

Snitfladen mellem CISG del II og aftalelovens kapitel 1

KASPER STEENSGAARD* OG
TORSTEN IVERSEN**

1. Indledning

Det er en stor glæde for os at få mulighed for at bidrage til et festskrift til Jan Kleineman. Som én af sin generations mest fremtrædende formueretlige skikkelser har han sat sine fingeraftryk på mange retsområder. Fra vores side af Øresund synes der at være grund til særligt at fremhæve Jans store betydning for det nordiske samarbejde på formuerettens område. Jan har om nogen holdt den nordiske fane højt gennem aktiv deltagelse i og arrangering af konferencer – og har altid vist en forbilledlig åbenhed over for forskere fra de øvrige lande.

Som initiativtager til og formand for den fællesnordiske arbejdsgruppe bag udredningen, TemaNord 2009:507, "Avtalsslutande vid internationella köp av varor", som dannede grundlaget for beslutningen om de nordiske landes tiltrædelse af CISG del II om aftaleindgåelse, har Jan bl.a. haft direkte indflydelse på dansk lovgivning.¹

TemaNord-udredningen fokuserede på de materielle forskelle mellem CISG del II og aftalelovens kap. 1, og der kan næppe føjes meget til udredningens analyse. Vi vil derfor i stedet undersøge den anvendelsesmæssige snitflade mellem CISG del II og aftaleloven. Den omstændighed, at reglerne om CISG's anvendelse i del I er formuleret med henblik på færdige aftaler, men ikke desto mindre også regulerer konventionens anvendelse på aftaleindgåelse, rejser nemlig nogle teoretisk interessante spørgsmål: 1) Hvordan bestemmes CISG's anvendelse i aftaleindgåelsesfasen, og 2) hvordan kan man aftale sig ud af CISG's aftaleindgåelsesregler?

Herunder undersøges først tilblivelsen af CISG's anvendelsesregler samt de nordiske implementeringer i afsnit 2 og 3. I afsnit 4 undersøges kravene

* Professor, ph.d., Juridisk Institut, Aarhus Universitet.

** Professor, dr.jur., Juridisk Institut, Aarhus Universitet.

¹ Se også Kleineman, J. (red.), CISG Part II Conference, Stockholm, 4–5 September 2008, 2009.

til parterne og de indholdsmæssige krav. I afsnit 5 drøftes parternes mulighed for at aftale sig ud af CISG del II, hvorefter der sammenfattes i afsnit 6.

Som Jan rigtigt påpegede i TemaNord-udredningen, har muligheden for at tilbagekalde tilbud efter CISG art. 16 ikke vist sig at have den store praktiske betydning, men muligheden vil i det følgende alligevel blive anvendt som et eksempel på en konsekvens af et skifte mellem CISG og nordisk ret. De international-privatretlige aspekter af CISG art. 1, stk. 1, litra a og b, behandles ikke her, da de er fyldestgørende beskrevet andre steder. Det lægges derfor uden videre til grund, at art. 1, stk. 1, litra a og b, er opfyldt. Herudover lægges det til grund, at anvendelse af CISG ikke udelukkes af andre grunde, som f.eks. de nordiske nabolandeforbehold under art. 94.

2. Kort om CISG's anvendelsesregler

En undersøgelse af CISG's anvendelsesregler tager naturligt sit udgangspunkt i tilblivelsen. I 1970 nedsatte UNCITRAL en arbejdsgruppe, som skulle udarbejde udkast til en køberets- og en aftaleretskonvention. Da var UNIDROIT's *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods* (ULF) samt *Uniform Law on the International Sale of Goods* (ULIS) allerede "på markedet", men de havde ikke haft den ønskede gennemslagskraft.

UNCITRAL-arbejdsgruppen brugte først seks år på et udkast til en køberetskonvention (*Sales*) og færdiggjorde herefter udkastet til en aftaleretskonvention (*Formation*) på mindre end et år.² Da konventionerne skulle munde ud i en samlet harmonisering, måtte deres anvendelsesområder naturligvis stemme overens. Arbejdsgruppen overvejede flere muligheder ved udarbejdelsen af *Formation*, herunder en henvisningsløsning, hvorefter *Formation* ville finde anvendelse på indgåelse af aftaler, som, hvis de blev indgået, ville være omfattet af *Sales*. Denne løsning blev dog opgivet, da man ikke kunne være sikker på, at alle lande ville tiltræde *Sales*, og løsningen derfor ville kunne give nye udfordringer.³ Resultatet blev, at *Sales'* anvendelsesregler blev omskrevet, således at alle henvisninger til indgåede "aftaler" i *Sales* blev erstattet med "indgåelse af aftaler" i *Formation*. Indholdsmæssigt flugtede anvendelsesområderne således, selv om det ikke skete ved henvisning.

² Køberetskonventionen blev udarbejdet på Working Group sessions 1–7 i 1970–76, mens aftaleretskonventionen – som er kraftigt inspireret af ULF – blev udarbejdet på Working Group sessions 8–9 i 1977. De benyttede forkortelser er overtaget fra UNCITRAL's arbejdsdokumenter.

³ Jf. Report of the Working Group on the International Sale of Goods on the work of its ninth session, (1978) IX UNCITRAL YB 61 (68).

Da *Sales* og *Formation* begge forelå i endelige udkast i 1978, bestemte UNCITRAL, at de skulle konsolideres i én samlet konvention (som vi kender fra CISG i dag). Generalsekretæren fremkom med en rapport, hvor han med udgangspunkt i anvendelsesreglerne i *Sales* søgte at tilpasse disse til også at kunne rumme aftaleindgåelse.⁴ Det mundede ud i en række forslag til formuleringer, som også udtrykkeligt ville omfatte aftaleindgåelse: Eksempelvis at art. 1, stk. 1, ikke bare skulle ”appl[y] to contracts”, men “to the formation of contracts of sale of goods [...], and to contracts of sale of goods”.⁵

Generalsekretærens forslag havde imidlertid ganske ringe gennemslagskraft – men de var vel også sprogligt mindre elegante og reelt set unødvendige. I sammenskrivningen, *the Draft Convention* (1978), som dannede udgangspunkt for forhandlingerne i den diplomatiske konference i Wien i 1980, var alle henvisninger til ”formation of contracts” i art. 1–3 taget ud. Dog var rekvisitterne i (nu) art. 1, stk. 2, art. 2, litra a, og art. 10, blevet omformuleret til at omfatte oplysninger og (burde-)viden inden aftalens indgåelse.⁶

I 1980 blev den endelige CISG vedtaget i overensstemmelse hermed. I dag er CISG art. 1–3 således formuleret med henblik på endelige aftaler, men bestemmelserne fastlægger også konventionens anvendelse på den forudgående aftaleindgåelse, jf. også art. 4.⁷ Med hensyn til CISG’s anvendelse på aftaleindgåelse er det nærliggende, at man *de facto* genoplivede den henvisningsløsning, som blev opgivet ved *Formation*. Der skal dermed regnes baglæns fra den mulige aftale, som forhandlingsprocessen leder henimod: Hvis den (mulige) aftale, som en aftaleindgåelse vil resultere i, er omfattet af CISG, vil aftaleindgåelsesfasen, dvs. forhandlingerne, også være det – også selv om forhandlingerne ikke ender med en aftale.

⁴ Kommissionen overvejede også en international-privatretlig regulering med lovvalgsregler specifikt for tilbud henholdsvis accepter. Forslaget blev dog trukket tilbage pga. problemstillingens kompleksitet med en bemærkning om, at spørgsmålet måtte håndteres konkret af domstole og voldgiftsretter, jf. Summary of deliberations of the Commission on the draft Convention on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, i (1978) IX UNCITRAL YB 31 ff. (31, paras. 2–4) [”Incorporation Deliberations Summary”], optrykt i Honnold, J., Documentary History of the Uniform Law for International Sales, Kluwer, 1988, s. 365 ff. (365).

⁵ Report of the Secretary-General: incorporation of the provisions of the draft Convention on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods into the draft Convention on the International Sale of Goods, (1978) XI UNCITRAL YB s. 121 ff. [”Incorporation Report”]; optrykt i Honnold, Documentary History, s. 358 ff.

⁶ Jf. Text of the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods approved by the United Nations Commission on International Trade Law (A/CONF.97/5), optrykt i Honnold, Documentary History, s. 382 ff.

⁷ Jf. Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, art. 1, para. 1 [”Secretariat Commentary”]; optrykt i Honnold, Documentary History, s. 404 ff.

3. Implementeringerne af CISG del II i Nordisk ret

Når man fastlægger en konventions anvendelsesområde i konkurrence med national ret, er det i lande med et dualistisk folkeretssyn nødvendigt at undersøge den konkrete gennemførelseslovgivning. Ifølge de danske og norske implementeringer af CISG del II finder konventionen anvendelse på aftaleindgåelse, såfremt det følger af CISG selv, jf. den danske aftalelovs § 9 a, hvorefter aftalelovens §§ 1–9 om aftaleindgåelse ikke ”finder [...] anvendelse på afslutning af aftaler om løsørekøb, der er omfattet af den internationale købelov”. Den norske aftalelovs § 9 a indeholder en tilsvarende bestemmelse.⁸

Sverige har valgt en anden løsning. Ved den oprindelige tiltrædelse af CISG's køberetsdel m.v., indsattes en tilsvarende bestemmelse i den svenske købelovs § 5: ”Lagen gäller inte i fall då lagen (1987:822) om internationella köp är tillämplig”. Ved tiltrædelsen af CISG del II foretog man imidlertid kun en ændring af gennemførelsesloven – der blev ikke indsat en særskilt bestemmelse herom i den svenske aftalelov.⁹ Retsstillingen i Sverige må ikke desto mindre antages at være den samme som i Danmark og Norge i kraft af CISG's folkeretlige forrang og princippet om *lex specialis*.

De nordiske implementeringer følger således loyalt princippet om, at CISG skal fastlægge sit eget anvendelsesområde. CISG's art. 1–3 bestemmer dermed udtømmende afgrænsningen over for aftalelovene.

4. To snitflademæssige problemstillinger

Som udgangspunkt finder CISG anvendelse, hvis parterne til et løsørekøb har forretningssteder i forskellige stater, jf. art. 1, stk. 1.¹⁰ Dette signalerer en bred anvendelse, men området begrænses og nuanceres i de efterfølgende bestemmelser. Eksempelvis falder køb uden for CISG, hvis køberen er forbruger i art. 2, litra a's forstand.¹¹ ”Løsørekøb” defineres ikke, men visse af undtagelserne i art. 2 bidrager dog til en fortolkning, og afgrænsningen over for bestillingskøb og værksleje fastlægges i art. 3.

Disse bestemmelser er som nævnt formuleret med færdige aftaler for øje. Når en aftale foreligger, er forholdene statiske, og det kan uden videre kan fastslås, om CISG's betingelser for anvendelse er opfyldt eller ej. Men

⁸ Tilsvarende for den danske købelovs vedkommende, jf. dennes § 1 a, stk. 4.

⁹ Jf. Prop 2010/11:97.

¹⁰ De international-privatretlige problemstillinger i art. 1, stk. 1, litra a og b, behandles som nævnt ikke her.

¹¹ De øvrige undtagelser i art. 2, litra b–f, behandles ikke her, da de næppe giver anledning til snitfladeproblemer.

en aftaleindgåelse er dynamisk: Forholdene – og dermed også rekvisitterne for CISG's anvendelse – kan ændre sig frem og tilbage undervejs i forhandlingerne frem til aftaleindgåelse.

4.1. Krav til parternes internationalitet og formål – rekvisitter opfyldes under aftaleindgåelsen

Begrebet "forretningssted" er ikke defineret i CISG. I almindelighed antages det, at et sted må have en vis "fasthed" for at udgøre et forretningssted.¹² CISG behandler dog to problemstillinger i denne relation: Hvis én eller begge parter har flere forretningssteder, anvendes det forretningssted, som har "den nærmeste tilknytning til aftalen og dens opfyldelse", jf. art. 10, litra a. Har en part intet forretningssted, anvendes partens bopæl, jf. art. 10, litra b.

Ifølge art. 1, stk. 2, finder CISG imidlertid kun anvendelse, hvis den internationale karakter fremgår objektivt af "aftalen eller af tidligere forretningsforbindelse mellem parterne, eller af oplysninger der er afgivet af parterne [...]". Denne regel skal forhindre CISG's anvendelse i forhold, som reelt er internationale og således principielt underlagt CISG, men som ikke fremstår som sådanne, og en eller begge parter derfor går ud fra, at de er ved at indgå en ikke-CISG-aftale. Den kan f.eks. være relevant, hvis aftale indgås på en internationalt besøgt messe eller gennem en udenlandsk mellemmand.¹³

Rekvisitten i art. 1, stk. 2, har således et indhold, som opfyldes ved den objektive tilstedeværelse af oplysninger om internationaliteten (f.eks. en erhvervsadresse).¹⁴ Men hvis hver af parterne udmærket er klar over, at modparten er fra et andet land, uden at dette fremgår objektivt af de nævnte omstændigheder, fører dette næppe til, at CISG's anvendelse bør begrænses.¹⁵ Dog ses andre opfattelser i litteraturen pga. bestemmelsens klare ordlyd, og da (tilfældige) oplysninger fra en tredjemand ikke synes at ramme formålet.¹⁶

¹² Jf. f.eks. Honnold, J.O. og Flechtner, H., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4. udg., 2009, para. 43; Gomard, B. og Henschel, R.F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, 2. udg., 2014, s. 59–60.

¹³ En stand på en messe kan ikke anses for et forretningssted i art. 1, stk. 1's forstand. Om mellemmanden har bemyndigelse til at indgå aftalen, falder uden for CISG.

¹⁴ Se f.eks. Landgericht Stuttgart 29. oktober 2009, 25 O 99/09, hvor art. 1, stk. 2, var opfyldt gennem fakturaer for tidligere handler.

¹⁵ Således i hvert fald Bundesgericht (Schweiz), 28. maj 2019, 4A_543/2018; jf. også Ramberg, J. og Herre, J., *Internationella köplagen (CISG)*, 4. udg., 2018, s. 69.

¹⁶ Se f.eks. Manner/Schmitt, i Brunner, C. og Gottlieb, B. (red.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, 2019, art. 1, para. 6, hvor løsningen dog angives som omstridt.

En sammenlignelig indsigtspå problematik er knyttet til undtagelsen for forbruger køb i art. 2, litra a.¹⁷ Ifølge art. 2, litra a, er det afgørende for CISG's anvendelse, om sælgeren "vidste eller burde have vidst", at køberen havde indkøbt varen "til personlig brug eller til brug for familien eller husholdningen".¹⁸ Bedømmelsen afhænger dermed af sælgerens (burde-)viden om køberens formål med det solgte. Det kan f.eks. give udfordringer, når professionelle indkøber dagligdagsting, f.eks. kaffe til kontoret, eller en forbruger køber professionelt udstyr. Bedømmelsen kan også give særskilte udfordringer ved indkøb af genstande til både personlig og professionel brug (dual purpose contracts).¹⁹

Ifølge både art. 1, stk. 2, og art. 2, litra a, skal parternes internationalitet henholdsvis sælgerens (burde-)viden om køberens forbrugerstatus bedømmes "før eller ved aftalens indgåelse".²⁰ De nødvendige oplysninger eller den krævede (burde-)viden skal altså foreligge senest på tidspunktet for aftaleindgåelsen – senere omstændigheder ændrer ikke på bedømmelsen.

Omvendt vil rekvisitterne, hvis deres betingelser opfyldes i forhandlingsfasen, have betydning for lovgrundlaget. Selv om art. 1, stk. 2, handler om CISG's anvendelse, og art. 2, litra a, om CISG's ikke-anvendelse, er den grundlæggende problemstilling den samme: Forhandlingerne starter med ét udgangspunkt, men efterfølgende oplysninger eller (burde-)viden fører til, at CISG's anvendelse enten indtræder eller udelukkes.

Hvis parterne forhandler videre efter dette "skifte", er der næppe tvivl om, at de som følge af skiftet nu opererer under den "nye" lov. Men hvis parterne afbryder forhandlingerne, umiddelbart efter at rekvisitten er opfyldt, vil der f.eks. kunne opstå et spørgsmål om adgangen til at tilbagekalde et afgivet tilbud. Spørgsmålet er, om det allerede afgivne tilbud skal bedømmes under den "gamle" eller "nye" lov.

Den objektive bestemmelse i art. 1, stk. 2, fastslår CISG's anvendelse, men ikke rækkevidden. Efter ordlyden finder CISG strengt taget anvendelse, da der er tale om et tilbud under en aftaleindgåelse, som (nu) vil føre til en CISG-kontrakt. Ikke desto mindre forekommer det mere hensigtsmæssigt at besvare spørgsmålet ved at drage en parallel til hensynet bag art. 1, stk. 2's regulering af *aftaler*. Hvis oplysninger efter aftaleindgåelsen ikke kan ændre på udgangspunktet for aftalen, vil konsistenshensynet betyde,

¹⁷ Reglen begrundedes med hensynet til nationale forbrugerbeskyttelsesregler, jf. Secretariat Commentary, art. 2, para. 3.

¹⁸ CISG's forbrugerbegreb skal fastlægges autonomt, jf. art. 7(1).

¹⁹ Se f.eks. fra den finske Højesteret, KKO 2005:114, hvorefter undtagelsen i art. 2, litra a, kræver, at det købte udelukkende skal anvendes til forbrugerformål. Nogle forfattere argumenterer for en bredere undtagelse, jf. f.eks. Spohnheimer i Kröll, S., Mistelis, S. og Perales Viscasillas, P. (red.), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary, 2. udg., München 2018, art. 2, marginnr. 15, 24–26.

²⁰ Sml. art. 10, litra a, om fastlæggelsen af ét forretningssted blandt flere.

at man på samme måde alene kan vurdere CISG's anvendelse på et tilbud på baggrund af de oplysninger, som er til stede ved tilbuddets *afgivelse* (dvs. at CISG kun finder anvendelse *ex nunc*).

Med hensyn til art. 2, litra a, må det samme udgangspunkt gælde, men i praksis vil det formentlig blive "mudret til" af forbrugerbeskyttelsehensyn. Det er ganske nærliggende, at en domstol konkret vil komme frem til, at forbrugeren kan påberåbe sig de regler i national ret eller CISG, som giver ham den mest fordelagtige retsstilling.²¹

4.2 Indholdsmæssige krav – indholdsmæssige skift under forhandlingerne

Den indholdsmæssige begrænsning til "aftaler om løsøre køb", jf. art. 1, stk. 1, defineres ikke nærmere. Et "løsøre køb" må dog kræve, at en part (sælger) forpligtes til at overdrage en vare til eje, jf. art. 30, og den anden part (køber) skal modtage varen og betale købesummen, jf. art. 53. Når der er indgået en aftale, giver det næppe anledning til vanskeligheder at afgrænse løsøre køb over for f.eks. køb af fast ejendom eller aftaler om leje, leasing, franchising eller joint ventures.²² Tilsvarende er afgrænsningen over for gave- og kautionsløfter uproblematisk.

Grænsen mellem løsøre køb og bestillingskøb henholdsvis værksleje fastlægges i art. 3. CISG finder anvendelse på aftalen, hvis sælgeren påtager sig at levere en "væsentlig" del af materialerne til vares tilvirkning eller fremstilling, jf. art. 3, stk. 1. Derimod finder CISG ikke anvendelse på aftaler, hvor den "overvejende del" af leverandørens forpligtelser består i at levere arbejdskraft eller andre tjenesteydelser, jf. art. 3, stk. 2.

I relation til CISG's anvendelse på aftaleindgåelsen medfører disse indholdsmæssige afgrænsninger de sædvanlige fortolkningsspørgsmål. Man må her se på parternes erklæringer i stedet for den endelige aftale. Ikke desto mindre vil en udveksling af tilbud og modtilbud kunne bevæge sig på tværs af grænsen for CISG's anvendelsesområde. F.eks. er et tilbud om køb af en maskine omfattet af CISG, men hvis svaret lyder, at maskinen kun kan lejes, har aftaleindgåelsen bevæget sig ud af CISG's anvendelsesområde.

²¹ Sml. Brunner/Meier/Stachler, i Brunner og Gottlieb, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, art. 2, para. 10 ("It should be noted that, for the benefit of the consumer, the prerequisites should not be set too high"). Anderledes dog Schwenzer/Hachem i Schwenzer (red.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4. udg., 2016, art. 2, para 18 ("Where such conflicts arise, the CISG must prevail").

²² Se f.eks. Djordjevic i Kröll, Mistelis og Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, art. 4, para. 11.

Indholdsmæssige skift under forhandlingerne må håndteres konkret, idet der ikke kan være tvivl om, at lovgrundlaget skifter. Er tilbuddet som i eksemplet oprindeligt underlagt CISG, må svarets *afslagsvirkning* imidlertid fortsat følge af CISG art. 19, selv om svaret ifølge sit indhold ikke er omfattet af CISG. Accepten er uoverensstemmende i forhold til det foreliggende CISG-tilbud og kan således ikke føre til en CISG-aftale.²³ Men samtidig kan tilbuddet ikke overleve, således at det senere ville kunne accepteres – det er afslået én gang for alle. Det i accepten indeholdte modtilbud vil – qua det indholdsmæssige skifte – nu være underlagt nationale aftaleindgåelsesregler.

Bedømmelsen vanskeliggøres imidlertid, hvis forhandlingerne er mere flydende og ikke sker ved en udveksling af egentlige tilbud og modtilbud (f.eks. en telefonisk forhandling). Hvis forhandlingerne munder ud i en aftale, opstår problemet ikke, idet man kan bedømme CISG's anvendelse på baggrund af resultatet. Afbrydes forhandlingerne undervejs, kan det være vanskeligt at vurdere grundlaget.

5. Derogation af CISG del II?

Det følger af CISG art. 6, at "Parterne kan ved deres aftale udelukke anvendelsen af denne konvention [...]". I praksis udnytter kommercielle parter ofte denne mulighed. Men hvor et fravalg af CISG er helt uproblematisk, når det handler om CISG's køberetlige del III, rejser det et problem i relation til aftaleindgåelsesreglerne i del II: For hvordan indgås en aftale, som skal fravige reglerne om aftaleindgåelse?

Ved udarbejdelsen af *Formation*-udkastet blev det overvejet at give tilbudsgiver mulighed for at fravige CISG gennem en betingelse i tilbuddet, men dette blev opgivet. I bemærkningerne til udkastet opsummerede generalsekretæren opfattelsen således:

"It was not considered to be appropriate to allow one party, who would normally be the offeror, to change by his unilateral act the rules provided by this Convention as to the formation of the contract."²⁴

Konklusionen blev dermed, at en derogation krævede en aftale, jf. *Formation* art. 2, stk. 1. Dog foresloges i stk. 2, at enkeltbestemmelser skulle kunne

²³ Uoverensstemmelser, som bringer forhandlingerne ud af CISG's anvendelsesområde, vil formentlig være væsentlige i art. 19, stk. 1 og 3's forstand. Se dog Honnold og Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, para. 132.2.

²⁴ Cit. Note by the Secretary-General: Draft Convention on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (1978) XI UNCITRAL YB, s. 106 ff. (108) ["Formation Note"].

derogeres ”as may appear from the preliminary negotiations, the offer, the reply, the practices which the parties have established between themselves or from usages”. I forbindelse med sammenskrivningen bemærkede generalsekretæren, at visse retssystemer har vanskeligt ved at acceptere en videregående betydning af forhandlinger, når der er indgået en aftale, hvorfor han anbefalede separate derogationsbestemmelser for konventionens køberetlige og aftaleretlige dele.²⁵

Igen led generalsekretærens forslag samme skæbne som de i afsnit 2 nævnte – det kom ikke med i sammenskrivningen. De senere forhandlinger i kommissionen viste igen sympati for, at en tilbudsgiver som ”master of his offer” skulle kunne indikere, at vedtagelse ikke skulle bedømmes efter CISG, men at det ville rejse nye problemer i forbindelse med et fravalg i en accept. En særligt nedsat arbejdsgruppe endte med at anbefale, at der kræves en aftale, hvilket (i denne henseende) svarer til art. 6 i CISG.²⁶

I dag står det klart, at en derogation under art. 6 ikke kan gøres ensidigt i et tilbud, men kræver en *aftale*.²⁷ I sammenhæng med CISG’s forrang og umiddelbare anvendelse, jf. art. 1–3, vil eksistensen af en sådan (derogations)aftale skulle afgøres efter CISG selv – dvs. de selvsamme regler, man bl.a. søger at udelukke.²⁸ Den bagvedliggende nationale aftaleret, som skal finde anvendelse som konsekvens af udelukkelsen, kan først gribe ind, når CISG har sluppet sit tag som følge af fravalget.²⁹

Selv om parterne således principielt ikke kan aftale sig ud af CISG del II, vil dette dog kunne gøres ved en *forudgående* aftale – f.eks. ved en rammeaftale, som bestemmer, at fremtidige aftaler i dens regi ikke vil være underlagt CISG.³⁰ Uden en sådan aftale vil CISG, når først forhandlingerne er startet, allerede have grebet ind, jf. art. 1–3.

²⁵ Incorporation Report, s. 123, paras. 34–39. Se også om arbejdet under Formation: Michael P. Van Alstine, Consensus, Dissensus, and Contractual Obligation through the Prism of Uniform International Sales Law, (1996) 37 Virginia Journal of International Law 1 (40–42).

²⁶ Incorporation Deliberations Summary, s. 31 ff. (32, paras. 10–13); optrykt i Honnold, Documentary History, s. 365 ff. (366). Forskellen er blot, at art. 6 ikke tillader fravigelse af eventuelle formkrav som følge af et art. 96-forbehold.

²⁷ Jf. f.eks. Schroeter, U., i Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Intro to Arts 14–24, paras. 29–30.

²⁸ Jf. CISG-AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014, para. 2.2.–2.4. Sml. Cour de Cassation, 17. december 1996, Y 95-20.273 (“[CISG] applies at the outset; its applicability is not subordinated to the will of the parties, express or tacit.”).

²⁹ Sml. Schroeter, U., i Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Intro to Arts 14–24, para. 30.

³⁰ Honnold og Flechtner, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, para. 132.2. Det kan naturligvis også følge parternes praksis, jf. art. 9, stk. 1.

Fra et pragmatisk nordisk sigte kan man overveje, om den tilbudsgiver, som i tilbuddet angiver at ville udelukke CISG, herved kan siges at have givet afkald på rettigheder i CISG, som ikke findes i den ellers anvendelige nationale ret. For hvilke hensyn skulle berettigede en sælger fra et nordisk land, som i sit tilbud tilkendegiver et ønske om at fravige CISG til fordel for aftaleloven, til at tilbagekalde tilbuddet efter CISG art. 16?³¹ Tilbudsgiveren får jo den retsstilling, som han har givet udtryk for at ville kontrahere under, og forhandlingspartneren fratages ingen rettigheder.³² En sådan afkaldsløsning forekommer nærliggende – navnlig hvis begge parter er fra lande, som ikke tillader tilbagekaldelse af tilbud – men synes at lægge sig op ad den løsning i *Formation*, som blev fravalgt ved sammenskrivningen ("as may appear from [...] the offer").

Det vil under alle omstændigheder ikke afhjælpe alle tvivlsspørgsmål. Hvis baggrundsretten er amerikansk, kan den omvendte situation opstå (tilbudsmottageren stilles bedre under CISG), idet et tilbuds uigenkaldelighed ifølge UCC 2-205 forudsætter skriftlighed.³³ Man kan derfor forestille sig et mundtligt CISG-tilbud, som på den ene side indeholder et fravalg af CISG, men på den anden side efter sit indhold står åbent i en periode og dermed er uigenkaldeligt efter art. 16, stk. 2, litra a. I et sådant tilfælde kan tilbuddets uigenkaldelighed anses for at give tilbudsmottageren en ret, som ikke ensidigt kan fratages ham af tilbudsgiveren. Dertil kræves fortsat tilbudsmottagerens accept, dvs. en aftale jf. art. 6.

Derogationsproblematikken kan tænkes at få betydning, hvor nationale regler adskiller sig fra CISG.³⁴ Det nordiske løfteprincip er et godt eksempel, men andre eksempler kan tænkes.³⁵ Hvis parterne har forhandlet intensivt om betaling gennem reburs, men tilbudsgiveren uden nærmere angivelse ændrer dette til "betaling forud" i tilbuddet, vil en accept med rebursbetaling være uoverensstemmende i art. 19, stk. 1 og 3's forstand. Men

³¹ Der kan næppe generelt indlæses en tilkendegivelse om uigenkaldelighed ifølge art. 16, stk. 2, litra a, idet en modtager uden for de germanske og nordiske retskredse ikke nødvendigvis vil indse dette, jf. art. 8, stk. 1.

³² I forarbejderne lagdes f.eks. vægt på, at en tilbudsgiver ikke ensidigt i sit tilbud kunne fravige (nu) art. 18, stk. 1, hvorefter stilhed ville være udtryk for accept, jf. *Formation Note*, s. 109–110, paras. 11–13. Omvendt synes forarbejderne ikke at være til hinder for, at tilbudsgiveren kan give afkald på en accept, som vi kender det fra aftalelovens § 8, for acceptanten bindes alt andet lige ikke herved. Sml. også art. 18, stk. 3, om tilbudsgivers accept af accept gennem konkludent adfærd.

³³ Eksemplet er taget fra Graves, J., *CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity*, (2011) *LIX Belgrade Law Review* 124 (132–133).

³⁴ Man kan også forestille sig, at tilbuddet selv angiver betingelser for tilbagekaldelse – her vil art. 16 også gribe ind, indtil der er indgået en aftale om disse betingelser.

³⁵ Sml. også Graves, (2011) *LIX Belgrade Law Review* 124 (129–131) ift. problemstillinger i amerikansk ret – f.eks. hvis prisen ikke er fastsat i CISG art. 14's forstand, krav om skriftlighed og omfanget af tilladte uoverensstemmelser i UCC § 2-207 ift. CISG art. 19.

pga. udsagnene under forhandlingerne må tilbudsgiveren måske konkret indse, at acceptanten går ud fra, at accepten er overensstemmende, og så vil aftalelovens § 6, stk. 2, principielt kunne føre til en aftale (hvis ikke tilbudsgiveren giver behørig meddelelse). Men selv om tilbuddet også indeholder et fravalg af CISG, har CISG grebet ind og udelukker en slutning af aftalen på det foreliggende grundlag.

Et andet eksempel kan findes i de forskellige regler om tidspunktet for en accepts virkning i forskellige retssystemer. Under CISG sluttes aftalen, når accepten kommer frem, jf. art. 23, jf. art. 18, stk. 2, men under "the mailbox rule" ifølge *common law* er det tilstrækkeligt, at accepten er afsendt.³⁶ Hvordan forholder det sig så, hvis accepten går tabt under transporten? Selv om tilbuddet indeholder et fravalg af CISG, og accepten således ville have fået virkning under *common law*, vil den bortkomne accept ikke nå at få virkning under CISG.

Man kan derfor overveje, om partsautonomien kan gives prioritet ved at søge inspiration i separabilitetsprincippet, som kendes fra lovvalgs-, værnetings- og voldgiftsaftaler, jf. CISG art. 81(2).³⁷ En derogationsaftale er ret beset ikke en lovvalgsaftale i international-privatretlig forstand (ikke valg af "et lands ret"), men parallellen er klar. Hvis enigheden om en derogation efter art. 6 bedømmes separat, kan der være manifesteret "meeting of the minds" om fravalget allerede under forhandlingerne. Om det er tilfældet, skal naturligvis bedømmes konkret efter CISG del II.³⁸ Ikke desto mindre vil en uoverensstemmende accept, som fortsætter forhandlingerne om aftalens materielle dele, men som dog accepterer derogationen, måske konkret kunne være tilstrækkelig til, at den fortsatte forhandling skal bedømmes efter den ellers anvendelige nationale aftaleret. Det vil jo alt andet lige være udtryk for parternes vilje. I eksemplet ovenfor med en accept, som går tabt under transporten, vil det f.eks. kunne føre til anvendelse af *common law*-reglerne, hvis antagelsen af tilbuddet udtrykte accept af fravalget af CISG. På samme måde vil den tilbudsgiver, som ikke vil være bundet af CISG del II – og hvis accepten udtrykker enighed herom – muligvis skulle finde sig i risikoen for at blive bundet i medfør af reklamationsreglen i aftalelovens § 6, stk. 2.

³⁶ Jf. f.eks. i amerikansk ret Restatement (Second) of Contracts § 63(a) (1980), som supplerer UCC § 1-103(b).

³⁷ Tilsvarende Graves, (2011) LIX Belgrade Law Review 124 (127–129); Schroeter, i Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Intro to Arts 14–24, para. 30.

³⁸ Jf. Schroeter, i Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Intro to Arts 14–24, para. 30. Der erindres om, at tavshed ikke er udtryk for accept under CISG, jf. art. 18, stk. 1.

6. Sammenfatning

I praksis ses tiltrædelsen af CISG del II – som forudsagt af Jan Kleineman – ikke at have givet større udfordringer. Ikke desto mindre har den medført en snitfladeproblematik, som udelukkende kan tilskrives den ret beset stedmoderlige behandling af CISG del II ved udarbejdelsen af konventionens anvendelsesregler. Disse udfordringer lader sig dog håndtere konkret ved at regne baglæns fra anvendelsesreglerne i lyset af, at de skal finde anvendelse på en aftaleindgåelse.

Med tiltrædelsen af CISG del II har de nordiske lande ikke blot givet afkald på løfteprincippet i internationale aftaler, men også begrænset muligheden for at regulere dette. CISG art. 6 fører til, at et ønske om at aftale sig ud af CISG del II skal bedømmes under CISG del II. Bedømt på grundlag af partsautonomien indebærer det en snitfladeproblematik uden en klar løsning, men ovenfor er der givet et par bud på fortolkninger – konkrete afkald på rettigheder og fravalg som en separat aftale – som måske kan give konkrete svar.