FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK,

föredraget den 27 januari 2009 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning . . . . . I - 3332

II — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 3333

A — Förordning nr 44/2001 . . . . . I - 3333

B — Brysselkonventionen . . . . . I - 3335

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna . . . . . I - 3335

IV — Förfarande vid domstolen . . . . . I - 3339

V — Parternas argument . . . . . I - 3339

A — Den första frågan . . . . . I - 3339

B — Den andra frågan . . . . . I - 3342

C — Den tredje frågan . . . . . I - 3343

VI — Generaladvokatens bedömning . . . . . I - 3345

A — Inledning . . . . . I - 3345

B — Den första tolkningsfrågan . . . . . I - 3346

1. Licensavtalets kännetecken . . . . . I - 3346

2. Tolkning av artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 . . . . I - 3349

a) Abstrakt definition av begreppet ”tjänster” i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 . . . . . I - 3351

1 — Originalspråk: slovenska.

b) Delvis analogi med definitionen av tjänster i primärrätten . . . . . I - 3352

c) Betydelsen av en enhetlig tolkning av förordning nr 44/2001 och Rom I-förordningen . . . . . I - 3355

d) Omöjlighet att fastställa en analogi med definitionen av tjänster i gemenskapsbestämmelserna om mervärdesskatt . . . . . I - 3357

e) Ståndpunkter i doktrinen . . . . . I - 3358

3. Slutsats . . . . . I - 3358

C — Den andra tolkningsfrågan . . . . . I - 3359

D — Den tredje tolkningsfrågan . . . . . I - 3359

1. Ändring av bestämmelserna om behörighet i mål där talan avser avtal: från Brysselkonventionen till förordning nr 44/2001 . . . . . I - 3360

a) Tolkning av artikel 5.1 i Brysselkonventionen . . . . . I - 3360

b) Skälen till att artikel 5.1 i Brysselkonventionen har ändrats . . . . . I - 3361

c) Svaret på kritiken: Artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 . . . . . I - 3362

2. Tolkning av artikel 5.1 a och c i förordning nr 44/2001 . . . . . I - 3362

3. Betydelse i förevarande fall av domen i målet Besix . . . . . I - 3367

4. Slutsats . . . . . I - 3367

VII — Förslag till avgörande . . . . . I - 3368

I — Inledning

1. Nästan ingen annan bestämmelse i gemenskapsrätten har vid den tidpunkt då den infördes varit föremål för så hårda förhandlingar med ett svårförutsebart resultat, samt måltavla för så många kritiska reaktioner i den akademiska världen, som artikel 5.1 i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (den så kallade Bryssel I-förordningen) (nedan kallad förordning nr 44/2001) [2]. Syftet med denna bestämmelse är att avgöra behörig domstol i mål där talan avser avtal. Denna bestämmelse har i förhållandena mellan gemenskapens medlemsstater ersatt artikel 5.1 i Brysselkonventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område [3] (nedan kallad Brysselkonventionen). Av denna anledning ska domstolen vid tolkningen av den ovannämnda artikeln ta desto större hänsyn till vad gemenskapslagstiftaren har avsett. Domstolen måste samtidigt fortsätta arbetet på den punkt där lagstiftaren har upphört och ställs då inför den inte helt lätta uppgiften att exakt definiera de begrepp som den ifrågavarande artikeln innehåller och avgöra behörigheten avseende de enskilda avtalstyperna.

2. I förevarande fall gäller frågan huruvida, för att avgöra vilken domstol som är behörig, det avtal som ingåtts mellan parter i olika medlemsstater och genom vilket en immaterialrättsinnehavare till motparten upplåter en rätt att nyttja immaterialrätten (licensavtal [4]) kan utgöra ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001. Förevarande mål avser samtidigt frågan huruvida det vid tolkningen av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 är nödvändigt att säkerställa en kontinuitet med tolkningen av artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

3. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål där stiftelsen Falco Privatstiftung och Thomas Rabitsch, kärande (nedan kallade klagandena), har väckt talan mot Gisela Weller-Lindhorst, svarande (nedan kallad motparten). Tvisten avser underlåtelse att erlägga licensavgifter som svaranden enligt ett licensavtal påstås vara skyldig att betala till kärandena. Genom detta avtal har svaranden erhållit en licens för försäljning av videoupptagningar av en konsert som kärandena har gjort gällande att de har upphovsrätten till.

2 — EGT L 12, 2001, s. 1.

3 — Brysselkonventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (undertecknad den 27 september 1968) (EGT L 299, 1972, s. 32), i dess lydelse enligt konventionen av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde (EGT L 304, s. 1, och, med ändrad text, s. 77), enligt konventionen av den 25 oktober 1982 om Republiken Greklands tillträde (EGT L 388, s. 1), enligt konventionen av den 26 maj 1989 om Konungariket Spaniens och Republiken Portugals tillträde (EGT L 285, s. 1) och enligt konventionen av den 29 november 1996 om Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges tillträde (EGT C 15, 1997, s. 1).

4 — Den hänskjutande domstolen har i fråga om detta avtal använt begreppet ”licensavtal”. Jag kommer därför att använda detta uttryck även i förevarande förslag till avgörande, trots att licensavtalet, såsom jag kommer att förklara nedan i punkt 49, i vissa medlemsstater definieras snävare.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Förordning nr 44/2001*

4. I skäl 2 i förordning nr 44/2001 anges följande:

”Vissa olikheter i medlemsstaternas bestämmelser om domstols behörighet och om erkännande av domar hindrar den inre marknaden från att fungera väl. Det är därför nödvändigt att införa bestämmelser som gör reglerna om behörighetskonflikter på privaträttens område mer enhetliga och som förenklar formaliteterna, så att domar från de medlemsstater som är bundna av denna förordning kan erkännas och verkställas enkelt och snabbt.”

5. Skäl 12 i förordning nr 44/2001 har följande lydelse:

”Principen om att domstolen där svaranden har hemvist är behörig bör kompletteras med alternativa behörighetsregler i de fall där det finns en nära koppling mellan domstolen och tvisteföremålet eller då detta krävs för att underlätta rättskipningen.”

6. Skäl 19 i den ovannämnda förordningen har följande lydelse:

”Kontinuiteten mellan Brysselkonventionen och denna förordning bör säkerställas, och övergångsbestämmelser bör därför införas. Likaså måste kontinuitet råda när det gäller EG-domstolens tolkning av bestämmelserna i Brysselkonventionen, och 1971 års protokoll bör därför fortsätta att också tillämpas på de fall som har anhängiggjorts när förordningen träder i kraft.”

7. Förordning nr 44/2001 innehåller, i kapitel II, som har rubriken ”Domstols behörighet”, bestämmelser om den saken.

8. I artikel 2.1 i avsnitt 1, vilket har rubriken ”Allmänna bestämmelser”, i det ovannämnda kapitlet om domstols behörighet föreskrivs följande:

”Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap.”

9. I artikel 3.1 i avsnitt 1 i kapitel II föreskrivs följande:

”Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat får väckas vid domstol i en annan medlemsstat endast med stöd av bestämmelserna i avsnitten 2–7 i detta kapitel.”

10. Artikel 5 i avsnitt 2 i kapitlet om domstols behörighet, vilket har rubriken ”Särskilda behörighetsregler”, har följande lydelse:

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

1) a) om talan avser avtal, vid domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser,

b) i denna bestämmelse, och såvida inte annat avtalats, avses med uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser

— vid försäljning av varor, den ort i en medlemsstat dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats,

— vid utförande av tjänster, den ort i en medlemsstat där enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts;

c) om punkt b inte gäller, skall punkt a gälla,

…

3) om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, vid domstolen i den ort där skadan inträffade eller kan inträffa,

…”

B — *Brysselkonventionen*

11. I artikel 5.1 i Brysselkonventionen stadgas följande:

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

1. om talan avser avtal, vid domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas; …”

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12. Av beslutet om hänskjutande framgår att den första klaganden i målet vid den nationella domstolen, Falco Privatstiftung, är en stiftelse med säte i Wien (Österrike), som handhar förvaltningen av upphovsrätten för den avlidne österrikiske sångaren Falco. Den andra klaganden är Thomas Rabitsch, som har hemvist i Wien och som är före detta medlem i den ovannämnde sångarens musikgrupp. Gisela Weller-Lindhorst, som har hemvist i München (Tyskland), sålde videoupptagningarna (dvd) och ljudupptagningarna (cd) av en konsert som sångaren och hans grupp höll år 1993. Motparten ingick ett licensavtal med klagandena avseende videoupptagningarna av denna konsert. På grundval av detta avtal erhöll hon rätt att sälja dessa upptagningar i Österrike, Tyskland och Schweiz. Även om parterna i tvisten hade kommit överens om en enda utgåva av en reklam-cd med en ljudupptagning av denna konsert, hade motparten inte med klagandena ingått något licensavtal avseende ljudupptagningarna. Syftet med reklam-cd:n var endast att marknadsföra videoupptagningen av den ovannämnda konserten.

13. I förfarandet vid Handelsgericht Wien, som är en domstol i första instans, yrkade kärandena i första hand att svaranden skulle förpliktas att betala licensavgifterna, grundade på hittills kända försäljningsuppgifter om videoupptagningarna av denna konsert, med ett belopp motsvarande 20 084,04 euro. I andra hand yrkade kärandena att svaranden skulle förpliktas att inkomma med uppgifter om all försäljning av video- och ljudupptagningarna och betala de licensavgifter för videoupptagningarna som ytterligare skulle betalas på grundval av dessa uppgifter samt betala en lämplig ersättning och skadestånd för ljudupptagningarna. Kärandena yrkade att de ovannämnda beloppen avseende videoupptagningarna skulle betalas på grundval av licensavtalet. I fråga om ljudupptagningarna gjorde kärandena däremot gällande intrång i deras upphovsrätt till inspelningarna av konserten i fråga.

14. Handelsgericht Wien fastställde sin behörighet på grundval av artikel 5.3 i förordning nr 44/2001, som reglerar behörigheten i mål om skadestånd utanför avtalsförhållanden. Denna domstol fann att den enligt denna bestämmelse var behörig att pröva den talan som grundats på intrånget i upphovsrätten avseende ljudupptagningarna, eftersom dessa även hade sålts i Österrike. Med stöd av den nära koppling mellan det yrkande om betalning av avgifterna för videoupptagningarna som grundar sig på licensavtalet och det yrkande som grundar sig på intrånget i upphovsrätten fann Handelsgericht Wien att den även var behörig med avseende på det yrkande som grundar sig på licensavtalet.

15. Oberlandesgericht Wien, som prövade målet i andra instans, bekräftade sin behörighet i fråga om yrkandet om betalning av ett lämpligt skadestånd för intrånget i upphovsrätten, i enlighet med artikel 5.3 i förordning nr 44/2001. Oberlandesgericht Wien fann däremot att den inte var behörig att pröva det yrkande om betalning av licensavgifter för videoupptagningarna som grundar sig på licensavtalet och avvisade således talan i denna del. Oberlandesgericht Wien slog fast att detta yrkande skulle prövas av den domstol som var behörig enligt artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001, vilken reglerar behörigheten i mål där talan avser avtal. Oberlandesgericht Wien påpekade härvidlag att huvudförpliktelsen enligt licensavtalet var betalningen, vilken enligt både österrikisk och tysk rätt skulle fullgöras vid gäldenärens hemvist. Behörigheten att pröva yrkandet låg därför hos de tyska domstolarna. Oberlandesgericht Wien påpekade dessutom att behörigheten inte kunde avgöras på grundval av artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001, eftersom föremålet för licensavtalet inte var ett utförande av tjänster i den mening som avses i denna bestämmelse. Klagandena överklagade avgörandet från Oberlandesgericht Wien till Oberster Gerichtshof.

16. Oberster Gerichtshof har i beslutet om hänskjutande påpekat att artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 inte innehåller någon definition av begreppet tjänster. Den hänskjutande domstolen vill på grund av den breda definitionen av detta begrepp i rättspraxis avseende friheten att tillhandahålla tjänster [5] och i de gemenskapsbestämmelser som reglerar mervärdesskatt [6] få klarhet i huruvida det avtal genom vilket immaterialrättsinnehavaren till motparten upplåter en rätt att nyttja immaterialrätten (det vill säga ett licensavtal) kan utgöra ett avtal om utförande av tjänster, i den mening som avses i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001.

5 — Den hänskjutande domstolen har åberopat dom av den 29 april 1999 i mål C-224/97, Ciola (REG 1999, s. I-2517), och av den 21 mars 2002 i mål C-451/99, Cura Anlagen (REG 2002, s. I-3193).

6 — Den nationella domstolen har i detta sammanhang nämnt artikel 6.1 i rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund (EGT L 145, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 28), samt artikel 25 i rådets direktiv 2006/112/EG av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt (EUT L 347, s. 1).

17. För det fall licensavtalet kan utgöra ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 vill den hänskjutande domstolen dessutom veta på vilken ort dessa tjänster har utförts på grundval av det ovannämnda avtalet. Den hänskjutande domstolen har härvidlag påpekat att licensen har upplåtits till motparten för två medlemsstater (nämligen Österrike och Tyskland) och en tredje stat (Schweiz). Klagandena, som har upplåtit licensen, har sätet för sin styrelse respektive sitt hemvist i Österrike, medan motparten, som har erhållit licensen, har sitt hemvist i Tyskland.

18. Den hänskjutande domstolen har påpekat att det är två orter som kan anses vara den ort där tjänsterna har utförts. Dels kan en sådan ort vara vilken som helst ort i den medlemsstat där nyttjandet till rätten på grundval av licensavtalet är tillåtet och där nyttjandet faktiskt sker, dels kan orten för utförandet av tjänsterna vara den ort där licensgivarens styrelse har sitt säte eller licensgivaren har sitt hemvist. Den hänskjutande domstolen har påpekat att i båda fallen ligger behörigheten att pröva tvisten hos den österrikiska domstolen. Dock kan ett avgörande med den innebörden enligt dess mening strida mot uttalandena i domen i målet Besix [7]. I denna dom har domstolen med hänvisning till artikel 5.1 i Brysselkonventionen slagit fast att denna bestämmelse inte kan tillämpas i ett fall i vilket det inte går att bestämma uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser, på grund av att den tvistiga avtalsförpliktelsen avser ett åtagande att avstå från visst handlande, utan geografisk begränsning, och därför karaktäriseras av att det finns ett stort antal orter där förpliktelsen har uppfyllts eller ska uppfyllas. I ett sådant fall kan behörigheten endast fastställas med tillämpning av det allmänna behörighetskriteriet i artikel 2 första stycket i nämnda konvention. [8]

19. I samband härmed vill den hänskjutande domstolen även få klarhet i huruvida den domstol vars behörighet har fastställts på så sätt är behörig att även fatta beslut angående licensavgifterna för det nyttjande av upphovsrättigheterna som sker i en annan medlemsstat eller i ett tredjeland.

20. För det fall behörigheten inte kan avgöras på grundval av artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 har den hänskjutande domstolen påpekat att det är nödvändigt att enligt bestämmelsen i artikel 5.1 c i denna förordning fastställa behörigheten i den mening som avses i artikel 5.1 a i förordningen. I så fall är, i enlighet med domen i målet De Bloos [9], uppfyllelseorten för den omtvistade förpliktelsen, det vill säga den förpliktelse som är föremål för den tvist som uppstått mellan parterna, av avgörande betydelse för att fastställa behörigheten. Såsom framgår av domen i målet Tessili [10] fastställs uppfyllelseorten för den omtvistade förpliktelsen på grundval av den materiella rätt som enligt de

7 — Dom av den 19 februari 2002 i mål C-256/00, Besix (REG 2002, s. I-1699).

8 — Det är tydligt att den hänskjutande domstolen här underförstått utgår från förutsättningen att rättspraxis avseende artikel 5.1 i Brysselkonventionen ska tillämpas även för att tolka artikel 5.1 i förordning nr 44/2001.

9 — Dom av den 6 oktober 1976 i mål 14/76, De Bloos (REG 1976, s. 1497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 187).

10 — Dom av den 6 oktober 1976 i mål 12/76, Tessili (REG 1976, s. 1473; svensk specialutgåva, volym 3, s. 177).

internationellt privaträttsliga bestämmelserna enligt *lex fori* för den domstol där talan väckts är tillämplig på avtalsförhållandet. I så fall är de österrikiska domstolarna inte behöriga, eftersom enligt både österrikisk och tysk rätt den omtvistade betalningen ska erläggas i motpartens hemvist, således i Tyskland, vilket skulle betyda att tysk domstol är behörig.

21. Det är mot denna bakgrund som den hänskjutande domstolen genom beslut av den 13 november 2007 har beslutat att vilandeförklara målet och enligt artiklarna 68 EG och 234 EG ställa följande frågor till domstolen: [11]

”1. Är ett avtal, genom vilket en immaterialrättsinnehavare [12] till motparten upplåter en rätt att nyttja immaterialrätten (licensavtal), ett avtal om ’utförande av tjänster’ i den mening som avses i artikel 5.1 b i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel I-förordningen)?

2. För det fall fråga 1 besvaras jakande:

2.1. Utförs tjänsten på den ort i en medlemsstat där det enligt avtalet är tillåtet att nyttja rätten och där nyttjandet faktiskt sker?

2.2. Alternativt, utförs tjänsten på den ort där licensgivaren har sitt hemvist eller på den ort där licensgivarens styrelse har sitt säte?

2.3. För det fall frågorna 2.1 eller 2.2 besvaras jakande, är den behöriga domstolen också behörig att fatta beslut angående licensavgiften för nyttjandet av rätten i en annan medlemsstat eller i ett tredjeland?

3. För det fall fråga 1 eller frågorna 2.1 och 2.2 besvaras nekande: Ska behörigheten att pröva betalning av licensavgiften

11 — Fotnot som endast avser den slovenska versionen av detta förslag till avgörande (utelämnas).

12 — Fotnot som endast avser den slovenska versionen av detta förslag till avgörande (utelämnas).

enligt artikel 5.1 a och c i förordning nr 44/2001 vidare avgöras utifrån de principer som lagts fast i rättspraxis från EG-domstolen angående artikel 5.1 i konventionen den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (Brysselkonventionen)?"

att domstolen ska besvara den första frågan enligt följande. Ett licensavtal ska betraktas som ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001.

IV — Förfarande vid domstolen

22. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 29 november 2007. Parterna i målet vid den nationella domstolen, den italienska och den tyska regeringen samt Förenade kungarikets regering och kommissionen inkom med yttranden under det skriftliga förfarandet. Den tyska regeringen och kommissionen yttrade sig muntligen och besvarade domstolens frågor vid förhandlingen den 20 november 2008.

V — Parternas argument

A — *Den första frågan*

23. Klagandena i målet vid den nationella domstolen och kommissionen har föreslagit

24. Klagandena i målet vid den nationella domstolen har till stöd för detta påstående gjort gällande att begreppet "tjänster" definieras brett såväl i gemenskapens primärrätt som i dess sekundärrätt, och särskilt i gemenskapsbestämmelserna om mervärdesskatt [13] samt i direktiv 2006/123 om tjänster. [14] En bred definition av detta begrepp förekommer även i vissa av kommissionens dokument. [15] Klagandena har även påstått att motpartens huvudförpliktelse består i att producera och sälja ljudupptagningar av ett verk, således att utföra tjänster. Skyldigheten att betala licensavgifter är enligt deras mening endast en kompletterande skyldighet för motparten. Klagandena har påstått att i förevarande fall är även de skyldiga att utföra en tjänst, som just består i att upplåta exklusiva eller icke exklusiva nyttjanderättigheter.

13 — Klagandena i målet vid den nationella domstolen har allmänt åberopat dessa bestämmelser, utan att ange några specifika bestämmelser.

14 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, s. 36).

15 — Klagandena i målet vid den nationella domstolen har i detta avseende hänvisat till kommissionens rekommendation 2005/737/EG av den 18 maj 2005 om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musiktjänster på nätet (EUT L 276, s. 54) och till Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Europeiska Ekonomiska och sociala kommittén – Förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter på den inre marknaden (KOM(2004) 261 slutlig).

25. Kommissionen har påpekat att begreppet ”tjänster” ska tolkas autonomt, oberoende av definitionen av begreppet i medlemsstaternas rättsordningar. Kommissionen har härvidlag hänvisat till den breda definitionen av detta begrepp i gemenskapens primärrätt, vilken är väsentligen bredare än de brukliga civilrättsliga definitionerna i de nationella rättsordningarna. Den omfattar exempelvis uthyrande av båtplatser till båtägare i andra medlemsstater [16] eller leasing av bilar till företag i andra medlemsstater. [17] Kommissionen har härvidlag påpekat att även beviljandet av en rätt att nyttja resultaten att någons skapande kan betraktas som ett utförande av tjänst. Kommissionen har dessutom påpekat att gemenskapsdirektiven om mervärdesskatt inte kan vara till hjälp för tolkningen av artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001, eftersom denna förordning enligt artikel 1.1 i denna inte är tillämplig på skattefrågor.

26. Kommissionen har till stöd för sin ståndpunkt åberopat en bokstavlig, historisk och teleologisk tolkning av förordning nr 44/2001. Enligt kommissionen framgår det inte av ordalydelsen av förordning nr 44/2001 att begreppet ”tjänster” ska tolkas mer restriktivt än i gemenskapens primärrätt. Vad avser den historiska tolkningen har kommissionen påpekat att artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 har ändrats i förhållande till artikel 5.1 i Brysselkonventionen så att vid försäljning av varor och vid utförande av tjänster ”uppfyllelseorten för... förpliktelse[n]” i den mening som avses i den ovannämnda bestämmelsen i förordningen ska vara uppfyllelseorten för avtalets karaktäristiska förpliktelse. Avsikten var att därigenom åtminstone delvis avhjälpa problemen med tolkningen av artikel 5.1 i Brysselkonventionen, enligt vilken behörigheten avgörs på grundval av uppfyllelseorten för den tvistiga förpliktelsen. Denna ort fastställs dock på grundval av de på avtalet tillämpliga materiella bestämmelserna. Därutöver innebär en bredare tolkning av begreppet ”tjänster” att svårigheterna med avgränsningen mellan avtal som ska omfattas av artikel 5.1 a och avtal som ska omfattas av artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 undviks.

27. Alla övriga parter har föreslagit att domstolen ska besvara den första frågan nekande och fastslå att licensavtalet inte är ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001.

28. Motparten i målet vid den nationella domstolen har påpekat att begreppet avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att det omfattar alla avtal med syfte att det mot ersättning ska uppnås ett visst konkret resultat och inte – såsom i det

16 — Domen i målet Ciola (ovan fotnot 5).
17 — Domen i målet Cura Anlagen (ovan fotnot 5).

särskilda fallet med arbetsavtal – endast med syfte att en viss verksamhet ska utföras. Enligt motparten kan licensavtal inte anses vara avtal om utförande av tjänster.

29. Den tyska regeringen har vad avser den första frågan utgått från en bokstavlig och systematisk tolkning av artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 samt från syftet med denna bestämmelse. Vad avser den bokstavliga tolkningen har den tyska regeringen påpekat att begreppet ”tjänster” i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 inte kan tolkas på samma sätt som det definieras i primärrätten eller i direktiven om mervärdesskatt. [18] Enligt den tyska regeringen definieras detta begrepp i primärrätten och i de ovannämnda direktiven brett på grund av att det i fråga om friheten att tillhandahålla tjänster innefattar de verksamheter som inte omfattas av de andra grundläggande friheterna. När det gäller direktiven om mervärdesskatt är syftet med detta begrepp att ingen ekonomisk verksamhet ska undantas från tillämpningsområdet för dessa direktiv på grund av en onödigt restriktiv innebörd av detta begrepp.

30. Den tyska regeringen har i fråga om den systematiska tolkningen påstått att artikel 5.1 a jämförd med artikel 5.1 c i förordning nr 44/2001 klart visar att det finns avtal vars syfte varken är försäljning av lös egendom eller utförande av tjänster och att artikel 5.1 a följaktligen inte kan tolkas så brett att den omfattar alla de avtal som inte omfattas av kategorin försäljningsavtal om lös egendom. Det framgår även att förslaget om antagandet av Rom I-förordningen [19] – inom vars ram begreppet tjänster ska tolkas på samma sätt som i förordning nr 44/2001 – att licensavtal inte kan anses utgöra avtal om utförande av tjänster, eftersom det ovannämnda förslaget till förordning innehöll en speciell bestämmelse som reglerade tillämplig lag på avtal om immaterialrätt och industriell äganderätt (artikel 4.1 f i förslag till Rom I-förordning). Den tyska regeringen har påpekat att det var av politiska skäl som denna bestämmelse inte infördes i den slutligen antagna artikeln och inte av det skälet att det hade blivit möjligt att införa de avtal som avsåg immaterialrätt eller industriell äganderätt bland avtalen om utförande av tjänster.

31. Den tyska regeringen har i fråga om syftet med artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 påpekat att det när det gäller ett licensavtal inte alltid är lämpligt att avgöra behörigheten på grundval av den ort där tjänsten har utförts, eftersom avtal av denna typ kan avse immateriell äganderätt av olika slag. Dessutom kan

18 — Den tyska regeringen har i detta sammanhang hänvisat till artikel 24.1 i direktiv 2006/112 (ovan fotnot 6) och artikel 6.1 i direktiv 77/388 (ovan fotnot 6).

19 — Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om tillämplig lag på förpliktelser enligt avtal (Rom I) (KOM (2005) 650 slutlig).

licensen ha upplåtits för olika länder eller till och med för hela världen. Enligt den tyska regeringen är det inte möjligt att på ett enhetligt sätt lokalisera ett typiskt licensavtal för att på grundval av objektivt geografisk närhet fastställa en specifik behörig domstol.

32. Enligt Förenade kungarikets regering får en bred tolkning av artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 som även omfattar licensavtal till följd att bestämmelserna i artikel 5 a och c blir överflödiga, vilket skulle strida mot systematiken och syftet med denna förordning. Syftet med bestämmelserna i denna förordning avseende de särskilda behörigheterna är att säkerställa att den domstol som har en nära koppling till tvisten är behörig att pröva den. Förenade kungarikets regering har dessutom påpekat att ett av huvudsyftena med förordning nr 44/2001 är att bestämmelserna om behörighet ska vara förutsebara, vilket inte kan säkerställas om artikel 5.1 b i denna förordning är tillämplig på licensavtal, eftersom det inte är möjligt att fastställa den ort där utförandet av tjänsten enligt avtalet har skett.

33. Den italienska regeringen har påstått att en bred tolkning av artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 får till följd att nästan samtliga avtal omfattas av denna bestämmelse. Artikel 5.1 b får på så sätt rollen av allmän bestämmelse snarare än dess verkliga roll som undantag, vilket strider mot syftet med denna artikel. Enligt den italienska regeringen har licensgivaren inte heller någon sådan positiv förpliktelse som gör det möjligt att betrakta detta avtal som ett avtal om utförande av tjänster.

B — *Den andra frågan*

34. Klagandena i målet vid den nationella domstolen anser att den ort där tjänsten enligt licensavtalet har utförts ska betraktas som den ort där licensgivaren har sitt hemvist eller där hans styrelse har sitt säte. Enligt klagandenas mening strider inte detta påstående mot domstolens dom i målet Besix [20]. I målet vid den nationella domstolen är det nämligen inte fråga om en geografiskt obegränsad förpliktelse att avstå från handlande, utan om ett licensavtal som ingåtts för ett geografiskt begränsat territorium, det vill säga Österrike, Tyskland och Schweiz. Klagandena har påpekat att den tjänst som licensgivaren enligt ett licensavtal utför består i ett positivt beviljande av rättigheter till licenstagaren. Särskilt i det fall där en licens upplåts till flera länder blir hemvistet eller styrelsens säte för den avtalsslutande part som är skyldig att fullgöra avtalets särskilda förpliktelse avgörande för att fastställa behörigheten.

20 — Domen i målet Besix (ovan fotnot 7).

35. Vad avser fråga 2.3 anser klagandena att domstolen på den ort där tjänsterna har utförts enligt avtalet ska vara behörig att fatta beslut även i frågan om de avgifter som ska betalas för det nyttjande av licensrättigheterna som sker i andra medlemsstater eller i tredjeländer. Syftet med att fastställa behörigheten på grundval av uppfyllelseorten för förpliktelsen är nämligen att koncentrera behörigheten till domstolen på denna ort.

36. Enligt kommissionen är den ort där tjänsterna har utförts enligt licensavtalet den ort där licensgivaren har sitt hemvist eller där licensgivarens styrelse har sitt säte. Kommissionen anser att domen i målet Besix [21] inte utgör hinder för att behörigheten för de mål som avser licensavtal avgörs enligt artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001. Dels är licensgivarens förpliktelse enligt kommissionen inte begränsad till att bara avstå från handlande, eftersom han är skyldig att upplåta licensen och tolerera att licenstagaren nyttjar föremålet för licensen, dels ska behörigheten avgöras på grundval av artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001 oberoende av den omtvistade betalningsskyldigheten. Vad avser fråga 2.3 anser kommissionen att domstolen i den medlemsstat där licensgivaren har sitt hemvist eller där hans styrelse har sitt säte är behörig att även fatta beslut om den ersättning som härrör från det nyttjande av rätten som sker i en annan medlemsstat eller i ett tredjeland.

37. Motparten i målet vid den nationella domstolen samt den tyska och den italienska regeringen har med hänsyn till det svar de föreslagit på den första frågan inte uttalat sig om den andra frågan.

38. Förenade kungarikets regering har endast tagit ställning till fråga 2.3 och påpekat att om domstolen besvarar den första frågan jakande ska den behöriga domstolen ha behörighet att även fatta beslut om ersättning för det nyttjande av rätten som sker i en annan medlemsstat eller i ett tredje land. Ett annat svar medför risk för motstridiga domar, eftersom olika domstolar kan fatta beslut om olika aspekter av samma tvist.

C — *Den tredje frågan*

39. För det fall domstolen besvarar den första och den andra frågan nekande har klagandena vid den nationella domstolen, vad avser den tredje frågan, påpekat att artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att domstolsbehörigheten ska fastställas på grundval av uppfyllelseorten för avtalets särskilda förpliktelse och inte på grundval av uppfyllelseorten

21 — Domen i målet Besix (ovan fotnot 7).

för den omtvistade förpliktelsen. Klagandena har härvidlag påpekat att artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ska tolkas autonomt och utan avseende på de enskilda medlemsstaternas civilrättsliga bestämmelser. Klagandena har därför föreslagit att domstolen ska anse att den ort där licensgivaren har sitt hemvist eller där licensgivarens styrelse har sitt säte är uppfyllelseorten för den särskilda förpliktelsen i den mening som avses i denna bestämmelse.

40. Kommissionen har med hänsyn till det svar den föreslagit på den första och den andra frågan inte uttalat sig om den tredje frågan.

41. Enligt den tyska regeringen måste, med hänsyn till att medlemsstaterna har harmoniserat lagvalet vid avtalsförhållanden, hittillsvarande rättspraxis avseende tolkningen av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ändras. Enligt denna rättspraxis fastställs uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser enligt de materiella bestämmelser som är tillämpliga på avtalet eller på den omtvistade avtalsförpliktelsen (*lex causae*). Den nationella domstol vid vilken målet har anhängiggjorts ska mot bakgrund av reglerna om internationell privaträtt i sin rättsordning fastställa vilken lag som är tillämplig på avtalsförhållandet. Den tyska regeringen har föreslagit att denna rättspraxis ska ändras så att uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser inom ramen för artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 fastställs autonomt, det vill säga så att den alltid är uppfyllelseorten för den omtvistade förpliktelsen.

42. Den italienska regeringen anser att på grund av kravet på kontinuitet vad beträffar tolkningen av Brysselkonventionen och förordning nr 44/2001, såsom domstolen har slagit fast i domarna i målen Henkel [22] och Gantner [23], som avsåg artikel 5.3, ska artikel 5.1 a i denna förordning tolkas på samma sätt som artikel 5.1 i konventionen.

43. Förenade kungarikets regering har vad avser den tredje frågan anfört tre argument. Denna regering har för det första påpekat att problemen med tolkningen av artikel 5.1 a är identiska med problemen med tolkningen av artikel 5.1 i Brysselkonventionen. För det andra framgår det av ingressen till förslaget till förordning nr 44/2001 att rättspraxis avseende artikel 5.1 i Brysselkonventionen även är tillämplig på artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001. [24] För det tredje innebär ett överförande av denna rättspraxis på artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 att rättssäkerheten säkerställs på bästa möjliga vis, eftersom rättspraxis avseende tolkningen av begreppet ”den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas” enligt artikel 5.1 i Brysselkonventionen redan har karaktären av fast rättspraxis.

22 — Dom av den 1 oktober 2002 i mål C-167/00, Henkel (REG 2002, s. I-8111).

23 — Dom av den 8 maj 2003 i mål C-111/01, Gantner (REG 2003, s. I-4207).

24 — Förslag till rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (KOM(1999) 348 slutlig), s. 15 i den svenska språkversionen av motiveringen.

VI — Generaladvokatens bedömning

A — *Inledning*

44. I förordning nr 44/2001 har det genom bestämmelserna om den särskilda behörigheten i mål där talan avser avtal införts ett undantag till den allmänna principen att behörigheten avgörs på grundval av den ort där svaranden har sitt hemvist, *actor sequitur forum rei,* [25] som fastslås i artikel 2.1 i denna förordning. I mål där talan avser avtal motiveras undantaget från denna allmänna princip och fastställandet av behörigheten på grundval av särskilda kriterier av att fastställande av behörig domstol bör kompletteras med alternativa behörighetsregler i det fall där det finns en nära koppning mellan domstolen och tvisteföremålet. [26] Det är dessutom nödvändigt med en särskild behörighet för avtalsförhållanden för att så långt det är möjligt säkerställa jämvikten mellan kärandens och svarandens intressen, vilket inte skulle kunna ske om endast det ovannämnda allmänna kriteriet förelåg. [27] Käranden har således möjlighet att i mål som avser talan om avtal välja att väcka sin talan vid domstolen på den ort där svaranden har sitt hemvist eller vid den domstol som är behörig enligt bestämmelserna om den särskilda behörigheten i mål där talan avser avtal. [28]

45. Frågorna i förevarande mål avser tolkningen av artikel 5.1 i förordning nr 44/2001. Denna bestämmelse, genom vilken artikel 5.1 i Brysselkonventionen har ändrats och reviderats, innehåller bestämmelser om den särskilda behörigheten i mål där talan avser avtal. Domstolen ska för första gången efter det att denna förordning trädde i kraft (den 1 mars 2002) följaktligen tolka en bestämmelse som antogs efter mycket långa och komplicerade förhandlingar. [29] Det är samtidigt fråga om en bestämmelse beträffande vilken det i framtiden kan förväntas bli många

25 — Vad avser den allmänna principen *actor sequitur forum rei* ska det tilläggas att syftet med kriteriet avseende behörighet på grundval av den svarandes hemvist är att skydda vederbörandes rättigheter. Det är nämligen svårare för svaranden att ordna sitt försvar vid en domstol i ett annat medlemsland än i sin hemviststat. Se exempelvis generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 14 mars 2006 i mål C-103/05, Reisch Montage (REG 2006, s. I-6827), punkt 21. Se även, analogt, avseende Brysselkonventionen, Jenard, P., Rapport om konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (EGT C 59, 1979, s. 18).

26 — Se skäl 12 i förordning nr 44/2001.

27 — Mankowski, P. i Magnus. U. och Mankowski, P. (utgivare), *Brussels I Regulation*, Sellier, European Law Publishers, München, 2007, s. 90, punkt 1.

28 — Vad avser svarandens valmöjlighet, se Mankowski, P. i Magnus, U. och Mankowski, P. (utgivare), *Brussels I Regulation* (ovan fotnot 27), s. 89, punkt 1.

29 — För mer omfattande detaljer avseende de förda förhandlingarna och de möjligheter som undersökts att formulera artikel 5.1 i förordning nr 44/2001, se Beaumont, P.R., "The Brussels Convention Becomes a Regulation: Implications for Legal Basis, External Competence and Contract Jurisdiction", i Fawcett, J. (utgivare), *Reform and Development of Private International Law. Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, New York, 2002, s. 15 och följande sidor, och Kohler, C., "Revision des Brüsseler und Luganer Übereinkommens", i Gottwald, P. (utgivare), *Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfarensrecht*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 2000, s. 12 och följande sidor.

tvister avseende behörigheten mellan de avtalsslutande parterna. [30]

B — *Den första tolkningsfrågan*

46. Den första tolkningsfrågan ska förstås så, att den hänskjutande domstolen med denna i huvudsak vill få klarhet i huruvida artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att ett avtal genom vilket en immaterialrättsinnehavare till motparten upplåter en rätt att nyttja immaterialrätten (licensavtal) [31] är ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i den ovannämnda bestämmelsen. Syftet med den nationella domstolens fråga är följaktligen att få fastställt huruvida ett licensavtal kan omfattas av begreppet avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001.

47. För att besvara denna fråga ska jag först och främst i korthet klargöra licensavtalets kännetecken och därefter, i samband med tolkningen av artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001, undersöka huvuddragen av begreppet tjänster i den mening som avses i denna bestämmelse och samtidigt ta upp frågan huruvida ett licensavtal kan behandlas som ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i denna bestämmelse.

1. Licensavtalets kännetecken

48. I förevarande fall finns det anledning att utgå från den definition av licensavtalet som den hänskjutande domstolen har gett. Denna domstol har definierat licensavtalet som ett avtal genom vilket en immaterialrättsinnehavare till motparten upplåter en rätt att nyttja immaterialrätten. Eftersom domstolens domar är bindande för alla de nationella domstolarna och verkar *erga omnes,* [32] måste även definitionen av licensavtal i de andra

30 — Rogerson, P. har i *Plus ça change? Article 5 (1) of the Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments*, Cambridge Yearbook of European legal studies, 2000, s. 383, vad avser artikel 5.1 i Brysselkonventionen, påpekat att denna artikel är en av de oftast tillämpade artiklarna i denna konvention och den artikel som parterna även oftast åberopar i tvisterna. Det kan förväntas att detsamma kommer att gälla i fråga om artikel 5.1 i förordning nr 44/2001.

31 — Som jag redan har angett (ovan fotnot 4) är det den hänskjutande domstolen som ska kvalificera detta avtal som ”licensavtal”.

32 — Se Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I. och Bray, R., *Procedural Law of the European Union*, andra upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2006, sidorna 194 och 195, punkterna 6-030 och 6-031, Van Raepenbusch, S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, fjärde upplagan, Larcier, Bryssel, 2005, s. 578.

medlemsstaternas rättsordningar samt eventuella bestämmelser i gemenskapsrätten beaktas.

49. Licensavtalet regleras på olika sätt i de olika medlemsstaterna. Vissa medlemsstater behandlar det som ett särskilt benämnt avtal och definierar det även uttryckligt (exempelvis Tjeckien [33] och Slovenien [34]), medan andra medlemsstater inom ramen för särskilda bestämmelser på området för den immateriella äganderätten endast reglerar möjligheten att ingå ett licensavtal, utan att uttryckligen definiera det (exempelvis Österrike [35], Frankrike [36], Irland [37] och Tyskland [38]). Det ska härvid påpekas att medlemsstaternas lagstiftningar oftast reglerar licensavtalet – såsom såväl ett särskilt benämnt avtal som ett avtal utan benämning – enbart

33 — I tjeckisk rätt regleras licensavtal för upplåtande av industriell äganderätt genom artiklarna 508–515 i Obchodní zákoník (handelslag). I artikel 508 i denna lag fastställs att licensgivaren genom ett licensavtal ger licenstagaren rätt att nyttja en industriell äganderätt enbart i en viss omfattning och inom ett överenskommet område, medan licenstagaren i utbyte ska åta sig att betala honom viss ersättning eller ge honom andra materiella fördelar. I tjeckisk rätt regleras licensavtal för att upplåta upphovsrätt eller närstående rättigheter genom artiklarna 46–57 i Zákon o dílech literárních, vedeckých a umelechkých (autorský zákon) (lag om litterära, vetenskapliga och konstnärliga verk (lag om upphovsrätt)). I artikel 46.1 i denna lag fastställs att genom licensavtalet kan licensgivaren till licenstagaren upplåta nyttjanderätten till ett verk, medan licenstagaren ska åta sig att lämna honom en ersättning, om inte annat har avtalats.

34 — I slovensk rätt regleras licensavtal genom artiklarna 704–728 i Obligacijski zakonik (lag om förpliktelser). I artikel 704 i denna lag stadgas att licensgivaren genom licensavtalet ska åta sig att helt eller delvis till licenstagaren upplåta nyttjanderätten till en patenterad uppfinning, en vetenskaplig upptäckt, teknisk kompetens, varumärken, mönster eller modeller, medan licenstagaren ska åta sig att lämna licensgivaren en viss ersättning. I upphovsrätten (Zakon o avtorski in sorodnih pravicah) (lag om upphovsrätt och närstående rättigheter) regleras inte specifikt licensavtal. Detta nämns endast med hänvisning till dataprogram i artikel 113.2 i lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter, medan upplåtandet av nyttjanderätt till ett verk regleras genom andra avtal.

35 — Artikel 35 i den österrikiska Patentgesetz (patentlag) ger exempelvis patentinnehavaren möjlighet att till andra personer överlåta rätten att exploatera en uppfinning. I artikel 14.1 i Markenschutzgesetz (lagen om varumärkesskydd) fastställs att varumärket kan omfattas av exklusiva eller icke-exklusiva licenser i fråga om en del av eller alla de varor eller tjänster för vilka det är registrerat. I den österrikiska doktrinen, se Kucsko, G., *Geistiges Eigentum. Markenrecht, Musterrecht, Patentrecht, Urheberrecht*, Manz, Wien, 2003, s. 469 (varumärkeslicens) och s. 929 (patentlicens). I den österrikiska Urheberrechtsgesetz (lag om upphovsrätt) regleras inte uttryckligen licensavtal för upplåtande av nyttjanderätt till ett verk. Denna typ av avtal har dock gjort sig gällande i praktiken. I österrikisk rättspraxis används detta uttryck exempelvis i samband med upplåtelse av nyttjanderätt till ett verk. Se exempelvis följande domar från Oberster Gerichtshof: OGH 10.12.1985, 4 Ob 381/84; OGH 15.10.2002, 4 Ob 209/02t; OGH 29.4.2003, 4 Ob 57/03s. Vad avser upplåtelse genom ett licensavtal av nyttjanderätt till datorprogram, se i doktrinen exempelvis Holzinger, E., ”Rechtsgeschäftiche Übertragung von Software. Versuch einer systematischen Einordnung”, *EDV & Recht*, nr 4/1987, s. 10.

36 — I fransk rätt fastställs i Code de la propriété intellectuelle (lag om immateriella rättigheter) exempelvis i artikel L 613-8 andra stycket att rättigheter enligt ett patent kan omfattas av exklusiva eller icke-exklusiva licenser. I den franska doktrinen se, exempelvis, Marcellin, Y., *Le Droit Français de la Propriété Intellectuelle*, Cedat, Paris, 1999, s. 433 och följande sidor, vilken med avseende på upplåtelse av patentlicenser påpekar att en licens upplåts genom ett avtal genom vilket uppfinnaren (licensgivaren) till licenstagaren upplåter nyttjanderätten, även om licensgivaren fortfarande är ensam patentinnehavare. Samme författare har dessutom (s. 436) påpekat att licenstagaren har skyldighet att betala avgifterna och att nyttja föremålet för licensen. I den franska rätten regleras inte specifikt upplåtelse av licens avseende upphovsrätt. Upplåtelse av nyttjanderätt till verk regleras genom andra avtal enligt upphovsrättslagstiftningen. Se härvidlag Marcellin, Y., ovannämnda skrift, s. 68 och följande sidor.

37 — Enligt den irländska Copyright and Related Rights Act, 2000 (lag om upphovsrätt och närstående rättigheter) medges exempelvis överlåtelse av nyttjanderätt till ett verk genom artikel 120, som har rubriken ”Överlåtelse och licenser”. I den irländska doktrinen se, i fråga om licensavtal om upphovsrätt, exempelvis Clark, R., *Irish Copyright and Design Law*, Butterworths, Dublin, 2003, s. C/100 och följande sidor.

38 — I 15 § andra stycket i den tyska Patentgesetz (patentlag) regleras licensavtal avseende patent. Genom denna bestämmelse ges möjlighet att genom avtal upplåta licenser om patent. I bestämmelsen föreskrivs bland annat att licensen kan vara exklusiv eller icke-exklusiv. I 30 § Markengesetz (varumärkeslagen) fastställs att varumärket kan omfattas av exklusiva eller icke-exklusiva licenser. Stumpf, H. och Groß, M., *Der Lizenzvertrag*, åttonde upplagan, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2008, s. 41, punkt 16, har påpekat att licens kan upplåtas även i fråga om särskild know-how. I den tyska Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (lag om upphovsrätt och närstående rättigheter) anges inte uttryckligen licensavtal. I 31 § däremot regleras upplåtelsen av nyttjanderättigheter (Einräumung von Nutzungsrechten). I den tyska doktrinen förekommer trots detta exempelvis uttrycket ”licens” även på upphovsrättsområdet. Se exempelvis Schack, H., *Urheber und Urhebervertragsrecht*, andra upplagan, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s. 245, punkterna 539 och 540.

i förhållande till den industriella äganderätten, men i vissa mer sällsynta fall även i förhållande till upphovsrätten. [39] I vissa medlemsstater regleras upplåtelse av upphovsrätten genom andra avtal som föreskrivs i de särskilda bestämmelserna på området. [40]

50. I gemenskapsbestämmelserna om skydd av immaterialrätten regleras visserligen möjligheten att upplåta licenser, men de innehåller inga bestämmelser om ingående av licensavtal och om dess kännetecken. [41]

I internationella fördrag som reglerar immaterialrätt nämns även licensavtal eller möjligheten att upplåta licenser för immaterialrätter. För regleringen av själva licensavtalet hänvisas dock till de undertecknande medlemsstaternas nationella rättsordningar. Det räcker här att som exempel nämna TRIPs-avtalet [42] och Europeiska patentkonventionen [43].

39 — Licensavtal avseende upphovsrätt regleras i exempelvis den tjeckiska lagstiftningen (se ovan fotnot 33) och i den irländska lagstiftningen (se ovan fotnot 37).

40 — Se exempelvis den slovenska lagstiftningen (se ovan fotnot 34) och den franska lagstiftningen (se ovan fotnot 36).

41 — På upphovsrättsområdet anges exempelvis, i skäl 30 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, att de rättigheter som avses i detta direktiv kan överföras, överlåtas eller bli föremål för avtalade licenser utan att detta påverkar den relevanta nationella lagstiftningen om upphovsrätt och närstående rättigheter. På varumärkesrättsområdet anges i artikel 22.1 i rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3) att ett gemenskapsvarumärke kan bli föremål för licens för en del av eller alla de varor eller tjänster för vilka det är registrerat samt för hela eller viss del av gemenskapen. En licens kan vara exklusiv eller icke-exklusiv. Även förordningen om gemenskapspatent kommer i framtiden att innehålla bestämmelser om licensavtal. I artikel 19 i Förslag till rådsförordning om gemenskapspatent (KOM(2000) 412 slutlig) anges således att ett gemenskapspatent i sin helhet eller delvis kan bli föremål för licenser för hela eller viss del av gemenskapen och att en licens kan vara exklusiv eller icke-exklusiv.

42 — Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) (avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter). I artikel 21 i TRIPs-avtalet stadgas att medlemsstaterna kan fastställa villkor för överlåtelse och licensiering av varumärken. Dock föreskrivs i artikel 28.2 i detta avtal bland annat att patentinnehavaren ska ha rätt att ingå licensavtal. Avtalstexten finns tillgänglig i elektronisk form på följande Internetsida: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

43 — Konventionen om meddelande av europeiska patent av den 5 oktober 1973 (Europeiska patentkonventionen), i dess lydelse enligt ändringsakten av den 17 december 1991 om ändring av artikel 63 i konventionen, och enligt beslut av Europeiska patentverkets förvaltningsråd av den 21 december 1978, av den 13 december 1994, av den 20 oktober 1995, av den 5 december 1996, av den 10 december 1998 och av den 27 oktober 2005, och som innehåller övergångsbestämmelser för tillämpning av ändringsakten av den 29 november 2000. I artikel 73 i Europeiska patentkonventionen regleras avtalsenlig licens och stadgas att europeiska patent helt eller delvis kan omfattas av licenser för hela eller del av konventionsstaternas territorium. Konventionen finns tillgänglig i elektronisk form på Internetsidan http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/e/ma1.html.

51. Av de ovannämnda lagtexterna och doktrinen kan slutsatsen dras att licensavtalet är ett ömsesidigt avtal, genom vilket licensgivaren i huvudsak ger licenstagaren rätten att nyttja vissa immateriella äganderätter och licenstagaren i utbyte ska betala licensavgift till licensgivaren. Genom att upplåta denna licens ger licensgivaren licenstagaren rätt att utföra en verksamhet som utan licensen innebär att den immateriella äganderätten åsidosätts. [44] Licensen kan begränsas på olika sätt. Den kan närmare bestämt vara exklusiv eller icke-exklusiv och vara begränsad geografiskt, i tiden eller på grundval av hur den tillämpas. [45]

52. Vad avser licensavtalets rättsliga karaktär har det i olika medlemsstaters doktrin påpekats att det är fråga om ett autonomt avtal [46] som ska särskiljas från andra avtal. [47] I en del av doktrinen har det betecknats som ett avtal *sui generis*. [48] För förevarande mål är det i synnerhet skillnaden mellan licensavtal och hyresavtal som är av betydelse. Jag ska nedan närmare ange skillnaderna mellan dessa två kategorier avtal, när jag tar upp frågan huruvida licensavtalet kan utgöra ett avtal om utförande av tjänster. [49]

2. Tolkning av artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001

53. I artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 föreskrivs att uppfyllelseorten för förpliktelsen vid utförande av tjänster är den ort i en medlemsstat där

44 — I doktrinen se, exempelvis, Tritton, G., m.fl., *Intellectual Property in Europe*, Sweet & Maxwell, London, 2008, s. 677, punkt 7-047, och Bently, L. och Sherman, B., *Intellectual Property Law*, andra upplagan, Oxford University Press, New York, 2004, s. 254 och s. 950.

45 — Se Bently, L. och Sherman, B., *Intellectual Property Law* (ovan fotnot 44), s. 950. Vad avser de olika begränsningarna av en licens se, i den franska doktrinen, Marcellin, Y., *Le Droit Français de la Propriété Intellectuelle* (ovan fotnot 36), s. 434 och följande sidor.

46 — I den österrikiska doktrinen, se Kucsko, G., *Geistiges Eigentum. Markenrecht, Musterrecht, Patentrecht, Urheberrecht* (ovan fotnot 35), s. 929. I den tyska litteraturen se Busse, R. (utgivare), *Patentgesetz, Unter Berücksichtigung des Europäischen Patentübereinkommens, des Gemeinschaftspatentübereinkommens und des Patentzusammenarbeitsvertrags. Kommentar*, De Gruyter, Berlin, New York, s. 297, punkt 53, och Stumpf, H. och Groß, M., *Der Lizenzvertrag* (ovan fotnot 38), s. 42 och 43, punkt 19. I den slovenska doktrinen, se Podobnik, K. i Juhart, M. och Plavšak, N. (utgivare), *Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem*, GV založba, Ljubljana, 2004, kommentar till artikel 704, s. 62.

47 — I den österrikiska doktrinen, Kucsko, G., *Geistiges Eigentum. Markenrecht, Musterrecht, Patentrecht, Urheberrecht* (ovan fotnot 35), s. 930, påpekas att det finns anledning att särskilja licensavtal från avtal om överföring av know-how och från franchiseavtal. I den tyska doktrinen har Stumpf, H. och Groß, M. i *Der Lizenzvertrag* (ovan fotnot 38), s. 43–45, punkterna 20–24, påpekat att licensavtal ska särskiljas från köpavtal, bolagsavtal och hyresavtal. Jämför i den slovenska doktrinen, Podobnik, K. i Juhart, M. och Plavšak, N. (utgivare), *Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem* (ovan fotnot 46), kommentar till artikel 704, s. 62.

48 — Se exempelvis i den tyska doktrinen, Schulte, R., *Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen. Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, s. 219, punkt 16. I den österrikiska doktrinen, se Kucsko, G., *Geistiges Eigentum. Markenrecht, Musterrecht, Patentrecht, Urheberrecht* (ovan fotnot 35), s. 929. I österrikisk rättspraxis, se exempelvis domen från Oberster Gerichtshof OGH 15.10.2002, 4 Ob 209/02t.

49 — Se punkt 66 i detta förslag till avgörande.

enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts. I denna bestämmelse definieras dock inte begreppet ”tjänster”, och domstolen har hittills inte heller klargjort detta begrepp vid tolkningen av förordning nr 44/2001.

54. Det ska inledningsvis påpekas att begreppet tjänster i samband med förordning nr 44/2001 måste tolkas autonomt, utan någon hänvisning till dess innebörd enligt medlemsstaternas rättsordningar. Man måste härvid utgå från förordningens allmänna systematik och syfte för att säkerställa att den tillämpas enhetligt i alla [50] medlemsstaterna. [51] Det ska dessutom påpekas att jag i princip instämmer i den uppfattning som parterna i förevarande mål har framfört, enligt vilken begreppet ”tjänster” i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 ska ges en bred tolkning, [52] men att det vid definitionen av detta begrepp ska säkerställas att denna motsvarar den allmänna systematiken i och syftet med förordning nr 44/2001.

55. Vid tolkningen av förordning nr 44/2001 måste man allmänt utgå från kontinuiteten med Brysselkonventionen. Artikel 5.1 i denna konvention reglerade inte specifikt behörigheten för avtal om utförande av tjänster, varför tolkningen av denna bestämmelse inte kan vara någon ledstjärna för att tolka begreppet ”tjänster” inom ramen för förordning nr 44/2001. I Brysselkonventionen användes dock begreppet avtal om utförande av tjänster i artikel 13 första stycket punkt 3. I denna artikel reglerades behörigheten i fråga om

50 — Såsom framgår av skäl 21 i förordning nr 44/2001 deltar, i enlighet med artiklarna 1 och 2 i protokollet om Danmarks ställning, fogat till Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, Danmark inte i antagandet av denna förordning, som därför varken är bindande för eller tillämplig i Danmark. Enligt skäl 22 i förordning nr 44/2001 ska Brysselkonventionen fortsätta att tillämpas i förbindelserna mellan Danmark och de medlemsstater som är bundna av denna förordning.

51 — Av rättspraxis avseende Brysselkonventionen – som på grund av principen om kontinuitet även ska beaktas vid tolkningen av förordning nr 44/2001 – kan slutsatsen dras att begreppen i denna förordning måste tolkas autonomt. Se exempelvis dom av den 21 juni 1978 i mål 150/77, Bertrand (REG 1978, s. 1431), punkterna 14–16, av den 19 januari 1993 i mål C-89/91, Shearson Lehman Hutton (REG 1993, s. I-139), punkt 13, av den 3 juli 1997 i mål C-269/95, Benincasa (REG 1997, s. I-3767), punkt 12, av den 11 juli 2002 i mål C-96/00, Gabriel (REG 2002, s. I-6367), punkt 37, och av den 20 januari 2005 i mål C-27/02, Engler (REG 2005, s. I-481), punkt 33. Se även mitt förslag till avgörande av den 11 september 2008 i mål C-180/06, Ilsinger, där domstolen ännu inte avkunnat dom, punkt 54.
Se i doktrinen, vad avser den autonoma tolkningen av begreppen i förordning nr 44/2001, exempelvis Geimer, R. i Geimer, R. och Schütze, R.A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, Beck, München, 2004, s. 176, vilken påpekar att begreppet ”tjänster” i gemenskapslagstiftningen ska tolkas enhetligt, oberoende av den nationella lag som är tillämplig och således oberoende av den lag som är tillämplig på avtalet. Se även Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, tredje upplagan, Librarie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2002, s. 148.

52 — En bred tolkning av begreppet tjänster har även förespråkats i doktrinen. Se exempelvis Micklitz, H.-W. och Rott, P., ”Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nr 11/2001, s. 328, Geimer, R. i Geimer, R., Schütze, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht* (ovan fotnot 51), s. 176, Rauscher, T. (utgivare), *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, andra upplagan, Sellier, European Law Publishers, München, 2006, s. 179, punkt 49, Mankowski, P. i Magnus, U. och Mankowski, P. (utgivare), *Brussels I Regulation* (ovan fotnot 27), s. 131, punkt 90, och Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano* (ovan fotnot 51), s. 148.

avtal som ingåtts av konsumenter och som avsåg utförande av tjänster, [53] varför tolkningen av denna bestämmelse även kan utgöra en giltig grundval för att tolka artikel 5.1 i förordning nr 44/2001. [54] Domstolen har dock inte heller vid tolkningen av denna bestämmelse i Brysselkonventionen uttryckligen definierat begreppet tjänster. [55]

a) Abstrakt definition av begreppet ”tjänster” i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001

56. Eftersom domstolen hittills inte har tolkat detta begrepp, måste utgångspunkten för att tolka detta vara dels den vanliga innebörden av begreppet tjänster, dels analogin med andra rättskällor.

57. Enligt min mening är det två aspekter som är av avgörande betydelse för att definiera begreppet tjänster. För det första kräver den vanliga innebörden av begreppet tjänster att den som utför tjänsten utför en bestämd verksamhet. Utförandet av tjänster kräver följaktligen att den som utför tjänsten utövar en viss verksamhet eller aktivitet. [56] För det andra ska, såsom kommer att framgå av analogin med definitionen av detta begrepp inom primärrätten, [57] tjänster i princip utföras mot ersättning. Det ska i vart fall beaktas att den abstrakta definitionen av det ifrågavarande begreppet endast innebär att dess yttre gränser fastställs. I varje enskild tvist är det nödvändigt att individuellt, från fall till fall, besvara frågan huruvida en specifik verksamhet omfattas av begreppet tjänster.

53 — I artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen angavs närmare bestämt att i fråga om avtal som hade ingåtts av en konsument gällde i fråga om behörigheten bestämmelserna i det avsnitt i konventionen som reglerade behörigheten i fråga om konsumentavtal om det gällde ”andra avtal om leverans av varor eller utförande av *tjänster*, om a) avtalet föregicks av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i den konventionsstat där han har hemvist, eller annonsering där, och b) konsumenten vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den staten”. Min kursivering.

54 — Rauscher, T. (utgivare), *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar* (ovan fotnot 52), s. 179, punkt 49, har påpekat att tolkningen av begreppet tjänst i den mening som avses i artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen ska beaktas även såvitt avser tolkningen av samma begrepp i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001.

55 — Vid tolkningen av artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen har domstolen – exempelvis i dom av den 11 juli 2002 i mål C-96/00, Gabriel (REG 2002, s. I-6367), punkterna 38–40 och 47–51, och av den 20 januari 2005 i mål C-27/02, Engler (REG 2005, s. I-481), punkt 34 – angett förutsättningarna för att tillämpa denna. I dessa mål gällde frågan dock inte utförande av tjänster, utan försäljning av varor.

56 — Mankowski, P. i Magnus, U. och Mankowski, P. (utgivare), *Brussels I Regulation* (ovan fotnot 27), s. 131, punkt 90, och Cavalier, G., ”Un contrat de concession exclusive n’est ni un contrat de vente ni une fourniture de services au sens de l’article 5, paragraphe 1, b) du règlement ’Bruxelles I’”, *Revue Lamy Droit des Affaires*, nr 19/2007, s. 71. I detta sammanhang kan analogt kunskaper hämtas även från tolkningen av artikel 5 i konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, öppnad för undertecknande i Rom den 19 juni 1980 (Romkonventionen) (EUT C 169, 2005, s. 10). Vad avser tolkningen av denna artikel har Czernich, D., Heiss, H. och Nemeth, K., *EVÜ – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Kommentar*, Orac, Wien, 1999, påpekat att enligt de tyska domstolarna är de ”tjänster” som anges i denna artikel tjänster som hänför sig till en verksamhet (”tätigkeitsbezogene Leistungen”).

57 — Se punkt 61 i detta förslag till avgörande.

58. På grundval av den abstrakta definitionen av begreppet tjänster som beskrivits i föregående punkt kan det enligt min mening konstateras att licensavtalet inte kan definieras som ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001. Även om en licens upplåts mot ersättning utövar licensgivaren i detta sammanhang ingen aktivitet. Licensgivaren ger licenstagaren rätt att nyttja den immateriella äganderätten som är föremål för licensen. Den aktivitet som krävs av licensgivaren består i att underteckna licensavtalet och i att materiellt överlämna föremålet för licensen för nyttjande, vilket enligt min mening inte kan definieras som ”tjänst”. Upplåtandet av en licens kan följaktligen inte anses vara en tjänst i den mening som avses i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001.

59. För en mer exakt definition av begreppet tjänster enligt artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 är det utöver den abstrakta definitionen nödvändigt att även beakta analogin med innebörden av detta begrepp i primärrätten i samband med friheten att tillhandahålla tjänster, samt växelverkan med tolkningen av de bestämmelser som antagits inom ramen för det civilrättsliga samarbetet. Samtidigt ska det dock även klargöras varför en analogi med den definition av detta begrepp som förekommer i gemenskapsbestämmelserna om mervärdesskatt är omöjlig.

b) Delvis analogi med definitionen av tjänster i primärrätten

60. För en mer exakt definition av begreppet tjänster i förordning nr 44/2001 kan analogin med definitionen av detta begrepp enligt bestämmelserna i primärrätten om friheten att tillhandahålla tjänster tas som utgångspunkt. Dock ska det enligt min mening beaktas att den sistnämnda definitionen inte utan vidare kan överföras till förordning nr 44/2001.[58] Den allmänna systematiken i och syftet med denna förordning, som enligt sitt innehåll är en rättskälla i internationell privaträtt, måste nämligen stå i förgrunden vid tolkningen av förordningen.

61. ”Tjänster” inom ramen för friheten att tillhandahålla tjänster definieras i artikel 50 första stycket EG som ”prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer”. I artikel 50 andra stycket EG anges endast några allmänna kategorier tjänster (verk-

58 — Se, för ett liknande resonemang, Rauscher, T. (utgivare), *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, andra upplagan, Sellier. European Law Publishers, München 2006, sidorna 178 och 179, punkt 49, Czernich, D. i Czernich, D., Kodek, G.E. och Tiefenthaler, S., *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht EuGVO und Lugano-Übereinkommen. Kurzkommentar*, andra upplagan, Lexis-Nexis ARD ORAC, Wien, 2003, sidorna 74 och 75, punkt 39. Mankowski, P. i Magnus, U. och Mankowski, P. (utgivare), *Brussels I Regulation* (ovan fotnot 27), s. 130, punkt 89, har påpekat att begreppet tjänster ska definieras på samma sätt som i samband med friheten att tillhandahålla tjänster, såvida systematiken i förordning nr 44/2001 inte kräver något annat.

samhet av industriell natur, verksamhet av kommersiell natur, verksamhet inom hantverk, verksamhet inom fria yrken). Domstolen har dock tolkat detta begrepp mycket brett. [59] Såsom parterna har påpekat i sina yttranden har domstolen i domen i målet Ciola till begreppet tjänster även hänfört uthyrning av båtplatser till båtägare som är bosatta i en annan medlemsstat [60] och har gjort detsamma i domen i målet Cura Anlagen avseende leasing av bilar till företag i andra medlemsstater. [61]

62. Enligt min mening kan av olika skäl en sådan bred definition av begreppet tjänster i primärrätten i förevarande mål inte oinskränkt överföras på det identiska begrepp som används i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001.

63. För det första är, såsom den tyska regeringen med rätta har påpekat, skälet till en så bred definition av begreppet tjänster i primärrätten att man inom ramen för ansträngningarna att skapa den gemensamma marknaden har velat att detta begrepp ska omfatta största möjliga antal verksamheter. [62] Denna motivering för en bred tolkning kan dock inte överföras på tolkningen av artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001, eftersom de avtal som inte definieras som avtal om utförande av tjänster ändock alltid kan kvalificeras som avtal om försäljning av varor i den mening som avses i artikel 5.1 b första strecksatsen, eller som avtal beträffande vilka behörigheten fastställs enligt artikel 5.1 a. Syftet med förordning nr 44/2001 sett i sin helhet är – såsom framgår av skäl 2 i denna – i själva verket att säkerställa att den inre marknaden fungerar väl genom att göra reglerna om behörighetskonflikter på privaträttens område mer enhetliga. Detta mål kan dock inte uppnås mer effektivt genom en bredare tolkning av begreppet tjänster i artikel 5.1 b andra strecksatsen i denna förordning.

64. För det andra kan, till skillnad från begreppet tjänster i primärrätten, begreppet tjänster i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 inte omfatta nyttjanderätt till fast egendom. Enligt artikel 22.1 i denna förordning är det, om talan avser nyttjanderätt till fast egendom, endast

59 — Detta begrepp omfattar exempelvis hälso- och sjukvårdstjänster (dom av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits, REG 2001, s. I-5473, och av den 4 oktober 1991 i mål C-159/90, Grogan, REG 1991, s. I-4685; svensk specialutgåva, volym 11, Tillägg s. 19), finansiella tjänster (dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments, REG 1995, s. I-1141), försäkringstjänster (dom av den 28 april 1998 i mål C-118/96, Safir, REG 1998, s. I-1897), sport- och idrottsaktiviteter (dom av den 11 april 2000 i de förenade målen C-51/96 och C-191/97, Deliège, REG 2000, s. I-2549), lotterier (dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, svensk specialutgåva, volym 15, s. 199, av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, och av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007, s. I-1891), TV-sändningar (dom av den 30 april 1974 i mål 155/73, Sacchi, REG 1974, s. 409; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269), reklam (dom av den 9 juli 1997 i de förenade målen C-34/95, C-35/95 och C-36/95, De Agostini m.fl., REG 1997, s. I-3843) och andra tjänster.

60 — Domen i målet Ciola (ovan fotnot 5).

61 — Domen i målet Cura Anlagen (ovan fotnot 5).

62 — I doktrinen se exempelvis Czernich, D. i Czernich, D., Kodek, G.E. och Tiefenthaler, S., *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht EuGVO und Lugano-Übereinkommen. Kurzkommentar* (ovan fotnot 58), s. 74 och 75, punkt 39.

domstolarna i den medlemsstat där egendomen är belägen som är behöriga, utom om det är fråga om avtal om nyttjanderätt till fast egendom för tillfälligt privat bruk under en tid av högst sex på varandra följande månader, i vilket fall även domstolarna i den medlemsstat där svaranden har hemvist ska vara behöriga. [63] Vid uthyrning eller arrende av fast egendom kan behörigheten därför aldrig avgöras på grundval av artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001. Parterna har i sina skriftliga yttranden åberopat domen i målet Ciola [64], i vilken domstolen som tjänst betecknade uthyrning av båtplatser. Uthyrning av båtplatser kan betraktas som uthyrning av fast egendom. Det är därför omöjligt att fastställa någon analogi mellan förevarande mål och målet Ciola.

65. I samband med analogin mellan definitionerna av begreppet tjänster i primärrätten och i förordning nr 44/2001 ska det vidare påpekas att parterna även har åberopat domen i målet Cura Anlagen [65], i vilken domstolen som ”tjänst” inom ramen för friheten att tillhandahålla tjänster även betecknade leasing av bilar till företag i andra medlemsstater. I det fallet var det således fråga om uthyrning av lös egendom. Det ska härvidlag påpekas att syftet med tolkningsfrågan inte är att få fastställt huruvida uthyrning av lös egendom kan vara en tjänst i den mening som avses i förordning nr 44/2001. Även om det antas att uthyrning av lös egendom kan betecknas som tjänst i den mening som avses i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 innebär detta dock inte automatiskt att även upplåtandet av en licens ska omfattas av detta begrepp. Det ska beaktas att det mellan det ovannämnda avtalet om uthyrning och licensavtalet föreligger betydande civilrättsliga skillnader, på grund av vilka licensavtalet inte helt kan behandlas på samma sätt som ett hyresavtal.

66. Från civilrättslig synpunkt är licensavtalet ett autonomt avtal och inte enbart en under-

63 — Enligt artikel 22.1 i förordning nr 44/2001 ska ”[o]m talan avser sakrätt i fast egendom eller nyttjanderätt till fast egendom, domstolarna i den medlemsstat där egendomen är belägen [ha exklusiv behörighet]”. Dock ”skall, om talan avser avtal om nyttjanderätt till fast egendom för tillfälligt privat bruk under en tid av högst sex på varandra följande månader, också domstolarna i den medlemsstat där svaranden har hemvist vara behöriga under förutsättning att nyttjanderättshavaren är en fysisk person och att ägaren och nyttjanderättshavaren har hemvist i samma medlemsstat”.

64 — Domen i målet Ciola (ovan fotnot 5).

65 — Domen i målet Cura Anlagen (ovan fotnot 5).

grupp av hyresavtal. [66] De två angivna avtalstyperna skiljer sig redan genom sina respektive föremål. Medan föremålet för hyresavtal avseende lös egendom är lösöre, är föremålet för licensavtal en immateriell äganderätt. Följaktligen skiljer sig licensavtal från hyresavtal framför allt därigenom att licensen kan upplåtas samtidigt till flera av varandra oberoende personer, [67] vilka från geografisk synpunkt kan befinna sig på olika orter och ändock samtidigt kan utnyttja föremålet för licensen. Detta är däremot inte möjligt vid uthyrning av en vara. Den enda typ av licens som från rättsverkningarnas synpunkt kan jämföras med uthyrning är den exklusiva licensen. Med den exklusiva licensen upplåter licensgivaren till licenstagaren rätten att utnyttja en viss immateriell äganderätt, varvid han dock åtar sig att inte upplåta licensen till någon annan person och att inte personligen utnyttja den rätt som är föremål för licensen. [68] Denna jämförelse kan dock inte generaliseras till förmån för alla licensavtal. Således är omöjligheten att fastställa en direkt analogi mellan licensavtal och hyresavtal ett ytterligare argument till förmån för uppfattningen att licensavtalet inte kan betecknas som ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001.

c) Betydelsen av en enhetlig tolkning av förordning nr 44/2001 och Rom I-förordningen

67. Det ska vid definitionen av begreppet tjänster beaktas att den tolkning som domstolen i förevarande mål kommer att göra av detta begrepp även kommer att påverka definitionen av det identiska begrepp som används i förordning nr 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser [69] (nedan kallad Rom I-förordningen). I skäl 7 i denna förordning anges nämligen att ”[d]enna förordnings materiella tillämpningsområde och bestämmelser” bör överensstämma med förordning nr 44/2001. I skäl 17 i Rom I-förordningen anges vidare att ”[n]är det gäller frågan om tillämplig lag när inget lagval har gjorts [av avtalsparterna], bör begreppen ’utförande av tjänster’ och

66 — I den österrikiska doktrinen, se Kucsko G., *Geistiges Eigentum. Markenrecht, Musterrecht, Patentrecht, Urheberrecht*, Manz, Wien, 2003, s. 929, som anser att licensavtalet är ett avtal *sui generis*. Analogt se, i den slovenska doktrinen, Podobnik, K. i Juhart, M. och Plavšak, N. (utgivare), *Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem* (ovan fotnot 46), kommentar till artikel 704, s. 62. Vad avser licensavtalets autonoma karaktär se, i den tyska doktrinen, Busse, R. (utgivare), *Patentgesetz. Unter Berücksichtigung des Europäischen Patentübereinkommens, des Gemeinschaftspatentübereinkommens und des Patentzusammenarbeitsvertrags. Kommentar*, De Gruyter, Berlin, New York, s. 297, punkt 53, Stumpf, H., Groß, M., *Der Lizenzvertrag* (ovan fotnot 38), sidorna 42 och 43, punkt 19. Det ska påpekas att det av det tekniska dokument som har rubriken ”Principles of European Law on Lease of Goods” (Principer i europeisk rätt om uthyrning av varor) från arbetsgruppen för utarbetande av en europeisk civillag framgår att bestämmelserna om hyresavtal inte är tillämpliga på avtal om upplåtande av en rätt att nyttja immaterialrätten. Enligt Lilleholt, K. m.fl., *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Lease of Goods (PEL LG)*, kan bestämmelserna i dessa principer tillämpas på uthyrning av en särskild utgåva av en bok, av en dvd och liknande, men avser inte frågor på området för immateriell äganderätt.

67 — I den tyska doktrinen, se Stumpf, H., Groß, M., *Der Lizenzvertrag*, åttonde upplagan, Verlag Recht und Wirtschaft (ovan fotnot 38), s. 44, punkt 23. I den slovenska doktrinen, se Podobnik, K. i Juhart, M. och Plavšak, N. (utgivare), *Obligacijski zakonik (posebni del) s komentarjem* (ovan fotnot 46), kommentar till artikel 704, s. 62.

68 — Se, för ett liknande resonemang, Bently, L. och Sherman, B., *Intellectual Property Law*, andra upplagan, Oxford University Press, New York, 2004, sidorna 255 och 950.

69 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (EUT L 177, s. 6).

’försäljning av varor’ tolkas på samma sätt som vid tillämpning av artikel 5 i förordning (EG) nr 44/2001 i den mån försäljning av varor och utförande av tjänster omfattas av den förordningen”.

68. Domstolen måste vid tolkningen av begreppet tjänster i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 därför undvika att tolka detta begrepp så att det strider mot innebörden av och syftet med Rom I-förordningen.

69. Såsom den tyska regeringen har påpekat i sitt yttrande visar förfarandet vid antagandet av Rom I-förordningen att artikel 4.1 i förslaget till förordning, avseende tillämplig lag i avsaknad av parternas lagval, förutom punkt b för fastställande av tillämplig lag på avtal om utförande av tjänster även innehöll en punkt f avseende fastställandet av tillämplig lag för avtal som avser immateriell eller industriell äganderätt. [70] Av förarbetena framgår tydligt att bestämmelsen i artikel 4.1 f inte infördes i den slutliga versionen av Rom I-förordningen på grund av att rådet inte enades i frågan vilken avtalspart som skulle utföra den karaktäristiska förpliktelsen i denna typ av avtal. [71] Orsaken härtill var inte att det var nödvändigt att hänföra de avtal som omfattas av punkt 1 f till kategorin avtal om utförande av tjänster. Om vid tolkningen av begreppet tjänster enligt förordning nr 44/2001 således upplåtandet av licenser omfattades av detta begrepp skulle det strida mot innebörden av och syftet med motsvarande begrepp i Rom I-förordningen. Detta är därför ytterligare ett argument som bekräftar att licensavtalet inte är ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001.

70 — Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (KOM(2005) 650 slutlig). Se artikel 4.1 f i kommissionens förslag, vilken har följande lydelse: ”Avtal som avser immateriell eller industriell äganderätt skall vara underkastade lagen i det land där den som överför eller upplåter rättigheterna har sin vanliga vistelseort.”

71 — Förutom kommissionens ovannämnda förslag diskuterades under förfarandet för att anta Rom I-förordningen även ett förslag av den svenska delegationen. I detta förslag beaktades den territoriella delen av överföringen av immateriell äganderätt (se rådsdokument nr 5460/07 av den 25 januari 2007), och ett förslag av ordförandeskapet som var en kompromiss mellan det svenska förslaget och kommissionens förslag (se rådsdokument nr 6935/07 av den 2 mars 2007). Det beslöts slutligen att stryka artikel 4.1 f från förslaget till förordning (se rådsdokument nr 8229/07 av den 17 april 2007). Se även Europaparlamentets meddelande om förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) av den 21 november 2007 (A6-450/2007), i vilken Europaparlamentet föreslog att artikel 4.1 f i förslaget skulle strykas. Även arbetsgruppen vid Max Planck-institutet för komparativ och internationell privaträtt har på grund av de många avtalen om immaterialrätt och svårigheterna i samband därmed att fastställa den avtalsslutande part som ska uppfylla avtalets karakteristiska förpliktelse, föreslagit att artikel 4.1 f i förslaget till förordning ska strykas. Se artikeln från Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, ”Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) ”, *RabelsZ*, nr 2/2007, s. 265.

d) Omöjlighet att fastställa en analogi med definitionen av tjänster i gemenskapsbestämmelserna om mervärdesskatt

70. I motsats till vad klagandena i målet vid den nationella domstolen och kommissionen anser kan definitionen av begreppet tjänster i gemenskapsdirektiven om mervärdesskatt av många olika skäl enligt min mening inte överföras på det identiska begreppet i förordning nr 44/2001.

71. För det första är det av ordalydelsen av det ovannämnda begreppets definition i mervärdesskattedirektiven tydligt att det är fråga om en negativ definition, vilken redan till sin art är mycket bred. I artikel 6.1 första meningen i sjätte direktivet om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund, [72] och i artikel 24.1 i direktiv 2006/112 om ett gemensamt system för mervärdesskatt [73] fastställs att med tillhandahållande av tjänster avses enligt dessa direktiv ”varje transaktion som inte utgör leverans av varor”. I dessa direktiv anses som beskattningsbara transaktioner inom gemenskapens territorium – förutom importen till detta territorium – följaktligen endast två kategorier ekonomisk verksamhet, det vill säga leverans av varor och tillhandahållandet av tjänster, varför begreppet tjänster i detta sammanhang med nödvändighet har en bred räckvidd.

72 — Se ovan fotnot 6.

73 — Se ovan fotnot 6.

72. I förordning nr 44/2001 föreskrivs dock inte att behörigheten ska avgöras på grundval av bestämmelser som gäller för avtal om utförande av tjänster varje gång det inte är fråga om ett avtal om försäljning av lös egendom. Tvärtom innehåller denna förordning i artikel 5.1 a uttryckligen en bestämmelse för avgörandet av behörigheten med avseende på avtal som varken avser försäljning av varor eller utförande av tjänster. Av artikel 5.1 c framgår uttryckligen att artikel 5.1 a är tillämplig när artikel 5.1 b inte kan tillämpas. Följaktligen är det inom ramen för förordning nr 44/2001 inte nödvändigt med en så bred definition av begreppet tjänster, eftersom det alltid är möjligt att avgöra behörigheten på grundval av artikel 5.1 a varje gång som det inte är möjligt att avgöra den enligt artikel 5.1 b.

73. För det andra är begreppet tjänster i gemenskapsbestämmelserna om mervärdesskatt brett definierat, eftersom tillämpningsområdet för detta direktiv också är mycket brett [74] för att på så sätt omfatta alla beskattningsbara transaktioner. Såsom ovan klargjorts med hänvisning till primärrätten kan inte heller i samband med gemenskapens mervärdesskattedirektiv den uppfattningen delas att syftet bakom en bred tolkning av

74 — I fråga om det breda tillämpningsområdet för sjätte direktivet, se exempelvis dom av den 26 mars 1987 i mål 235/85, kommissionen mot Nederländerna (REG 1987, s. 1471), punkt 6, av den 4 december 1990 i mål C-186/89, van Tiem (REG 1990, s. I-4363), punkt 17, och av den 12 september 2000 i mål C-358/97, kommissionen mot Irland (REG 2000, s. I-6301). Jag har i mitt förslag av den 9 december 2008 i mål C-572/07, Tellmer Property (målet anhängigt vid domstolen), punkt [28] även påpekat att mervärdesskatten inom ramen för sjätte direktivet har ett mycket brett tillämpningsområde.

begreppet tjänster oinskränkt även kan överföras på tolkningen av detta begrepp inom ramen för förordning nr 44/2001. Det ska beaktas att de juridiska begreppen inom ett givet rättsområde alltid definieras i förhållande till detta rättsområde, så att definitionen avseende ett givet område inte direkt kan överföras på ett annat område. Eftersom skatteområdet är ett särskilt område med specifika mål kan definitionen av begreppet tjänster inom detta område inte överföras på förordning nr 44/2001.

e) Ståndpunkter i doktrinen

74. Det ska även påpekas att det i doktrinen anges många exempel på avtal om utförande av ”tjänster” i den mening som avses i artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001: arbetsavtal, avtal om varutransporter, kommissionsavtal, vårdavtal, konsultavtal, avtal om undervisning och liknande avtal. [75] Licensavtal förekommer dock aldrig bland dessa exempel. Tvärtom har vissa författare uttryckligen angett att behörigheten avseende licensavtal eller avtal om upplåtande av immateriell äganderätt ska fastställas på grundval av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001. [76]

3. Slutsats

75. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar den första frågan enligt följande. Artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att det avtal genom vilket en immaterialrättsinnehavare till motparten upplåter en rätt att utnyttja immaterialrätten (licensavtal) inte är ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i den ovannämnda bestämmelsen.

75 — Rauscher, T. (utgivare) *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar* (ovan fotnot 52), s. 179, punkt 50. Czernich, D. i Czernich, D., Kodek, G.E. och Tiefenthaler, S., *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht EuGVO und Lugano-Übereinkommen. Kurzkommentar* (ovan fotnot 58), s. 75, punkt 40.

76 — Mankowski, P. i Magnus, U. och Mankowski, P. (utgivare), *Brussels I Regulation*, (ovan fotnot 27), s. 152, punkt 129, anger uttryckligen licensavtal bland de avtal för vilka behörigheten avgörs på grundval av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001. Takahashi, K. har i ”Jurisdiction in matters relating to contract: Article 5(1) of the Brussels Convention and Regulation”, *European Law Review*, nr 5/2002, s. 534, påpekat att artikel 5.1 a även fortsättningsvis ska tillämpas på avtal om upplåtelse av immateriell äganderätt. Jämför Berlioz, P., ”La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement ’Bruxelles I’”, *Journal du droit international (Clunet)*, nr 3/2008, punkterna 85–95, som allmänt påpekar att ett avtal om upplåtelse av rättigheter inte kan vara ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i artikel 5.1 b i förordning nr 44/2001.

C — *Den andra tolkningsfrågan*

76. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan i andra hand för det fall den första frågan besvaras jakande, det vill säga om artikel 5.1 b andra strecksatsen i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att ett licensavtal är ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i denna bestämmelse.

77. Eftersom den första frågan enligt min mening ska besvaras nekande är det inte nödvändigt att besvara den andra frågan, som endast ställts i andra hand.

D — *Den tredje tolkningsfrågan*

78. Den tredje tolkningsfrågan ska förstås så, att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida artikel 5.1 a och c i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att behörigheten för tvister avseende licensavtal i den mening som avses i denna bestämmelse ska avgöras utifrån de principer som lagts fast i domstolens rättspraxis angående artikel 5.1 i Brysselkonventionen. Den hänskjutande domstolen vill med andra ord få klarhet i huruvida vid tolkningen av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 kontinuiteten med tolkningen av artikel 5.1 i Brysselkonventionen ska säkerställas.

79. I förordning nr 44/2001 regleras behörigheten i mål där talan avser avtal på annat sätt än i Brysselkonventionen. Artikel 5.1 i förordningen har i detta syfte ändrats i förhållande till artikel 5.1 i Brysselkonventionen och fått en ny formulering. Ändringarna kan från materiell och systematisk synpunkt endast förstås om domstolens tolkning av den ovannämnda bestämmelsen i Brysselkonventionen, och framför allt kritiken mot denna tolkning, beaktas. Jag ska därför i det följande beskriva innehållet i tolkningen av artikel 5.1 i Brysselkonvention, skälen till att denna bestämmelse har ändrats samt ändringarnas omfattning, och därefter övergå till tolkningen av artikel 5.1 a och c i förordning nr 44/2001.

1. Ändring av bestämmelserna om behörighet i mål där talan avser avtal: från Brysselkonventionen till förordning nr 44/2001

a) Tolkning av artikel 5.1 i Brysselkonventionen

80. I artikel 5.1 första meningen i Brysselkonventionen stadgas att om talan avser avtal kan talan mot den som har hemvist i en konventionsstat väckas i en annan konventionsstat vid domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller ska uppfyllas. [77] Domstolen har förklarat innebörden av begreppet ”i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas” i två domar av den 6 oktober 1976, nämligen domarna i målen De Bloos [78] och Tessili [79], i vilka domstolen besvarade två väsentliga frågor om tolkningen av denna bestämmelse. Det var för det första fråga om vilken förpliktelse som ska beaktas för att avgöra behörigheten enligt denna bestämmelse och för det andra vilka kopplingskriterier som ska ligga till grund för att fastställa uppfyllelseorten för denna förpliktelse. I domen i målet De Bloos slog domstolen således fast att med uttrycket förpliktelse i den ovannämnda bestämmelsen avses den förpliktelse som svarar mot den avtalsrättighet som käranden åberopar som grund för sin talan [80], det vill säga den omtvistade förpliktelse som är föremål för detta förfarande mellan de två avtalsparterna.

I domen i målet Tessili har domstolen slagit fast att uppfyllelseorten för en sådan omtvistad avtalsenlig förpliktelse ska fastställas på grundval av den lag som ska tillämpas på det ifrågavarande rättsförhållandet enligt kollisionsnormerna för den domstol där talan väckts. [81] Domstolen har för att motivera detta beslut förklarat att det inte är möjligt att ge närmare anvisningar om tolkningen av den ifrågavarande bestämmelsen med tanke på de skillnader som kvarstår mellan de olika medlemsstaternas nationella lagstiftningar i fråga om avtal och med beaktande av att det på detta stadium av den rättsliga utvecklingen ännu inte finns någon harmonisering av den materiella rätt som ska tillämpas på avtalsenliga förpliktelser. [82]

81. För att fastställa behörigheten i enlighet med den ovannämnda tolkningen i rättspraxis ska den domstol där tvisten har anhängiggjorts därför genomföra en trestegsanalys. Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer ansåg med rätta, i sitt förslag till avgörande i målet GIE Groupe Concorde m.fl., att denna analys är komplicerad. [83] Den ovannämnda domstolen måste först fastställa vilken avtalsenlig förpliktelse som utgör föremål för tvisten mellan parterna. Denna domstol ska därefter på grundval av kollisionsnormerna i sin rättsordning fastställa den materiella lag som är tillämplig på rättsförhållandet mellan parterna (*lex causae*). Slutligen ska nämnda domstol på grundval av denna materiella lag fastställa uppfyllelseorten för den omtvistade avtalsenliga förpliktelsen.

77 — Artikel 5.1 andra meningen i Brysselkonventionen gjorde det även möjligt att avgöra behörigheten i fråga om individuella anställningsavtal. I förordning nr 44/2001 regleras denna behörighet i ett särskilt avsnitt (artiklarna 18–21).

78 — Domen i målet De Bloos (ovan fotnot 9).

79 — Domen i målet Tessili (ovan fotnot 10).

80 — Domen i målet De Bloos (ovan fotnot 9), punkt 13.

81 — Domen i målet Tessili (ovan fotnot 10), punkt 13.

82 — Domen i målet Tessili (ovan fotnot 10), punkt 14.

83 — Se generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 16 mars 1999 i mål C-440/97, GIE Groupe Concorde m.fl. (REG 1999, s. I-6307), punkt 28.

b) Skälen till att artikel 5.1 i Brysselkonventionen har ändrats

82. Den ovannämnda tolkningen av artikel 5.1 i Brysselkonventionen har för de nationella domstolarna inneburit många praktiska svårigheter vid fastställandet av behörigheten och framkallat häftig kritik i doktrinen och förslag från generaladvokaterna att ändra denna rättspraxis. Kritiken har riktats mot olika aspekter av den omtvistade tolkningen.

83. För det första visar det sig, vad avser komplexiteten i de regler som följer av den ovannämnda rättspraxisen, att den behöriga domstolens fastställande i praktiken är onödigt svårt, eftersom det belastar förfarandet även innan domstolen har börjat kontrollera huruvida talan är välgrundad. [84] För det andra är avgörandet av behörigheten på grundval av de regler som följer av den ifrågavarande tolkningen för de tvistande parterna mycket oförutsebart, eftersom den tillämpliga lagen i de olika medlemsstaterna innebär att det kan bestämmas olika uppfyllelseorter för en och samma typ av förpliktelse. [85] Uppfyllelseorten för den omtvistade förpliktelsen – och således för den behöriga domstolen – är följaktligen olika var gång beroende på vilken lag som ska tillämpas på avtalsförhållandet. För det tredje kan avgörandet av behörigheten enligt de ovannämnda reglerna få till följd att olika domstolar blir behöriga i det fall då ett enda avtalsförhållande ger upphov till flera mål. [86] För det fjärde leder

84 — Se, för ett liknande resonemang, Kropholler, J., *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, sjunde upplagan, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2002, s. 131, punkt 17. Se även Hill, J., ”Jurisdiction in Matters Relating to a Contract under the Brussels Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, nr 3/1995, s. 606, som anser att i det fall då parterna inte har valt den lag som är tillämplig på avtalsförhållandet är redan bestämmandet av denna lag en svår uppgift.

85 — Se generaladvokaten Bots förslag till avgörande av den 15 februari 2007 i mål C-386/05, Color Drack (REG 2007, s. I-3699), punkt 61 och följande punkter. Avsaknaden av förutsebarhet framgår exempelvis särskilt tydligt om föremålet för tvisten är en penningskuld som enligt vissa medlemsstaters lagstiftning ska betalas på den ort där gäldenären har sitt hemvist, men i andra medlemsstater på den ort där borgenären har sitt hemvist. Med tillämpning av olika lagstiftningar ändras även den behöriga domstolen. Hill, J., ”Jurisdiction in Matters Relating to a Contract under the Brussels Convention” (ovan fotnot 84), s. 606. Det ska även påpekas att i det fall då det i den lag som är tillämplig på avtalsförpliktelsen föreskrivs att gäldenären ska betala penningskulden på den ort där borgenären har sitt hemvist, kan den sistnämnde få en fördel därav, eftersom han då har möjlighet att väcka talan vid domstolarna i sitt hemland.

86 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Bots förslag till avgörande av den 15 februari 2007 i målet Color Drack (ovan fotnot 85), punkt 55 och följande punkter. Generaladvokaten har (i punkt 58) påpekat att denna nackdel visades i dom av den 5 oktober 1999 i mål C-420/97, Leathertex (REG 1999, s. I-6747). Det var i detta mål fråga om att fastställa behörigheten enligt ett agentavtal. Ett belgiskt bolag (handelsagent) hade väckt talan mot ett italienskt bolag (uppdragsgivare) för att erhålla betalning för obetald provision och ersättning för att kontraktet sagts upp. För skadeståndstalan var de belgiska domstolarna behöriga. För talan om betalning av provision var däremot de italienska domstolarna behöriga. I doktrinen, se exempelvis Hill, J., ”Jurisdiction in Matters Relating to a Contract under the Brussels Convention” (ovan fotnot 84), s. 601, Beaumont, P. R., ”The Brussels Convention Becomes a Regulation: Implications for Legal Basis, External Competence and Contract Jurisdiction”, i Fawcett, J. (utgivare), *Reform and Development of Private International Law. Essays in Honour of Sir Peter North* (ovan fotnot 29), s. 16, och Gaudemet-Tallon, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, andra upplagan, Montchrestien, Paris, 1996, s. 117.

avgörandet av behörigheten enligt de ifrågavarande principerna inte med nödvändighet till att den domstol förklaras vara behörig som har den närmaste kopplingen till tvisten. [87]

84. Domstolen har dock inte velat ta avstånd från den rättspraxis avseende artikel 5.1 i Brysselkonventionen som utvecklats i domarna i målen De Bloos och Tessili. Trots den flerfaldiga kritiken och generaladvokaternas uppmaningar att ändra denna rättspraxis [88] har domstolen tvärtom vid upprepade tillfällen bekräftat denna, exempelvis i domarna i målen GIE Groupe Concorde m. fl. [89] och Leathertex. [90] I domen i målet Besix har domstolen vidare uttryckligen påpekat att det inte kan göras en självständig tolkning av begreppet ”uppfyllelseort för förpliktelsen” utan att den fasta rättspraxis som inleddes med domen i målet Tessili riskerar att ifrågasättas. [91]

c) Svaret på kritiken: Artikel 5.1 i förordning nr 44/2001

85. Under förfarandet för antagande av förordning nr 44/2001 beaktade gemenskapslagstiftaren den ovannämnda kritiken och beslöt att delvis ändra bestämmelserna om behörighet i mål där talan avser avtal. Under utarbetandet av förordningen var kriterierna och innehållet i denna ändring föremål för en ytterst häftig debatt. [92] Efter långa förhandlingar utformades artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 slutligen så att i fråga om två kategorier avtal – det vill säga avtal om försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster – fastställdes i artikel 5.1 b uppfyllelseorten för den omtvistade förpliktelsen autonomt med beaktande av avtalets karaktäristiska förpliktelse, medan i fråga om alla andra kategorier av avtal behölls den ordalydelse i artikel 5.1 a som förekom i artikel 5.1 första meningen i Brysselkonventionen.

2. Tolkning av artikel 5.1 a och c i förordning nr 44/2001

86. Av artikel 5.1 c i förordning nr 44/2001 framgår att om artikel 5.1 b inte är tillämplig för att avgöra behörigheten är det artikel 5.1 a som ska tillämpas. Eftersom det i samband med prövningen av den första frågan har

87 — I doktrinen, se exempelvis Hill, J., ”Jurisdiction in Matters Relating to a Contract under the Brussels Convention” (ovan fotnot 84), s. 601, Kropholler, J., von Hinden, M., ”Die Reform des europäischen Gerichtsstands am Erfüllungsort (Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ) ”, i Schack, H. (utgivare), *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, Beck, München, 2000, s. 402. På grund av att samband saknas mellan den domstol som borde ha varit behörig enligt rättspraxis i målen De Bloos och Tessili har den franska Cour de cassation redan avvikit från dessa principer och avgjort behörigheten på grundval av den ort där avtalets karaktäristiska förpliktelse ska uppfyllas. Se Mourre, A., ”À propos de l’application de l’art. 5-1 de la Convention de Bruxelles aux litiges nés de la rupture d’un contrat de représentation”, *Gazette du Palais*, nr V/1994, s. 849 och följande sidor.

88 — Se generaladvokaten Lenz förslag till avgörande av den 8 mars 1994 i mål C-288/92, Custom Made Commercial (REG 1994, s. I-2913; svensk specialutgåva, volym 15, s. 261), generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 16 mars 1999 i målet Leathertex (ovan fotnot 86), och generaladvokaten Bots förslag till avgörande av den 15 februari 2007 i målet Color Drack (ovan fotnot 85).

89 — Dom av den 28 september 1999 i målet GIE Groupe Concorde m.fl. (ovan fotnot 83).

90 — Domen i målet Leathertex (ovan fotnot 86).

91 — Domen i målet Besix (ovan fotnot 7), punkt 36. Det ska härvidlag påpekas att domen i målet Besix meddelades efter det att förordning nr 44/2001 hade offentliggjorts och omedelbart innan den trädde i kraft den 1 mars 2002.

92 — Se, för ett liknande resonemang, Kohler, C. ”Revision des Brüsseler und Luganer Übereinkommens”, i Gottwald, P. (utgivare), *Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht* (ovan fotnot 29), s. 12.

konstaterats att behörigheten i förevarande fall inte kan avgöras på grundval av artikel 5.1 b, ska denna behörighet fastställas enligt artikel 5.1 a. Enligt sistnämnda bestämmelse kan talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas i en annan medlemsstat ”om talan avser avtal, vid domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser”. För att tolka denna bestämmelse är det enligt min mening nödvändigt att utgå från det förhållandet att ordalydelsen av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 är identisk med ordalydelsen av artikel 5.1 första meningen i Brysselkonventionen, från kontinuiteten mellan förordning nr 44/2001 och denna konvention samt från den historiska tolkningen.

87. Det ska för det första påpekas att ordalydelsen av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 är helt identisk med ordalydelsen av artikel 5.1 första meningen i Brysselkonventionen. Denna omständighet, i förbindelse med *principen om kontinuitet* mellan tolkningen av förordning nr 44/2001 och tolkningen av Brysselkonventionen, leder enligt min mening till att artikel 5.1 a i denna förordning måste tolkas på samma sätt som artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

88. Betydelsen av principen om kontinuitet vid tolkningen av förordning nr 44/2001 framgår av skäl 19 i förordningen, enligt vilket kontinuiteten mellan Brysselkonventionen och denna förordning bör säkerställas och domstolen även ska vara skyldig att säkerställa denna kontinuitet. Domstolen har i sin rättspraxis redan klargjort betydelsen av att de två ovannämnda rättsakterna tolkas enhetligt.

89. Domstolen har redan i domen i målet Henkel [93] påpekat betydelsen av att Brysselkonventionen och förordning nr 44/2001 tolkas enhetligt. Domstolen tolkade i denna dom visserligen inte denna förordning, utan ovannämnda konvention, som i det fallet var tillämplig av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*). Domen meddelades efter det att förordning nr 44/2001 hade trätt i kraft. [94] Domstolen grundade sig vid tolkningen av artikel 5.3 i Brysselkonventionen bland annat även på den tydligare formulerade ordalydelsen av artikel 5.3 i förordning nr 44/2001 [95] och påpekade att då det inte finns något skäl att tolka de två bestämmelserna på olika sätt ska artikel 5.3 i Brysselkonventionen ha samma räckvidd som motsvarande bestämmelse i förordning nr 44/2001. [96] Domstolen påpekade även att detta gäller i synnerhet som denna förordning, utom vad avser Konungariket Danmark, har ersatt Brysselkonventionen. [97]

93 — Domen i målet Henkel (ovan fotnot 22).

94 — Domen i målet Henkel meddelades den 1 oktober 2002. Förordning nr 44/2001 däremot trädde i kraft den 1 mars 2002.

95 — Enligt artikel 5.3 i Brysselkonventionen fastställdes behörigheten ”om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, vid domstolen i den ort där skadan inträffade”. Enligt artikel 5.3 i förordning nr 44/2001 fastställs behörigheten däremot ”om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, vid domstolen i den ort där skadan inträffade *eller kan inträffa*”. Min kursivering.

96 — Domen i målet Henkel (ovan fotnot 22), punkt 49.

97 — Ibidem.

90. I domen i målet Reisch Montage [98] har domstolen inte åberopat principen om kontinuitet vid tolkningen men har vid tolkningen av förordning nr 44/2001 grundat sig på rättspraxis avseende Brysselkonventionen. [99] Domstolen har intagit motsvarande position i domarna i målen Freeport [100], ASML Netherlands [101], FBTO Schadeverzekeringen [102], samt Hassett och Doherty [103]. Generaladvokaterna har i många mål dock uttryckligen påpekat betydelsen av kontinuitet mellan Brysselkonventionen och förordning nr 44/2001. [104]

91. Domstolen har i sin rättspraxis hittills valt att avvika från principen om kontinuitet och tolka förordning nr 44/2001 på annat sätt än Brysselkonventionen, exempelvis i målet Glaxosmithkline [105], avseende behörigheten i fråga om individuella anställningsavtal. I Brysselkonventionen reglerades behörigheten i fråga om sådana avtal i artikel 5.1, medan den i förordning nr 44/2001 behandlas i ett särskilt avsnitt (artiklarna 18–21). Domstolen har motiverat en annan tolkning av de nya bestämmelserna med de väsentliga ändringar som införts genom förordningen, vilka för övrigt även bekräftats i förarbetena till denna. [106]

92. Även i målet Ilsinger [107], vilket domstolen ännu inte har avgjort, har jag föreslagit att domstolen, med avseende på behörigheten i fråga om konsumentavtal, ska tolka artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 på annat sätt än artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen och motivera detta med att bestämmelsen i förordningen delvis har en annan formulering än bestämmelsen i konventionen.

93. I förevarande fall föreligger dock inte förutsättningarna för att tolka artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 på ett annat sätt än artikel 5.1 i Brysselkonventionen. Skälet till detta är inte endast, som jag redan har nämnt, att ordalydelsen av de två bestämmelserna är identisk, utan även på grund av att det genom en historisk analys av bestämmelserna kan konstateras att detta motsvarar gemenskapslagstiftarens uttryckliga avsikt.

98 — Domen i målet Reisch Montage (ovan fotnot 25).

99 — Ibidem (punkterna 22–25).

100 — Dom av den 11 oktober 2007 i mål C-98/06, Freeport (REG 2007, s. I-8319), punkterna 39, 45 och 53.

101 — Dom av den 14 december 2006 i mål C-283/05 ASML Netherlands (REG 2006, s. I-12041), punkt 24.

102 — Dom av den 13 december 2007 i mål C-463/06, FBTO Schadeverzekeringen (REG 2007, s. I-11321), punkt 28.

103 — Dom av den 2 oktober 2008 i mål C-372/07, Hassett och Doherty (REG 2008, s. I-7403), punkterna 19 och 22.

104 — Se exempelvis generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 28 september 2006 i målet ASML Netherlands (ovan fotnot 101), punkt 10, generaladvokaten Bots förslag till avgörande av den 15 februari 2007 i målet Color Drack (ovan fotnot 85), generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande av den 24 maj 2007 i målet Freeport (ovan fotnot 100), punkt 4, och slutligen generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 4 september 2008 i mål C-185/07, Allianz (före detta Riunione Adriatica di Sicurtà), där domstolen meddelade dom den 10 februari 2009 (målet anhängigt vid domstolen), punkt 28.

105 — Dom av den 22 maj 2008 i mål C-462/06, Glaxosmithkline (REG 2008, s. I-3965).

106 — Ibidem (punkterna 15 och 24).

107 — Se mitt förslag till avgörande i målet Ilsinger (ovan fotnot 51).

94. *Den historiska tolkningen* visar att formuleringen av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001, såsom den slutligen antagits efter lagstiftningsförfarandet, är resultatet av en kompromiss mellan dem som avsåg att behålla de regler för att avgöra behörigheten som domstolen utvecklat i sin rättspraxis i målen De Bloos och Tessili och dem som förordade en ändring av denna rättspraxis. Bland ytterlighetsförslagen till lydelse av denna bestämmelse – som sträckte sig från en bekräftelse av status quo till att behörigheten för alla slags avtalstvister skulle avgöras på grundval av uppfyllelseorten för den karaktäristiska förpliktelsen [108] – valde lagstiftaren slutligen en kompromisslösning. Enligt denna skulle behörigheten avgöras på grundval av uppfyllelseorten för den karaktäristiska förpliktelsen för två kategorier avtal, det vill säga avtal om försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster, medan de befintliga bestämmelserna däremot skulle behållas för övriga avtal. Denna kompromisslösning, som i själva verket har delat artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 i två delar, är just den utväg som har gjort att denna bestämmelse har kunnat reformeras. [109]

95. Lagstiftarens avsikt är således klar, det vill säga att uppfyllelseorten för förpliktelsen i fråga om avtal om försäljning av varor och utförande av tjänster ska avgöras autonomt och att, i fråga om övriga avtal, bestämmelserna för att avgöra behörigheten såsom de framgår av domstolens tolkning av artikel 5.1 i Brysselkonventionen ska behållas. [110] Om lagstiftaren hade avsett att behörigheten för alla avtal exempelvis skulle avgöras på grundval av uppfyllelseorten för avtalets karaktäristiska förpliktelse hade denne också formulerat artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 på motsvarande sätt. Mot bakgrund av denna bestämmelses aktuella lydelse framgår det av vissa språkversioner däremot mycket klart att den förpliktelse som är föremål för förfarandet mellan parterna är av avgörande betydelse för att bestämma behörigheten. [111]

96. Denna kompromisslösning är visserligen inte utan brister. Genom att bestämmelserna för att avgöra behörigheten endast ändrades i fråga om avtal om försäljning och avtal om utförande av tjänster avlägsnades i förordning nr 44/2001 för dessa två kategorier de nackdelar som följer av de ovannämnda reglerna, såsom de utvecklades i domstolens

108 — I fråga om olika möjligheter att ändra denna bestämmelse, se Kohler, C. ”Revision des Brüsseler und Luganer Übereinkommens”, i Gottwald, P. (utgivare), *Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht* (ovan fotnot 29), s. 12 och följande sidor. Av rådsdokument nr 5202/99 ”Revidering av Bryssel- och Luganokonventionerna” av den 19 januari 1999 framgår att en av möjligheterna för formuleringen av artikel 5.1 första stycket i den nya förordningen hade följande lydelse: ”om talan avser avtal vid domstolen på den ort där avtalets *karaktäristiska* förpliktelse har uppfyllts eller skall uppfyllas” (min kursivering). En annan möjlighet var att behålla status quo. Beaumont, P.R., ”The Brussels Convention Becomes a Regulation: Implications for Legal Basis, External Competence and Contract Jurisdiction” (ovan fotnot 29), sidorna 16 och 17, påpekar exempelvis att Förenade kungariket uttalade sig för att behålla status quo.

109 — Mankowski, P. i Magnus, U. och Mankowski, P. (utgivare), *Brussels I Regulation* (ovan fotnot 27), s. 153, punkt 131.

110 — Lagstiftarens avsikt framgår även klart av ingressen till förslag till rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (ovan fotnot 24), s. 15 i den svenska språkversionen av motiveringen.

111 — Enligt den italienska versionen av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ligger, om talan avser avtal, behörigheten på domstolen på den ort där den förpliktelse som är föremål för talan har uppfyllts eller skulle ha uppfyllts (”in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita”). Enligt den tyska versionen ligger, i det fall där talan avser avtal eller anspråk enligt ett avtal, behörigheten på domstolen på den ort där förpliktelsen har uppfyllts eller skulle ha uppfyllts (”wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre”).

rättspraxis i målen De Bloos och Tessili. Dessa nackdelar kvarstår dock för alla övriga kategorier avtal för vilka behörigheten avgörs på grundval av artikel 5.1 a i denna förordning. Ändringen av dessa regler för att avgöra behörigheten har dessutom medfört två nya svårigheter.

97. För det första har formuleringen av artikel 5.1 i förordning nr 44/2001 gett upphov till problemet att särskilja de avtal för vilka behörigheten avgörs på grundval av bestämmelsen i artikel 5.1 b – det vill säga avtal om försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster – från de avtal för vilka behörigheten avgörs på grundval av artikel 5.1 a. Förevarande mål visar klart att en sådan avgränsning inte är lätt, varför det i varje enskilt fall måste fastställas vilken kategori ett visst avtal tillhör. [112]

98. För det andra kommer, på grund av att tolkningen av artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 – såsom den framgår av rättspraxis i målen De Bloos och Tessili – bibehålls, bristande konsekvens att inträffa vid tolkningen av artikel 5.1 a och b. Behörigheten avgörs nämligen i det fall som föreskrivs i artikel 5.1 b på grundval av uppfyllelseorten för den karaktäristiska förpliktelsen, medan den i de fall som avses i artikel 5.1 a däremot avgörs på grundval av uppfyllelseorten för den omtvistade förpliktelsen.

99. På grund av de ovannämnda bristerna som genom ändringen av bestämmelserna om behörighet i mål där talan avser avtal bibehålls eller till och med uppkommer, skulle en ny och annan tolkning av artikel 5.1 a kanske vara önskvärd. [113] I ett sådant fall skulle dock lagstiftarens vilja kringgås eller direkt motsägas. Därigenom skulle domstolen överta lagstiftarens roll och överskrida gränserna för sin behörighet. Såvitt avser artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 är det enligt min mening därför nödvändigt att bibehålla den tolkning av artikel 5.1 i Bryssel-konventionen som domstolen har utvecklat i målen De Bloos och Tessili.

100. Såsom den hänskjutande domstolen har angett innebär i förevarande fall avgörandet av behörigheten enligt den tolkning som följer av rättspraxis i målen De Bloos och Tessili i praktiken att behörigheten att pröva en talan om betalning enligt licensavtalet av

112 — Beträffande många avtal är det *prima facie* inte uppenbart huruvida de ska behandlas enligt bestämmelsen i artikel 5.1 a eller enligt bestämmelsen i artikel 5.1 b. Som exempel kan hyresavtal och kreditavtal nämnas. Inom ramen för artikel 5.1 b är avgränsningen mellan avtal om försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster inte heller alltid klar. Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano* (ovan fotnot 51), s. 147, nämner i detta sammanhang exempelvis franchiseavtal. Eftersom behörigheten inom ramen för artikel 5.1 b avgörs enligt ett enhetligt kriterium, utgör avgränsningen mellan avtal om försäljning av varor och avtal om utförande av tjänster dock inte något problem.

113 — Mankowski, P. i Magnus, U. och Mankowski, P. (utgivare), *Brussels I Regulation* (ovan fotnot 27), s. 158, punkt 138.

licensavgifter för videoupptagningar av den ifrågavarande konserten ligger hos domstolen på den ort där licenstagaren har sitt hemvist, således hos den tyska domstolen.

3. Betydelse i förevarande fall av domen i målet Besix

101. Slutligen ska frågan prövas huruvida domstolens tolkning av artikel 5.1 i Brysselkonventionen i domen i målet Besix [114] i förevarande fall utgör hinder för att avgöra behörigheten enligt artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001. Då det konstaterats att artikel 5.1 a i förordning nr 44/2001 ska tolkas på samma sätt som artikel 5.1 i Brysselkonventionen måste uttalandena i domen i målet Besix även beaktas i förevarande mål. Domstolen har i domen i målet Besix slagit fast att behörigheten inte avgörs i den mening som avses i den sistnämnda bestämmelsen för det fall det inte går att bestämma uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser på grund av att den tvistiga avtalsförpliktelsen avser ett åtagande att avstå från visst handlande, utan geografisk begränsning, som följaktligen karaktäriseras av att det finns ett stort antal orter där förpliktelsen har uppfyllts eller ska uppfyllas. [115] I ett sådant fall avgörs behörigheten på grundval av artikel 2 första stycket i denna konvention.

102. Enligt min mening kan förevarande fall dock inte jämföras med det fall som målet Besix avser. I det fallet var det nämligen inte möjligt att bestämma uppfyllelseorten för den *tvistiga* förpliktelsen. I förevarande fall är det, då det är fråga om en förpliktelse att betala licensavgifter för videoupptagningar, däremot möjligt att bestämma en sådan uppfyllelseort. Eftersom den omtvistade förpliktelsen enligt rättspraxis i målet De Bloos är av avgörande betydelse för att avgöra behörigheten, är det inte nödvändigt att få klarhet i huruvida det är möjligt att bestämma uppfyllelseorten för förpliktelsen att upplåta licensen, vilken i förevarande fall är avtalets *karaktäristiska* förpliktelse men inte föremålet för tvisten.

4. Slutsats

103. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara den tredje frågan enligt följande. Artikel 5.1 a och c i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att behörigheten för de tvister som följer av ett licensavtal i den mening som avses i den ovannämnda bestämmelsen ska avgöras enligt de principer som följer av domstolens rättspraxis avseende artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

114 — Domen i målet Besix (ovan fotnot 7).
115 — Domen i målet Besix (ovan fotnot 7), punkt 55.

VII — Förslag till avgörande

104. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar frågorna från Oberster Gerichtshof enligt följande:

1) Den första frågan ska besvaras enligt följande. Artikel 5.1 b andra strecksatsen i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att det avtal genom vilket en immaterialrättsinnehavare till motparten upplåter en rätt att utnyttja immaterialrätten (licensavtal) inte är ett avtal om utförande av tjänster i den mening som avses i den ovannämnda bestämmelsen.

2) Den tredje frågan ska besvaras enligt följande. Artikel 5.1 a och c i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att behörigheten för de tvister som följer av ett licensavtal i den mening som avses i den ovannämnda bestämmelsen ska avgöras enligt de principer som följer av domstolens rättspraxis avseende artikel 5.1 i Brysselkonventionen.