FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

föredraget den 31 januari 2002 [1]

I — Inledning

1. I detta mål har Corte suprema di cassazione ställt en fråga om tolkningen av artikel 2, 5.1 första stycket samt 5.3 i konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område [2] (nedan kallad Brysselkonventionen). I syfte att fastställa vilken domstol som är behörig med avseende på ett visst mål, har den hänskjutande domstolen velat veta hur en talan angående ansvar före avtals ingående skall definieras. Den hänskjutande domstolen har frågat sig om en sådan talan faller inom området för skadestånd utanför avtalsförhållanden i den mening som avses i artikel 5.3 eller om den i stället skall anses falla inom området för talan som avser avtal i den mening som avses i artikel 5.1 i Brysselkonventionen. Den hänskjutande domstolen tar också i beaktande möjligheten att artikel 5 i Brysselkonventionen inte alls är tillämplig.

2. I enlighet med artikel 5 i Brysselkonventionen kan talan mot den som har hemvist i en konventionsstat väckas i en annan konventionsstat. I artikel 5.1 stadgas att om talan avser avtal är domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas behörig. Avtalskontrahenterna är emellertid fria att anvisa vilken domstol som skall vara behörig i händelse av en eventuell tvist. I enlighet med artikel 5.3 är, i fråga om skadestånd utanför avtalsförhållanden, domstolen i den ort där skadan inträffade behörig.

3. Domstolen har ett flertal gånger uttalat sig angående tolkningen av Brysselkonventionen och särskilt vad gäller artikel 5 i denna. Det är emellertid första gången som svar begärs inom konventionens område på en fråga om vilket ansvar som uppstår genom parternas agerande under avtalsförhandlingarna.

4. I detta förslag till avgörande kommer jag inledningsvis att, efter en beskrivning av tillämpliga bestämmelser och en genom-

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — EGT L 299, 1972, s. 32. Den konsoliderade versionen av konventionen återfinns i EGT C 27, 1998, s. 1.

gång av de faktiska omständigheterna och förfarandet, analysera domstolens rättspraxis på det ifrågavarande området. Jag kommer således att återge de yttranden som parterna har lagt fram inför domstolen mot bakgrund av frågan om hur ansvaret före avtals ingående skall kvalificeras i ljuset av nämnda rättspraxis. Därefter kommer jag att behandla de typiska kännetecknen för ansvar före avtals ingående och därvid beakta de nationella rättssystemen i den mån det saknas gemenskapsrättslig praxis, för att på så sätt komma fram till den egentliga bedömningen av de frågor som har hänskjutits till domstolen.

II — Tillämpliga bestämmelser

5. Enligt artikel 1 i Brysselkonventionen är denna tillämplig på privaträttens område, oberoende av vilket slag av rättskipande organ det är fråga om. I fråga om domstols behörighet gäller den allmänna princip som kommer till uttryck i artikel 2 och enligt vilken talan mot den som har hemvist i en konventionsstat skall väckas vid domstol i den staten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap. Enligt artikel 3 får talan mot den som har hemvist i en konventionsstat väckas vid domstol i en annan konventionsstat endast med stöd av bestämmelserna i avsnitt 2 till 6 i den avdelning som avser behörigheten. I detta sammanhang är artiklarna 5 och 17 relevanta.

6. I artikel 5 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...

...

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

..."

7. I artikel 17 i Brysselkonventionen stadgas bland annat följande:

"Om parterna har träffat avtal om att en domstol eller domstolarna i en konven-

tionsstat skall vara behöriga att avgöra en redan uppkommen tvist eller framtida tvister i anledning av ett bestämt rättsförhållande, och minst en av parterna har hemvist i en konventionsstat, skall endast den domstolen eller domstolarna i den staten vara behöriga. Ett sådant avtal skall vara antingen

a) skriftligt eller muntligt och skriftligen bekräftat, eller

b) i en form som överensstämmer med praxis som parterna har utbildat mellan sig, eller

c) i internationell handel, i en form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till och som är allmänt känd och regelmässigt iakttas av parter i avtal av föreliggande typ vid det ifrågavarande slaget av handel."

8. Brysselkonventionen kommer senast den 1 mars 2002 att bytas ut mot rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. [3] I de elfte och tolfte skälen i denna förordning anges följande:

"11. Behörighetsbestämmelserna måste uppfylla kravet på förutsebarhet och bygga på den allmänna principen om svarandens hemvist, och det måste alltid kunna gå att bestämma vilken domstol som är behörig utifrån denna princip, utom i vissa bestämda fall när tvistens art eller hänsynen till partsautonomin gör det berättigat att använda någon annan anknytning. I fråga om juridiska personer bör hemvisten definieras autonomt så att de gemensamma reglerna blir klara och behörighetskonflikter kan undvikas.

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

Även om de inte i egentlig mening är tillämpliga på detta mål, bidrar dessa skäl till

3 — EGT L 12, 2001, s. 1.

att klargöra räckvidden av Brysselkonventionens regler.

Nationell rätt

9. I artikel 1337 i Codice civile stadgas att parterna under avtalsförhandlingarna och vid utformningen av avtalet skall handla i enlighet med tro och heder.

III — Faktiska omständigheter och förfarande

Faktiska omständigheter

10. De faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen är följande.

11. Bolaget Fonderie Officine Mecchaniche Tacconi (nedan kallat Tacconi) och bolaget HWS Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (nedan kallat HWS) hade förhandlat om att sluta avtal om att Tacconi skulle köpa en automatisk gjuterianläggning. HWS tillverkar sådana anläggningar. Avtalet skulle upprättas mellan leasingföretaget B.N. Commercio e Finanza Spa (nedan kallat BN) och HWS. Tacconi hade redan, med HWS samtycke, träffat ett avtal med BN om leasing av nämnda anläggning. Den automatiska gjuterianläggningen levererades aldrig.

12. Parterna tvistade kring frågan om det hade träffats ett avtal mellan BN och HWS eller inte. Enligt Tacconi hade avtalet, på grund av HWS vägran att sälja anläggningen till BN, inte ingåtts. Enligt Tacconi avvisade HWS under avtalsförhandlingarna alla förslag. Härefter och efter långa förhandlingar avbröt HWS avtalsförhandlingarna utan förvarning. HWS har däremot hävdat att avtalet ingicks.

Tvisten vid den nationella domstolen

13. Den 23 januari 1996 väckte Tacconi talan mot HWS, som har säte i Tyskland, vid Tribunale di Perugia och yrkade att domstolen skulle fastställa att det inte hade träffats något avtal mellan BN och HWS om försäljning av maskinen i fråga. Tacconi grundade sin talan på att HWS, enligt Tacconi oberättigat, vägrat att sälja anläggningen till BN. Tacconi anförde att HWS inte respekterat skyldigheten att handla korrekt och i enlighet med tro och heder

genom att under förhandlingarna avvisa varje förslag och därefter plötsligt avbryta avtalsförhandlingarna. Tacconi, som hade satt tilltro till att avtal skulle slutas, hade berättigade förväntningar vilka därmed inte uppfylldes. Tacconi gjorde gällande HWS ansvar före avtals ingående enligt artikel 1337 i Codice Civile.[4] I första instans yrkade Tacconi att HWS skulle förpliktas ersätta all skada som orsakats Tacconi, vilken värderats till 3 miljarder ITL.

14. I sitt svaromål anförde HWS däremot att ett avtal hade träffats med Tacconi och invände att italiensk domstol inte var behörig samt gjorde gällande en klausul om utländskt skiljeförfarande. I andra hand yrkade HWS att Tribunale di Perugia skulle förklara att Tacconi enligt artikel 5.3 i Brysselkonventionen saknade saklegitimation. I sak yrkade HWS att käromålet skulle lämnas utan bifall och i sista hand och såsom genkäromål att Tacconi skulle förpliktas att betala 450 248,39 DEM.

15. Jag konstaterar att HWS inte heller i målet vid denna domstol har bestritt Tacconis påstående att HWS kan klandras för att utan förvarning ha avbrutit förhandlingarna.

4 — Tacconi har härvidlag anfört att HWS gjort sig skyldigt till culpa före eller i samband med ingående av ett avtal (*culpa in contrahendo*).

16. Den 16 mars 1999 hemställde Tacconi om förhandsavgörande i behörighetsfrågan enligt artikel 41 i Codice di procedura civile. Tacconi begärde att Corte suprema di cassazione skulle förklara att behörigheten beträffande den aktuella tvisten tillkommer italiensk domstol samt härvid fastställa att frågan om vilken domstol som är behörig skall avgöras enligt reglerna i Brysselkonventionen. Tacconis talan avsåg en förpliktelse som härrör från ett otillåtet handlande i den mening som avses i artikel 5.3 i Brysselkonventionen. Med stöd av denna artikel tillkommer behörigheten domstolen i den ort där skadan inträffade och där således förmögenhetsminskningen för den part som anser sig förfördelad uppkom. Enligt Tacconi var det således riktigt att talan väcktes i Tribunale di Perugia. Tacconi har säte i Perugia och Tacconis påstådda skada inträffade i den staden.

17. HWS bestred genom genkäromål och gjorde gällande att avtalet kommit till stånd genom skrivelse från HWS av den 28 april 1995, varigenom Tacconis beställning av den 27 april 1995 bekräftades, och att italiensk domstol på grund av skiljeklausulen om utländska skiljemän i de allmänna avtalsvillkoren inte är behörig.

Tolkningsfrågan

18. Corte suprema di cassazione har, genom beslut av den 9 juni 2000 vilket

inkom till domstolens kansli den 11 september 2000, således begärt att domstolen skall meddela förhandsavgörande beträffande följande fråga:

"Avser talan om ansvar före avtals ingående skadestånd utanför avtalsförhållanden (delitti o quasi-delitti) (artikel 5.3 [i Brysselkonventionen])? Om denna fråga besvaras nekande, avser talan avtal (artikel 5.1 [i Brysselkonventionen])? Om denna fråga besvaras jakande, vilken är 'den förpliktelse som talan avser'? Om frågan besvaras nekande, är endast det allmänna kriteriet om domstolen i den ort där svaranden har sitt hemvist tillämpligt?"

19. I beslutet om hänskjutande har den italienska domstolen utgått från antagandet att ansvaret inte härrör från avtal. Enligt Tacconi har inget avtal träffats med HWS. Trots detta regleras i Italien ansvaret före avtals ingående inom det avtalsrättsliga området. På grund härav föreligger en koppling till det avtalsrättsliga området i den mening som avses i artikel 5.1 i Brysselkonventionen. Det särskilda behörighetskriterium som föreskrivs i denna bestämmelse synes dock inte vara tillämpligt på ansvar före avtals ingående, vilket, enligt den hänskjutande domstolen, inte är hänförligt till underlåtenhet att uppfylla en avtalsförpliktelse, utan till underlåtenhet att iaktta den lagstadgade skyldigheten att under avtalsförhandlingar och vid utformande av avtal handla i enlighet med tro och heder.

Förfarandet vid domstolen

20. Parterna i målet vid den nationella domstolen och kommissionen har kommit in med skriftliga yttranden till domstolen. Någon muntlig förhandling har inte hållits.

IV — Domstolens rättspraxis

21. Svaret på tolkningsfrågan är i väsentlig del beroende av domstolens rättspraxis avseende Brysselkonventionen. I denna del av mitt förslag till avgörande återges följaktligen denna rättspraxis i för svaret på tolkningsfrågan relevant del. Hänvisningarna gäller framför allt Brysselkonventionens huvudsakliga kännetecken och således de bestämmelser som är av särskild vikt för det förevarande målet.

Brysselkonventionens natur

22. Huvudregeln framgår av artikel 2 i konventionen, i vilken stadgas att talan alltid kan väckas vid domstol i den stat där den mot vilken talan riktas har hemvist. I

några särskilt angivna fall, vilka är att betrakta som undantag från huvudregeln, kan käranden väcka talan vid annan domstol. Bestämmelserna i artikel 5.1 och 5.3 utgör undantag av ovannämnt slag.

23. Enligt preambeln syftar Brysselkonventionen till att stärka det rättsliga skyddet för personer som är etablerade inom den Europeiska gemenskapens territorium. [5] I detta syfte stadgas i konventionen vilka domstolar som är behöriga att döma i tvistemål. Enligt domstolen stärks det rättsliga skyddet såväl genom att käranden enkelt kan avgöra vilken domstol som kan skipa rätt, som genom att svaranden kan förutse vid vilken domstol talan mot honom rimligen kan väckas. [6] Behörighetsbestämmelserna måste vara i hög grad förutsebara, vilket föreskrivs i det elfte skälet i förordning nr 44/2001. På så sätt stärks också rättssäkerheten, vilket utgör ett av Brysselkonventionens syften.

24. I ljuset av vad som har konstaterats ovan, är konventionens syfte bland annat att förenhetliga reglerna om den internationella behörigheten för domstolarna i konventionsstaterna. Konventionens räckvidd är emellertid begränsad, eftersom villkoren för bedömningen av en skadegörande handling och för prövningen och bedömningen av skadan inte regleras av konventionen. Dessa villkor måste följaktligen regleras genom materiell rätt som tillämpas av den domstol som anvisats och bestämts på grundval av för denna domstol tillämplig internationell privaträtt, under förutsättning att en sådan tillämpning inte äventyrar konventionens ändamålsenliga verkan. [7]

25. Domstolen har utgått från antagandet att Brysselkonventionens begrepp skall tolkas självständigt. När dessa begrepp tolkas vid tillämpningen av konventionen behöver man för att säkerställa största verkan i första hand hänvisa till konventionens systematik och syften. Dessa begrepp skall följaktligen inte förstås som en ren hänvisning till hur det rättsförhållande som är föremål för prövning vid den nationella domstolen betecknas enligt nationell rätt. [8]

26. I förhållande till dessa överväganden har domstolen i domen i målet Peters [9] slagit fast att med beaktande av konventionens syften och allmänna systematik är det — för att så långt som möjligt säkerställa likställdhet och enhetlighet i fråga om rättigheter och skyldigheter till följd av konventionen för konventionsstaterna och berörda personer — viktigt att begreppet "talan avser avtal" (i den mening som avses i artikel 5.1) inte tolkas som endast en hänvisning till nationell rätt i den ena eller

5 — För övrigt består det huvudsakliga syftet med förordning nr 44/2001 i att den inre marknaden skall fungera korrekt.

6 — Dom av den 20 mars 1997 i mål C-295/95, Farrell (REG 1997, s. I-1683), punkt 13.

7 — Dom av den 7 mars 1995 i mål C-68/93, Shevill m.fl. (REG 1995, s. I-415), punkt 39.

8 — Se, bland andra, dom av den 27 oktober 1998 i mål C-51/97, Réunion européenne m.fl. (REG 1998, s. I-6511), punkt 15.

9 — Dom av den 22 mars 1983 i mål 34/82, Peters (REG 1983, s. I-987, svensk specialutgåva, volym 7, s. 95), punkt 9.

andra av de berörda staterna.[10] Även begreppet skadestånd utanför avtalsförhållanden (i den mening som avses i artikel 5.3) måste tillmätas en självständig innebörd.[11]

27. Konventionen har vidare till syfte att i möjligaste mån undvika att mer än en domstol är behörig i fråga om samma rättsförhållande. Behörighetskonkurrens mellan flera rättskipande organ ökar risken för sinsemellan motstridiga avgöranden. Detta kriterium, som domstolen har uttalat i domen i målet De Bloos,[12] syftar till att säkerställa skyddet för rättssäkerheten.

28. I domen i målet Peters har domstolen slagit fast att artikel 5.1 i konventionen har som syfte att möjliggöra att samtliga de problem som kan uppstå i samband med uppfyllandet av en avtalsförpliktelse underställs samma domstol. Detta mål gällde domstolen på uppfyllelseorten. I samband härmed har domstolen låtit sig vägledas av principen *accessorium sequitur principale* enligt vilken det mindre följer det större.[13] Käranden har sedan alltid rätt att i fråga om talans väckande till fullo utnyttja forum på platsen för svarandens hemvist. I artikel 22 i konventionen ges vidare, under närmare angivna förutsättningar, den domstol vid vilken talan först väcktes behörighet att pröva hela tvisten om det finns ett samband med de käromål som behandlas vid andra domstolar.[14]

29. Den behörighet som härigenom kan tillerkännas en och samma domstol avseende hela tvisten är emellertid inte utan begränsning. En domstol som enligt artikel 5.3 är behörig att pröva talan i den del denna grundas på utomobligatoriskt skadeståndsansvar, är inte behörig att pröva andra delar av samma talan som grundas på andra faktiska omständigheter och handlingar än sådant ansvar.[15]

30. Jag kommer nu till ett annat av konventionens kännetecken. Valet av behörig domstol i målet Peters[16] är avhängigt den nära förbindelse mellan kontrahenterna som skapas genom ett avtal. Domstolen har således iakttagit den regel som säger att den särskilda behörigheten grundar sig på att en koppling föreligger mellan en given tvist och andra domstolar än dem som finns i den stat där svaranden har sitt hemvist, vilket rättfärdigar att dessa domstolar tillerkänns behörighet på grund av kriterierna

10 — Domstolen har bekräftat denna uppfattning i bland andra dom av den 8 mars 1988 i mål 9/87, Arcado (REG 1988, s. 1539, punkt 11) och i dom av den 17 juni 1992 i mål C-26/91, Handte (REG 1992, s. I-3967, svensk specialutgåva, volym 12, s. 137).

11 — Se dom av den 27 september 1988 i mål 189/87, Kalfelis (REG 1988, s. 5565, svensk specialutgåva, volym 9, s. 729), punkt 15.

12 — Dom av den 6 oktober 1976 i mål 14/76, De Bloos (REG 1976, s. I-1497, svensk specialutgåva, volym 7, s. 95), punkt 9.

13 — Se dom av den 15 januari 1987 i mål 266/85, Shenavai (REG 1987, s. 239, svensk specialutgåva, volym 9, s. 1), punkt 19.

14 — Domen Kalfelis (ovan fotnot 11), punkt 20.

15 — Domen Kalfelis (ovan fotnot 11), punkt 19.

16 — Citerad ovan i fotnot 9, punkt 12 i domen.

god rättskipning och processekonomi. [17] Inom ramen för artikel 5 i Brysselkonventionen talar man även om den behöriga domstolens nära anknytning. [18] Domstolens närhet i förhållande till platsen för uppfyllandet av förpliktelsen skall förenkla prövningen. I korthet skall det föreligga en nära koppling mellan den behöriga domstolen och käromålet, vilket också formuleras i det tolfte skälet i förordning nr 44/2001.

Artikel 2

31. I artikel 2 stadgas att talan mot den som har hemvist i en konventionsstat kan väckas vid domstol i den staten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap. Denna artikel grundas på principen att käranden skall instämma sitt mål vid svarandens forum (*actor sequitur forum rei*). Behörighetskriteriet i artikel 2 har karaktären av en allmän princip, eftersom den siktar på att skydda de rättigheter som tillkommer svaranden, som har lättare att försvara sig vid en domstol i den stat där han har hemvist än vid domstolarna i en annan stat. Denna regel utgör således en motvikt till den förenkling som konventionen medför vad gäller erkännandet och verkställigheten av utländska domar. [19] Förenklandet av erkännanden följer av artikel 26 första stycket i konventionen vari stadgas att en dom som har meddelats i en konventionsstat skall erkännas i de andra konventionsstaterna utan att något särskilt förfarande behöver anlitas.

Artikel 5 i Brysselkonventionen och den restriktiva tolkningen därav

32. I artikel 5 anges de fall i vilka talan mot en person som har hemvist inom en konventionsstats territorium enligt Brysselkonventionen kan väckas vid en domstol i en annan konventionsstat. Valet av domstol ankommer på käranden och kommer till uttryck genom ansökan om stämning. Kärandens valmöjlighet skapar risk för "forumshopping" och kanske även för "lawshopping". [20] Vid valet av behörig domstol får käranden alltid låta sig vägledas av den rätt som är mest förmånlig för honom.

33. Enligt domstolens fasta rättspraxis skall undantagen från artikel 2 tolkas restriktivt med hänsyn till att nämnda bestämmelse har karaktären av allmän princip. [21] Detta gäller naturligtvis också för artikel 5 som tillåter att talan mot en

17 — Dom av den 30 november 1976 i mål 21/76, Bier (REG 1976, s. 1735; svensk specialutgåva, volym 3, s. 209), och dom av den 11 januari 1990 i mål C-220/88, Dumez France och Tracoba (REG 1990, s. I-49), punkt 17.

18 — Se generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande, som föredrogs den 16 mars 1999 i mål C-440/97, GIE Groupe Concorde m.fl. (REG 1999, s. I-6309), punkterna 64 och 65.

19 — Dom av den 4 juli 1985 i mål 220/84, AS-Autoteile Service (REG 1985, s. I-2267), punkt 15.

20 — Se i detta avseende Vlas, P., Forumshopping in EEX en EVEX, *A&V*, tredje årgången, 1995, s. 112—118.

21 — Domen i målet Kalfelis (ovan fotnot 11), punkt 19.

svarande med hemvist inom en konventionsstats territorium kan väckas vid en domstol i en annan konventionsstat. Skyldigheten att tillämpa en restriktiv tolkning innebär att behörighetskriterierna som anges i artikel 5 inte kan tillämpas analogt, på sådant sätt att det valda systemet tillmäts en räckvidd som går utöver de i Brysselkonventionen angivna fallen. [22] I domen i målet Dumez France och Tracoba har domstolen konstaterat att detta gäller *a fortiori* eftersom konventionen tillåter att talan väcks mot svaranden vid en domstol i den konventionsstat där käranden har sitt hemvist. Domstolen har bekräftat att konventionen, med undantag för de uttryckligen föreskrivna fallen, har lagt i dagen sin bristfällighet vid behörighetskonflikt mellan domstolar inom kärandens hemvist. [23]

34. I sitt nyligen framlagda förslag till avgörande i målet Gabriel [24] har generaladvokaten Jacobs förnekat att gemenskapsrätten skulle rymma en allmän regel som påbjuder att varje undantagsbestämmelse skall tolkas restriktivt. Allmänt sett håller jag med om denna uppfattning. I fråga om artikel 5 i Brysselkonventionen är emellertid inte nödvändigheten av en restriktiv tolkning föremål för diskussion. Denna nödvändighet följer av konventionens syften och av skyddet för rättssäkerheten.

35. Tolkningens restriktiva karaktär får emellertid inte få till följd den extrema konsekvensen att den ändamålsenliga verkan hos artikel 5 äventyras. [25] Det förefaller mig som om denna rättspraxis skall uppfattas så att nödvändigheten av en restriktiv tolkning i förevarande mål medför att en analog tillämpning är utesluten, men att formuleringen av undantagsregeln i övrigt är avgörande.

Artikel 5.1 — talan avser avtal

36. I enlighet med artikel 5.1 i konventionen kan talan som avser avtal väckas mot den som har hemvist i en konventionsstat vid domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas. Med begreppet "talan avser avtal" avses den avtalsförpliktelse vilken tjänar som grund för talan. [26] I de fall talan grundas på olika förpliktelser, som kanske skall uppfyllas på olika platser, beaktas den förpliktelse som kännetecknar avtalets natur. [27]

37. Domstolen har gjort tillämpningen av artikel 5.1 till föremål för stränga villkor. I

22 — Se exempelvis dom av den 19 januari 1993 i mål C-89/91, Shearson Lehman Hutton (REG 1993, s. I-139), punkt 16, och domen Handte (ovan i fotnot 10), punkt 14.

23 — Citerad i fotnot 17, punkterna 16 och 19. Se för ett liknande resonemang dom av den 13 juli 2000 i mål C-412/98, Group Josi (REG 2000, s. I-5940), punkt 50.

24 — Förslag till avgörande föredraget den 13 december 2001 i mål C-96/00 (REG 2001, s. I-9383).

25 — Se dom av den 4 mars 1982 i mål 38/81, Effer (REG 1982, s. 825), punkt 7, och generaladvokaten Reischls förslag till avgörande i samma mål.

26 — Domen i målet De Bloos (ovan fotnot 12), punkt 11, och som bekräftats i domen Shenavai, vilken har citerats i fotnot 13, punkt 20.

27 — Dom av den 26 maj 1982 i mål 133/81, Ivenel (REG 1982, s. I-1891, svensk specialutgåva, volym 6, s. 441).

rättspraxis har inslaget av frivillighet varit avgörande, vilket följer av bland andra domen i målet Handte, i vilken domstolen har slagit fast att begreppet "talan avser avtal" inte omfattar de fall i vilka det inte föreligger någon förpliktelse som den ena parten åtagit sig gentemot den andra. Om inte kravet på frivillighet är uppfyllt är inte artikel 5.1 tillämplig. Följaktligen har domstolen fastslagit att artikel 5.1 kan tillämpas om avtalets existens är ifrågasatt. Det kan inte accepteras att en avtalspart efter eget gottfinnande kan kringgå den princip som kommer till uttryck i artikel 5.1 genom att helt enkelt hävda att det inte föreligger något avtal. [28]

38. Begränsningar i tillämpningsområdet för artikel 5.1 kan härledas också ur domen i målet De Bloos. [29] Inte vilken förpliktelse som helst som härrör från ett avtal faller inom området för artikel 5.1. Det skall tvärtom vara fråga om en avtalsförpliktelse som utgör grund för ett käromål. Domstolen har understrukit vikten av att förpliktelsen är ömsesidig. Talan skall avse en av käranden åberopad förpliktelse som utgör en ur ett avtal härrörande rättslig motprestation.

39. Enligt artikel 5.1 får talan väckas vid domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser skall uppfyllas. Enligt konventionens upphovsmän skall denna ort ha en nära koppling till de faktiska omständigheterna. [30] Domstolen har tagit till sig denna uppfattning och hävdat att den ort där förpliktelsen skall uppfyllas i allmänhet uppvisar den närmaste förbindelsen mellan tvisten och den behöriga domstolen. Detta konstaterande har varit avgörande för att anvisa den domstolen som behörig för det fall talan avser avtal. [31] Domstolen har vidare konstaterat att orten där förpliktelsen skall uppfyllas har valts som behörighetskriterium eftersom det utgör ett precist och tydligt kriterium och således står i överensstämmelse med det allmänna syftet med Brysselkonventionen, nämligen att fastlägga regler som skapar säkerhet angående uppdelningen av behörigheten mellan de olika nationella domstolar som anlitas i en avtalsrättslig tvist. [32]

40. I domen i målet Tessili har domstolen redan förut ansett att enligt artikel 5.1 åligger det den domstol vid vilken talan har väckts att med ledning av konventionen avgöra huruvida den ort där förpliktelsen har uppfyllts eller skall uppfyllas faller inom den ifrågavarande domstolens territoriella behörighet. För att göra detta skall domstolen först i enlighet med det egna landets internationella privaträtt avgöra vilken lag som är tillämplig på det ifrågavarande rättsförhållandet samt därefter på grundval av den lagen bestämma den ort där den omtvistade ur avtalet härrörande förpliktelsen skall uppfyllas. [33] Denna

28 — Se domen i målet Effer (ovan fotnot 25), punkt 7.

29 — Se ovan fotnot 12. Se punkterna 10 och 11 i domen.

30 — Generaladvokaten Lenz delar denna uppfattning. Se förslaget till avgörande som föredragits i anledning av dom av den 29 juni 1994 i mål C-288/92, Custom Made Commercial (REG 1994, s. I-2913, svensk specialutgåva, volym 15, s. 261).

31 — Domen i målet Peters (ovan fotnot 9).

32 — Se domen i målet Custom Made Commercial (ovan fotnot 30), punkt 15.

33 — Se dom av den 6 oktober 1976 i mål 12/76, Tessili (REG 1976, s. I-1473, svensk specialutgåva, volym 3, s. 177), punkt 13.

regel, som hänvisar till tillämplig nationell rätt, utgör ett undantag från principen att de begrepp som uttrycks i Brysselkonventionen i allt väsentligt skall tolkas självständigt.

Artikel 5.3 — skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden

41. Enligt domstolen omfattar begreppet skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden varje ansökan som syftar till att aktualisera en svarandes ansvar och som inte är hänförlig till talan som avser avtal enligt artikel 5.1.[34] Detta utesluter att artikel 5.1 och 5.3 blir tillämpliga samtidigt.

42. Den materiella räckvidden hos artikel 5.3 i konventionen avgörs av begreppet "skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden" och av "den ort där skadan inträffade". Även dessa begrepp har domstolen tolkat självständigt. I domen i målet Marinari anges närmare att konventionen inte är avsedd att koppla den territoriella behörighetsregeln i artikel 5.3 till de nationella bestämmelserna om förutsättningarna för privaträttsligt utomobligatoriskt ansvar. Skälet till detta är att en tolkning av konventionen som tar hänsyn till den tillämpliga rätten med avseende på utomobligatoriskt ansvar skulle göra att fastställandet av behörighet blev beroende av osäkra omständigheter, vilket är oförenligt med konventionens syfte som består i att ange säkra och förutsebara behörighetsregler.[35]

43. Skälen bakom artikel 5.3 i konventionen har legat till grund för hur artikeln tolkats av domstolen. Tolkningen består, i likhet med vad som gäller för artikel 5.1, i förhandenvaron av ett särskilt nära samband mellan en given tvist och en domstol i en annan stat än den där svaranden har sitt hemvist. Detta samband kommer till uttryck genom det territoriella referenspunktskriteriet, vilket är av betydelse för domstolens behörighet.[36]

44. Det kan vara så att den ort där skadan uppkom till följd av den skadevållande handlingen inte sammanfaller med orten där den skadevållande handlingen inträffade. I domen i målet Bier har domstolen slagit fast att båda dessa orter kan utgöra ett väsentligt samband vad gäller domsbehörigheten. Var och en av dessa referenspunkter kan i själva verket, beroende på omständigheterna, framstå som särskilt användbara med avseende på bedömningen och händelseförloppet i förfarandet. Domstolen har tillagt att om *valmöjligheten* utgjorde det enda kriteriet för orten på vilken den skadegörande handlingen har ägt rum, skulle detta i många fall få som konsekvens en möjlig sammanblandning mellan de i artiklarna 2 och 5.3 stadgade

34 — Se domen i målet Kalfelis (ovan fotnot 11), punkt 18.

35 — Dom av den 19 september 1995 i mål C-364/93, Marinari (REG 1995, s. I-2719), punkt 18.

36 — Se domen i målet Bier (ovan fotnot 17), punkt 11.

behörigheterna på sådant sätt att den senare bestämmelsen skulle berövas all verkan. [37]

45. Dessa överväganden rättfärdigar inte att begreppet "den ort där skadan inträffade" skall förstås så att det omfattar varje ort där man kan märka de skadliga följderna av en händelse som redan har förorsakat en skada som faktiskt uppkom på en annan ort. Bestämmelsen i artikel 5.3 hänvisar endast till den ort där den skadegörande handlingen fick direkt skadlig effekt. [38] I domen i målet Marinari har domstolen slagit fast att begreppet "den ort där skadan inträffade" skall tolkas på sådant sätt att detta inte åsyftar den ort där den förfördelade parten påstår sig ha lidit en väsentlig förlust till följd av en skada som har uppkommit inledningsvis och som parten har lidit i en annan konventionsstat. [39]

V — Skriftliga yttranden som inkommit till domstolen

46. Tacconi har gjort gällande att ansvaret före avtals ingående skall anses utomobligatoriskt och att det således skall falla inom området för skadestånd utanför avtalsförhållanden. Denna uppfattning grundas på den omständigheten att det före avtals ingående saknas varje avtalsrättslig koppling ägnad att ömsesidigt binda kontrahenterna.

47. Ur domstolens rättspraxis har Tacconi härlett att begreppet "talan avser avtal" inte omfattar de situationer i vilka det inte föreligger någon förpliktelse som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan. [40] Tacconi har vidare anfört att innan avtalet ingås saknas varje avtalsrättslig koppling mellan parterna och för det fall avtalsförhandlingarna inte leder till att avtal träffas, saknas också varje nödvändig koppling av avtalsrättslig natur mellan de ifrågavarande parterna.

48. HWS har hävdat att enligt domstolens rättspraxis skall Brysselkonventionen tolkas självständigt, det vill säga utan att ta hänsyn till den tolkning som samma konvention kan ges på grundval av tillämplig nationell rätt. Följaktligen är inställningen i italiensk doktrin och rättspraxis, enligt vilka det förkontraktuella ansvaret skall likna ansvaret för otillåtet handlande, av ringa betydelse. HWS har åberopat domen i målet Kalfelis i vilken det har slagits fast att begreppet "skadestånd utanför avtalsförhållande" omfattar varje talan med syfte att gentemot svaranden göra gällande ett ansvar som inte är hänförligt till ett avtal enligt artikel 5.1. [41] Artikel 5.1 i Brysselkonventionen är enligt HWS inte tillämplig på det förevarande målet eftersom denna

37 — Se ovan fotnot 17, punkt 20.

38 — Se domen i målet Bier (ovan fotnot 17), punkt 15 och följande.

39 — Se ovan fotnot 35, punkt 21.

40 — Denna hänvisar till domen i målet Handte (ovan fotnot 10), punkt 15.

41 — Se ovan fotnot 11, punkt 17.

bestämmelse förutsätter förhandenvaron av ett avtal, medan Tacconis talan förutsätter att något avtal inte har träffats.

49. HWS har vidare hävdat att skillnaden mellan ansvar före avtals ingående och skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden, i den mening som avses i artikel 5.3, består i det faktum att detta senare ansvar innefattar varje subjekt som åsidosätter den allmänna regeln att inte skada någon (*neminem laedere*) och således åsamkar skada och kränker absoluta rättigheter. Ansvaret före avtals ingående skulle däremot kunna uppstå enbart för den som står i ett särskilt förhållande till den förfördelade personen och som förhandlar med densamma om att träffa avtal. Enligt HWS har den som går in i avtalsförhandlingar med en annan part accepterat risken att den senare kan komma att kränka regeln om tro och heder och härigenom förorsaka skada.

50. HWS har avslutningsvis gjort gällande att de särskilda behörighetskriterierna inte gäller för ansvaret före avtals ingående och att den allmänna behörighetsregel som anges i artikel 2 i konventionen följaktligen skall tillämpas i förevarande mål[42]. På grundval av detta kopplingskriterium skulle den tyska domstolen vara behörig i förevarande mål.

51. Kommissionen har i sitt yttrande hänvisat till domstolens rättspraxis och härvid framhållit den restriktiva tolkningen av artikel 5.1 i konventionen vad gäller den självständiga betydelsen som kan ges begreppen "talan avser avtal" och "skadestånd utanför avtalsförhållanden" samt till den omständigheten att en normalt uppmärksam svarande skäligen skall kunna förutse vid vilken annan domstol än domstolarna i hemviststaten, som talan mot svaranden kan komma att väckas. Enligt kommissionen följer av domen i målet Handte att begreppet "talan avser avtal" inte omfattar de situationer i vilka det inte föreligger någon förpliktelse som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan,[43] på grund av att om det nämnda begreppet avsåg en sådan förutsättning, skulle denna inte stå i överensstämmelse med principen om rättssäkerhet. Enligt kommissionen har domstolen följaktligen godkänt att frivillighetsaspekten utgör den grundläggande förutsättningen för att ett avtal skall anses ha ingåtts.

52. Kommissionen har åter hävdat att begreppet "talan avser avtal" till skillnad från begreppet "skadestånd utanför avtalsförhållanden" erbjuder möjlighet till bokstavstolkning. Kommissionen har hävdat att detta är skälet till att domstolen tillämpar begreppet ansvar som gemensam nämnare inom området skadestånd utanför avtalsförhållanden. Detta implicerar att inom området för skadestånd utanför avtalsförhållanden faller de tvister som inte uttryckligen faller inom avtalsrätten. Denna tolkning tillhandahåller tydliga kriterier för avgörandet av den särskilda behörigheten.

42 — Uppenbarligen har HWS övergivit uppfattningen att ansvaret före avtals ingående har samband med att talan avser avtal.

43 — Se ovan fotnot 10, punkt 15.

53. Kommissionen har ansett det ändamålsenligt att göra åtskillnad mellan talan som syftar till att uppnå att avtalsrättsliga förpliktelser respekteras och dem som tar sikte på att fastställa svarandens ansvar. Vad gäller den första kategorin, rättfärdigar den avtalsrättsliga förpliktelsens särskilda natur det faktum att valet av domstol görs beroende av den ort där förpliktelsen har uppfyllts eller skall uppfyllas. Vad däremot gäller den andra kategorin framstår domstolen i den ort där skadan inträffade som den från en allmän synpunkt mest lämpliga att pröva tvisten.

54. På grundval av föregående överväganden har kommissionen kommit fram till att en talan varigenom ansvar före avtals ingående görs gällande faller inom det område för skadestånd utanför avtalsförhållanden som avses i artikel 5.3.

VI — Ansvar före avtals ingående

55. Av principen om avtalsfrihet följer att var och en fritt kan välja med vem och om vad man vill inleda avtalsförhandlingar och hur långt man vill gå vidare med dessa förhandlingar. I princip föreligger således en frihet att avbryta förhandlingarna när man så önskar utan att ställas till ansvar för detta. Denna frihet att avbryta förhandlingarna är emellertid inte absolut. I artikel 2.15 i UNIDROIT-reglerna stadgas att "[d]en part som i ond tro har... avbrutit avtalsförhandlingarna är ansvarig för den andra partens förluster"("a party who... breaks off negotiations in bad faith is liable for losses caused to the other party"). Enligt kommentaren till denna artikel är det möjligt att förhandlingarna når en avgörande punkt bortom vilken de inte kan avbrytas oförberett och oberättigat. Den tidpunkt vid vilken denna punkt är nådd är bland annat beroende av i vilken utsträckning en part med ledning av motpartens beteende skäligen kan förlita sig på att avtalet kommer att träffas. I andra hand beror den också av det antal punkter som parterna redan har kommit överens om. Om en part trots allt oförberett och oberättigat avbryter avtalsförhandlingarna, är parten skyldig att ersätta motparten dennes skada.

56. Ansvaret före avtals ingående uppstår följaktligen när förhandlingarna avbryts utan motivering.

57. Detta är första gången domstolen måste uttala sig, såvitt gäller Brysselkonventionen, angående den rättsliga karaktären hos det ansvar som uppstår mellan två potentiella kontrahenter under avtalsförhandlingar. Ansvaret inom förhållanden före avtals ingående har inte som sådant reglerats i konventionen. Kriteriet om den närmaste förbindelsen kan man finna i Evrigenisrapporten, som behandlar konventionen vid tillfället för Greklands

anslutning. I denna rapport görs gällande att förhållanden före avtals ingående kan omfattas av artikel 5.1.[44] I rapporten har emellertid inte angivits vad denna uppfattning grundar sig på. Vidare föreligger i medlemsstaterna, dock inte inom den internationella privaträtten, en rikhaltig doktrin angående frågan om ansvar före avtals ingående. Doktrinen är inte samstämmig i alla medlemsstaterna.

58. I flertalet av rättssystemen gäller regeln att en part som avbryter avtalsförhandlingar utan saklig grund efter att ha skapat förväntan hos motparten att man nått avtalsslut är ansvarig för att ersätta det negativa kontraktsintresset. Detta intresse skall i princip svara inte endast mot onödiga utgifter, utan även, i förekommande fall, mot att möjligheten att träffa andra lönsamma avtal har gått förlorad. I händelse av avbrutna avtalsförhandlingar är det som räknas tron på ett konkret utfall av avtalsförhandlingarna. Jag begränsar mig här till att i korthet fästa uppmärksamheten på några rättssystem. Denna summariska beskrivning av rätten inom området för ansvar före avtals ingående har en rent illustrativ funktion och är säkert inte tillräcklig för att ge en fullödig bakgrund till den rättsliga situationen i medlemsstaterna. Domstolen kan använda sig av nationell rätt som en inspirationskälla vid besvarandet av hänskjutna frågor.

59. I italiensk rätt innehåller artikel 1337 i Codice civile en särskild regel beträffande ansvar före avtals ingående. Parterna skall under avtalsförhandlingarnas gång samt under upprättandet av avtalet uppträda i enlighet med tro och heder. En part som, efter att ha skapat förväntningar att avtal kommer att träffas, avbryter avtalsförhandlingar utan saklig grund är ansvarig att ersätta det negativa kontraktsintresset. Detta negativa intresse omfattar förutom utgifter även att senare möjligheter försitts.[45] Det positiva kontraktsintresset ersätts inte, vilket innebär att motparten inte behöver försättas i samma situation som han befunnit sig i om avtalet faktiskt hade fullföljts. Den förpliktelse som åsidosätts genom att avtalsförhandlingarna avbryts utan förvarning syftar till att förhindra att motparten lider skada genom att onödigtvis ha gått in i avtalsförhandlingar och inte för att den senare till slut har fått en positiv utdelning. Det ställs inget krav på oaktsamhet.

60. I tysk rätt är den part som, efter att oaktsamt ha givit den andra parten för-

44 — Evrigenisrapporten, EGT C 298, 1986, punkt 49.

45 — Enligt UNIDROIT-reglerna förstås med förlust de utgifter motparten haft samt försuttna möjligheter att träffa avtal med tredje man.

väntningen att avtal kommer att slutas, avbryter avtalsförhandlingarna utan saklig grund eller med åberopande av i sammanhanget irrelevanta överväganden, ansvarig att ersätta det negativa kontraktsintresset. Ofta grundar sig detta ansvar på doktrinen om *culpa in contrahendo*: part som oförutsett avbryter avtalsförhandlingarna är ansvarig för det oaktsamma åsidosättandet av den avtalsrättsliga förpliktelsen att ta hänsyn till motpartens intressen.[46] I tysk rätt gäller följaktligen ett kriterium liknande det som är för handen i Italien, med den skillnaden att här tas culparekvisitet i beaktande.

61. Fransk rätt innehåller inte några bestämmelser angående förhandlingar före avtals ingående och om avtalsslut. Ansvaret före avtals ingående grundas på teorin om rättsmissbruk i kombination med vad som föreskrivs genom principerna om skälighet och rättvisa. Omständigheterna utvisar när en part oförutsett och utan saklig grund avbryter avtalsförhandlingarna vid en tidpunkt då motparten kunde förvänta sig att avtal skulle komma att träffas. Så länge avtalet inte har träffats anses den skada som uppstått under fasen före avtalets ingående vara hänförlig till ansvaret för ett otillåtet handlande. Motpartens skada skall ersättas. Det är emellertid diskutabelt om detta ersättningsansvar även omfattar förlusten av senare möjligheter ("perte d'une chance") såvida det inte är helt säkert att man skulle kunna träffa ett avtal med tredje man. De franska domstolarna uppvisar för övrigt stor försiktighet vad gäller att erkänna ett ansvar före avtals ingående i syfte att inte äventyra principen om avtalsfrihet.

62. Holländsk rätt avviker från dessa principer. Man kan tala om ett ansvar redan innan motparten kan räkna med att avtal kommer att träffas. Enligt holländsk rätt kan förhandlingsfasen nå en punkt vid vilken avtalsförhandlingarna inte längre fritt kan avbrytas. Om detta inträffar uppkommer ett ansvar att ersätta det positiva kontraktsintresset.[47] Under avtalsförhandlingarna kan tre olika faser urskiljas. I en första fas kan avtalsförhandlingarna fritt avbrytas utan att det uppkommer något ansvar. Därefter följer ett stadium under vilket man kan dra sig tillbaka från förhandlingarna, men med skyldighet att i vart fall ersätta motparten dennes kostnader. Slutligen finns det ett sista stadium under vilket man inte längre fritt kan avbryta avtalsförhandlingarna. Detta stadium nås när motparten skäligen kan förvänta sig att avtal kommer att träffas eller när andra omständigheter gör att det inte är berättigat att avbryta avtalsförhandlingarna. Om en part avbryter avtalsförhandlingarna på detta stadium kan han hållas ansvarig även

46 — Det föreligger ingen samstämmig uppfattning om huruvida och i vilken utsträckning det ställs krav på culpa i Tyskland.

47 — Se den holländska kassationsdomstolens dom av den 18 juni 1982, Plas/Valburg, NJ 1983, s. 723.

för efterföljande förluster. I holländsk doktrin görs gällande att talan på detta stadium kan falla inom tillämpningsområdet för artikel 5.1 i Brysselkonventionen på grund av den "nära förbindelse" som har uppstått mellan parterna. [48]

63. Sedan gammalt erkänner brittisk rätt inte något ansvar för avbrutna avtalsförhandlingar. Risken att en part avbryter förhandlingarna innan avtal har träffats anses vara "business loss" (ren förmögenhetsskada). Det kontinentala begreppet tro och heder före avtals ingående har inte erkänts som sådant i Förenade kungariket: det föreligger ingen förpliktelse att handla i enlighet med principen om skälighet och rättvisa. Detta innebär emellertid inte att beteendet under förhandlingsfasen inte regleras: man kan konstruera en ansvarsfigur genom att till exempel väcka talan under åberopande av institutet "misrepresentation". [49] Jag anser dock rättsfiguren "estoppel by representation" [50] vara viktigare. Part kan inte med hjälp av detta institut falla tillbaka på en tidigare avgiven försäkran om motparten har lidit skada till följd av denna. Denna rättsfigur är jämförbar, om än inte identisk, med kontinentalrättsliga begrepp såsom skyddet för tro och heder och för berättigade förväntningar. Slutligen konstaterar jag att det eventuella ansvar som uppstår till följd av att avtalsförhandlingar avbryts grundas på handlingar som utgör "tort". Detta ansvar skall noga skiljas från det som avser åsidosättandet av avtalsrättsliga förpliktelser.

64. Jag kommer nu att tala om den innebörd den ovan utvecklade rättsliga uppfattningen kan få, i syfte att i ljuset av Brysselkonventionen besvara frågorna som har ställts.

65. I detta syfte urskiljer jag två faser under förhandlingsförfarandet. I den första fasen har avtalsfriheten företräde. Parterna kan fritt avbryta avtalsförhandlingarna. I den andra fasen kan parterna däremot inte längre enkelt avbryta förhandlingarna: de förväntningar motparten har beträffande att avtal skall träffas och de skador denna part lider till följd av de avbrutna avtalsförhandlingarna kan konstituera ett ansvar som i vart fall omfattar det negativa kontraktsintresset, det vill säga de utgifter som uppstått i onödan samt förlust av senare möjligheter. Detta ansvar utsträcks inte så långt att det föreskrivs att motparten i vart fall kan begära att avtal träffas. [51]

48 — Se Schultz fotnot längst ner på sidan i domen i målet Peters (ovan fotnot 9), NJ 1983, s. 644 och Deelen, J.E.J.Th., *IPR en de afgebroken onderhandelingen*, Studiekring "Prof. Mr. J. Offerhaus", serien Handelsrecht, nr 18, 1984, s. 126.

49 — Jämförbart med det kontinentala institutet misstag.

50 — Brittisk rätt känner vidare rättsfiguren "promissory estoppel", enligt vilken part kan förpliktas att respektera ett löfte som givits gentemot motparten. "Promissory estoppel" kan särskilt åberopas i befintliga avtalsförhållanden och kan i regel inte tillämpas på ansvaret före avtals ingående.

51 — Det gäller även och i högre grad för systemet i Förenade kungariket, som grundas på andra principer än inom den beskrivna kontinentaleuropeiska rätten.

66. Det är möjligt att genom härledning från rättsuppfattningen i Nederländerna urskilja även en tredje fas. Det kan i själva verket vara så att förhållandet mellan parterna är så nära att det även medger ersättning av parts positiva kontraktsintresse eller det handlande som syftar till att avtal träffas eller i ersättning av samma värde.

Parterna skall vara i stånd att förutse vilken domstol som är behörig.

— Huvudregeln kommer till uttryck i artikel 2 i konventionen: domstolarna i den stat där svaranden har sitt hemvist är behöriga att pröva talan i tvistemål. I de fall som anges i artikel 5 erbjuds käranden alternativ.

VII — Bedömning

Allmän bakgrund

— Regeln i artikel 5 skall tolkas restriktivt, vilket innebär att den inte kan förklaras analogt tillämplig.

67. Domstolen har i sin rättspraxis tolkat Brysselkonventionens systematik på sätt som kan vara väsentligt för detta mål (se del IV av detta förslag till avgörande). Vi erinrar oss följande:

— Det skall undvikas att flera rättskipande organ är behöriga att pröva samma tvist.

— Brysselkonventionens begrepp skall i allmänhet tolkas självständigt. Begreppens innebörd är inte beroende av den tolkning som tillhandahålls genom medlemsstaternas nationella rätt.

— Behörighetskriteriet som anges i artikel 5 skall grundas på ett särskilt nära samband mellan talan och annan domstol än den i svarandens hemviststat.

— Vid tolkningen av begreppen beaktas konventionens syften, det vill säga stärkandet av det rättsliga skyddet.

— Artikel 5 utgör i sig ett uttömmande system. I tvister angående civilrättsligt

ansvar är antingen artikel 5.1 eller artikel 5.3 tillämpliga.

— För att artikel 5.1 skall vara tillämplig är det avgörande huruvida det föreligger förpliktelser som part frivilligt har åtagit sig.

68. Dessa delar utgör den bakgrund inom vilken svaret står att finna. Jag önskar emellertid att särskilt klargöra ytterligare två punkter.

69. Den första punkten är att domstols behörighet och den tillämpliga rätten enligt min uppfattning skall sammanfalla i största möjliga utsträckning. Det är naturligtvis att föredra att en domstol kan tillämpa den egna nationella rätten eftersom den, per definition, är det organ som är bäst kvalificerat att tillämpa den rätten. Det förekommer dock, och jag exemplifierar med den ifrågavarande tvisten, att den italienska domstolen kan vara tvungen att bedöma HWS eventuella ansvar i ljuset av tysk rätt.

70. Det är nödvändigt att ta största möjliga hänsyn till parternas intresse och det är detta som utgör den andra punkten. Det är vidare viktigt att inse att artikel 5 har antagits i kärandens intresse för att denne inte skall behöva vara skyldig att i varje fall vända sig till domstolen i svarandens hemviststat. Det är riktigt att Brysselkonventionen inte sträcker sig så långt som att tillåta käranden att välja den egna hemviststatens domstol, [52] men dock till att erbjuda käranden alternativ som kan upprätta en processuell jämvikt mellan parterna.

Förhållandet mellan artikel 5.1 och artikel 5.3

71. I frågor som gäller civilrättsligt ansvar utgör Brysselkonventionen ett uteslutande system: man tillämpar alltid antingen artikel 5.1 eller artikel 5.3. Dessa båda bestämmelser kan aldrig vara tillämpliga samtidigt.

72. Inom detta uteslutande system hänför jag mig till kommissionens bedömning av förhållandet mellan artikel 5.1 och 5.3. Kommissionen har hävdat att begreppet "talan avser avtal" till skillnad från "skadestånd utanför avtalsförhållanden" erbju-

52 — Konventionens upphovsmän har givit uttryck för en tydlig ovilja beträffande denna möjlighet (se domen i målet Dumez France och Tracoba (ovan fotnot 17) och domen i målet Group Josi (ovan fotnot 23).

der möjlighet till en lämplig bokstavstolkning.

73. Sammanfattningsvis är räckvidden hos artikel 5.1 tydligt beskriven i domstolens rättspraxis. Om ett förhållande inte faller inom tillämpningsområdet för artikel 5.1, tillämpar man artikel 5.3. Artikel 5.3 får härvidlag ett subsidiärt tillämpningsområde. Det är således nödvändigt att fastställa de fall i vilka en förpliktelse faller inom tillämpningsområdet för artikel 5.1. För detta ändamål är frivilligheten det avgörande kriteriet. Begreppet "talan avser avtal" kan inte, för att citera domen i målet Handte,[53] "[f]örstås på så sätt att det omfattar en situation i vilken det inte föreligger någon förpliktelse som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan". Omständigheten huruvida det föreligger en frivilligt åtagen förpliktelse skall i huvudsak avgöras på grundval av principen om rättssäkerhet, vilket bland andra bekräftas i domen i målet Handte. Måste en normalt förutseende person kunna veta när han träffat ett avtal?

74. Den exakta avgränsningen av artikel 5.1 är viktig också av ett annat skäl. Artikel 5.1 innefattar en möjlighet att välja forum. Parterna får i den mening som avses i artikel 17 i Brysselkonventionen avtala att en domstol eller skiljeman skall vara exklusivt behörig att pröva eventuella tvister. Härigenom avsäger sig parterna frivilligt den domstol som föreskrivs enligt lag. Det kan avstås från en sådan grundläggande rättighet endast på grundval av ett väl övervägt val.

Betydelsen för förhållandena före avtals ingående

75. Såsom den hänskjutande domstolen har understrukit härrör ansvaret före avtals ingående från det faktum att en rättslig skyldighet inte har iakttagits och inte från att en avtalsförpliktelse inte har fullgjorts, eftersom ett avtal ännu inte existerar. Den rättsliga skyldigheten följer i det förevarande fallet av artikel 1337 i den italienska Codice civile, som innebär att parterna skall handla i enlighet med tro och heder under avtalsförhandlingarna.

76. Jag tolkar denna skyldighet som en på lag grundad allmän handlingsregel, vilken inte skiljer sig från andra handlingsregler som grundas på lag. Bristande respekt för en sådan regel kan under bestämda omständigheter, med tillämpning av artikel 5.3 i Brysselkonventionen, utgöra ett otillåtet handlande.

53 — Se ovan fotnot 10, punkt 15.

77. Det kan förefalla vara så här enkelt att besvara den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen. Jag är emellertid av uppfattningen att problemet med ansvar före avtals ingående är av mer komplex natur. I själva verket anser jag att det för tillämpningen av Brysselkonventionen är nödvändigt att avgöra huruvida ett avtal har träffats mellan parterna. Om parterna frivilligt har åtagit sig *förpliktelser* gentemot varandra, tillämpas artikel 5.1. Jag gör åtskillnad mellan förpliktelser och de mer eller mindre berättigade förväntningar parterna har gentemot varandra. En förväntan kan i denna bemärkelse avse den omständigheten att avtalsförhandlingarna inte plötsligt avbryts eller att det inte samtidigt pågår parallella dolda avtalsförhandlingar med en konkurrent. Jag betraktar ett åsidosättande av dessa förväntningar som en otillåten handling.

78. Den förpliktelse som avses i föregående stycke behöver inte nödvändigtvis bestå i det avtal om vilket man förhandlar, utan kan även avse ett föravtal på grundval av vilket en av parterna börjat fullgöra avtalet. För att illustrera det ovannämnda hänvisar jag till det här ifrågavarande målet. Även innan ett fullständigt avtal har träffats om att HWS skall leverera maskiner, i vilket även regleras exempelvis samtliga villkor angående finansiering, kan det förekomma att det redan föreligger en överenskommelse mellan parterna, som HWS börjar att fullgöra genom att till exempel reservera produktionskapacitet eller genom att beställa material. De tvister som sedan uppstår skulle kunna falla inom området för artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

79. Vid besvarandet av frågan i vilket ögonblick en förpliktelse uppstår, kan de i artikel 17 i Brysselkonventionen angivna kriterierna vara av betydelse. Det gäller särskilt de kriterier som anges i b och c. För det fall ett skriftligt avtal (eller bevis för ett muntligt avtal) saknas, kan förhandenvaron av en förpliktelse framgå av:

— praxis som har uppstått mellan parterna, eller

— ett internationellt handelsbruk som parterna känner till eller borde ha känt till och som är allmänt känt inom ifrågavarande område och som regelmässigt iakttas av parter i avtal av föreliggande typ vid ifrågavarande slag av handel.

80. Jag skall förtydliga min uppfattning i ljuset av de olika faser i förhandlingsförfarandet som jag urskilt i del VI i detta förslag till avgörande. [54]

81. I den första fasen av förhandlingsförfarandet får parterna fritt avbryta avtalsförhandlingarna utan att det uppstår något ansvar på grund härav. I denna fas saknar artikel 5 i Brysselkonventionen betydelse. Inget otillbörligt handlande uppstår och inte heller något avtal.

82. I den andra fasen föreligger berättigade förväntningar som kan förorsaka skador. En part kan inte längre utan förvarning avbryta avtalsförhandlingarna. Om parterna gör det kan detta handlande under bestämda omständigheter vara otillåtet och parten kan på grund härav förpliktas att ersätta de utgifter motparten haft eller den förlust av senare möjligheter som motparten har lidit.

83. Den tredje fasen är den i vilken ett (underskrivet) avtal ännu saknas men vari det av omständigheterna kan framgå att parterna har åtagit sig ömsesidiga förpliktelser. I denna fas kan artikel 5.1 i Brysselkonventionen vara tillämplig. Nämnda omständigheter kan bestå i att det föreligger konsensus beträffande ett avtals huvuddelar, avtalets föremål och priset, men att man fortfarande behandlar de sista villkoren. Det kan också vara så att en part redan har börjat fullgöra avtalet av den anledningen att motpartens beteende har tillåtit parten att förutsätta att parternas önskemål överensstämmer. Jag hänvisar slutligen till de omständigheter som anges i artikel 17 i Brysselkonventionen.

84. Jag är självklart medveten om att man i den här beskrivna tredje fasen nästan kan tala om ett fullständigt avtal. I vilken utsträckning denna fas ännu kan anses utgöra en fas före avtals ingående är en fråga för den internationella privaträtten.

85. Jag drar slutsatsen att en talan om ansvar före avtals ingående kan anses som en talan om ansvar utanför avtalsförhållanden i den mening som avses i artikel 5.3 i Brysselkonventionen. När en sådan talan gäller en förpliktelse som motparten åtagit sig gentemot käranden, kan denna talan dock anses utgöra en talan som avser avtal i den mening som avses i artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

54 — Se punkterna 65 och 66.

VIII — Förslag till avgörande

86. På grundval av vad som anförts ovan föreslår jag att Corte suprema di cassaziones fråga besvaras enligt följande:

En talan varigenom ansvar före avtals ingående görs gällande kan anses utgöra en talan om skadestånd utanför avtalsförhållanden i den mening som avses i artikel 5.3 i konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område. När en sådan talan gäller en förpliktelse som motparten har åtagit sig gentemot käranden, kan talan emellertid anses falla inom området för en talan som avser avtal i den mening som avses i artikel 5.1 i nämnda konvention.