196] Jf. Enderlein/Maskow, s. 39. Se i denne forbindelse Diedrich, s. 353 ff, som med henvisning til de i IPR-regler almindeligt forekommende bestemmelser om så vidt muligt at undgå spaltning af kontraktsstatutet (depecage), mener at kunne vise, at man så vidt muligt skal anvende CISG's egne regler. Derfor viser IPR-reglen i art. 7, stk. 2 så at sige "tilbage" til CISG selv. Dette medfører, at man skal gå til det yderste for at sikre, at CISG kan siges at regulere spørgsmålet, hvorfor Diedrich mener at princippet i art. 7, stk. 2 kan udvides til også at give grundsætninger for eksempelvis gyldighedsspørgsmål. Diedrich begrundet denne fortolkning med henvisning til at art. 7, stk. 2's ordlyd ikke forhindrer dette, og at forarbejderne ikke modsiger dette.

[197] Jf. Drobnig, s. 637 f.

[198] Jf. op.cit. s. 638

[199] Jf. op.cit. s. 643 f.

[200] Jf. Lookofsky Scandinavia, s. 56 vedr. forskellen på erstatning i/uden for kontrakt, og Enderlein/Maskow, s. 41.

[201] Jf. Honnold Sales, s. 115 og s. 120 i relation til både gyldighed og produktansvar. Synspunktet støttes af Enderlein/Maskow, se s. 41, Kritzer, s. 81 og Ulrich Drobnig, s. 637.

[202] Jf. Gulmann/Bernhard/Lehmann, s. 82 f.

[203] Jf. Honnold Documentary, s. 407: "Although there are no provisions in this convention which expressly govern the validity of the contract or of any usage, some revisions may provide a rule which would contradict the rules on validity of contracts in a national system. In case of conflict the rule in this Convention would apply".

[204] Jf. Ulrich Drobnig, s. 636 f.

[205] Jf. Gomard/Rechnagel, s. 39: "I tilfælde af konflikt skal konventionens regler normalt anvendes" (fremhævet her) og Lookofsky Scandinavia, p. 54 ff, især s. 56-57 med noterne 59-63.

[206] Eller evt. andre regler, jvf. Lookofsky Scandinavia, s. 57 m. note 63.

[207] Jf. Gomard/Rechnagel, s. 40.

[208] Jf. op.cit. s. 40-41.

[209] Eller udenlandsk i de tilfælde hvor anvendelsen af CISG går gennem et andet lands lov, jvf. art. 1.

[210] Se i denne retning Lookofsky Scandinavia, s. 56 f.

- [211] Dette fortolkningsproblem vil ikke yderligere blive behandlet her.
- [212] Jf. bemærkningerne. til art. 55, s. 102.
- [213] Jf. Lookofsky Scandinavia, s. 68 m. note 129.
- [214] Jf. op.cit. s. 55 ff.
- [215] Hvad hverken Tyskland eller Østrig har
- [216] I samme retning Cour d'Appel de Grenoble 26-04-1995, som heller ikke umiddelbart afviser art. 55 i en sag hvor prisen på varerne ikke direkte er aftalt, men hvor art. 55 anses for afvejet i kontrakten. Sagen er rappoteret i UNILEX.
- [217] Jf. Lookofsky Scandinavia, s. 36 f.
- [218] Jf. Lookofsky Scandinavia s. 37, med note 25. Se også R. I. W. 1996, hæfte 10, s. 854 f.
- [219] Eksemplet omtales også i Bemærkningerne til art. 79.
- [220] Se også Hellner Litteraturen, s. 13
- [221] Se indlæg no. 11 af Plantard (Frankrig) i Honnold, Documentary, p. 466.
- [222] Se Honnold, Documentary, p. 466 ff.
- [223] Samt bla. Rognlien fra Norge, Maskow fra det tidligere Østtyskland, og Shafik fra Egypten
- [224] Som bestod af Frankrig, Finland og USA.

[225] Bestemmelsen svarer nærmest til det i dansk retspraksis udviklede mangelsbegreb, se Just.min.bem. til art. 35, og Lookofsky Scandinavia, p. 56, note 66: ”almindelig god handelsvare (...)”

[226] Se f.eks. Herber, indlæg no. 21, i Honnold, Documentary, p. 467.

[227] Jf. Børge Dahl i Karnov, p. 3723 med henvisninger, og bemærkninger., p. 80ff. med henvisning til de svenske og finske forarbejder til CISG. Justitsministeriet vælger at se bort fra den løsning, som Norge lægger til grund nemlig at ansvaret både kan være efter konventionen og efter indenlandsk ret.

[228] Dette vil være de i retspraksis udviklede regler, idet Produktansvarsloven ikke omfatter erhvervstingskade, jvf. Lookofsky Scandinavia, p. 55, note 51 og Gomard/Rechnagel

[229] Karnov, p. 3723. For samme opfattelse se Elmelund og Nørgaard, p. 181, note 22 og Lookofsky Scandinavia

[230] For samme opfattelse se Palle Bo Madsen i Juristen 1990, s. 292 f. og Lando, s. 11

[231] Se om dette nedenfor afsnit 5.5.

[232] CISG var anvendelig som en del af tysk ret efter at lovvalgsspørgsmålet var afgjort til fordel for tysk ret jf.

[233] Dommens pkt. 5 b: “Auch bezüglich der folgeschäden findet das Wiener Kaufrecht Anwendung und geht dem schweizerischen und deutschen Recht vor(...) Nach Art. 45 Abs. 1 litb CISG kann der Käufer bei Verletzung der Pflichten des Verkäufers Schadenersatz nach Art. 74-77 verlangen. Diese Haftung des Verkäufers umfasst alle

Fälle der Leistungsstörungen, insbesondere auch Schlechterfüllung und die eigentlichen Mangelfolgeschäden (...)”.

[234] Cfr. bemærkninger s. 94, som mener at man også efter udløbet af en art. 39-tidsfrist vil kunne hæve - noget der ikke vil have indflydelse på erstatningsspørgsmålet i denne dom.

[235] Jf. også Lookofsky, s. 56 f. Se også Christoph Schmid, i R.I.W 1996 nr. 11, s. 904 ff. som ikke mener at de konventionsretlige regler om tidsfrister bør gå forud for de specielt tilpassede nationale regler, da ingen saglig grund heraf for kan anføres. Dette kan sammenlignes med princippet om den “funktionelt adækvate løsning”.