# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN

fremsat den 28. oktober 1987 *

*Høje Domstol.*

Firmaet SAR Schotte GmbH (herefter benævnt »Schotte«), som har sæde i Forbundsrepublikken Tyskland, har ved de tyske domstole anlagt sag mod Parfums Rothschild SARL (herefter benævnt »det franske Rothschild-firma«), Frankrig, og nedlagt påstand om betaling af 55 507,04 DM for et parti forstøverpumper og hætter til parfumeflasker, som Schotte havde solgt og leveret til det franske Rothschild-firma. Sidstnævnte firma har imidlertid bestridt, at de tyske domstole har kompetence til at pådømme sagen, eftersom firmaet har sæde i Frankrig. Schotte har heroverfor påberåbt sig artikel 5, punkt 5 i Konventionen af 1968 om Retternes Kompetence og om Retsafgørelser i Borgerlige Sager, herunder Handelssager. Denne bestemmelse lyder således:

»En person, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges i en anden kontraherende stat:

5. ... i sager vedrørende sager i driften af en filial, et agentur eller en lignende virksomhed, ved retten på det sted, hvor virksomheden er beliggende«.

Landgericht Düsseldorf antog, at den ikke havde den fornødne kompetence, da betingelserne i konventionens artikel 5, punkt 5, ikke var opfyldt. Ankeinstansen, Oberlandesgericht Düsseldorf (som hælder mere til den opfattelse, at de tyske domstole er kompetente) har udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Foreligger der også et værneting for en filial, et agentur eller en lignende virksomhed, i henhold til konventionens artikel 5, punkt 5, når en juridisk person efter fransk ret (et société à responsabilité limitée), med hjemsted i Paris, i en anden kontraherende stat (her: Forbundsrepublikken Tyskland), ikke organisatorisk har nogen filial, forstået som en ikke selvstændig repræsentation for et forretningshovedsæde, men der i den anden kontraherende stat findes en selvstændig juridisk person efter tysk ret (et Gesellschaft mit beschränkter Haftung), med samme navn og samme ledelse, som forhandler og indgår kontrakter i den franske juridiske persons navn, og som sidstnævnte benytter på samme måde som en repræsentation?«

Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Rothschild GmbH, Düsseldorf (herefter benævnt »det tyske Rothschild-firma«) i 1981 og 1982 førte en række forhandlinger med Schotte om fremstilling og levering af forstøverpumper. Efter at forhandlingerne mellem sagsøgeren og Rothschild GmbH havde givet et positivt resultat, bestilte det franske Rothschild-firma forskellige slags forstøverpumper hos Schotte, som skulle leveres i Puteaux i Frankrig, hvor flaskerne blev påfyldt parfume. Schotte sendte herefter regningerne til det franske Rothschild-firma, som de havde aftalt.

* Oversat fra engelsk.

Det franske Rothschild-firma har forklaret, at det er datterselskab til det tyske Rothschild-firma og 100% ejet af dette; begge firmaerne er tilsyneladende oprettet i 1981. Den forelæggende ret har ganske vist ikke fastslået dette ejerforhold, men det bestrides ikke af nogen. Under alle omstændigheder havde de to Rothschild-firmaer en fælles direktør på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen, som hed Vehling. Hver af firmaerne havde også en anden direktør, nemlig Rothschild i det tyske firma og fru Rodaks i det franske firma, hvilken sidste ganske vist, ligesom Vehling, angives at have bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland.

I 1983 beklagede det tyske Rothschild-firma sig hos Schotte over, at firmaet havde modtaget flere reklamationer fra en række kunder, der gjorde gældende, at forstøverpumperne ikke fungerede, som de skulle. Dette affødte herefter en omfattende brevveksling mellem Schotte og det tyske Rothschild-firma, i forbindelse med hvilken brevene fra sidstnævnte firma var skrevet på firmaets eget brevpapir, men underskrevet af en af det franske Rothschild-firmas to direktører. Også brevene forud for indgåelsen af de enkelte kontrakter blev tilsyneladende skrevet på det tyske firmas brevpapir, men var underskrevet på samme måde. Det fremgår ikke klart, om det var firmaernes fælles direktør, som underskrev, og i bekræftende fald, om denne underskrev for det franske eller for det tyske Rothschild-firma.

Under hovedsagen har det tyske Rothschild-firma afvist, at det overhovedet kan sagsøges, eftersom det ikke var sagsøgerens medkontrahent. Herefter har Schotte anlagt sag mod det franske Rothschild-firma.

Domskonventionen indeholder to betingelser for, at det franske Rothschild-firma kan sagsøges i Forbundsrepublikken Tyskland efter konventionens artikel 5, punkt 5. Dels skal det tyske Rothschild-firma være »en filial, et agentur eller en lignende virksomhed« i forhold til det franske Rothschild-firma, dels skal tvisten med Schotte vedrøre »driften« af det tyske Rothschild-firma.

Domstolen har i flere tidligere afgørelser fortolket begrebet »en filial, et agentur eller en lignende virksomhed«. I sag 14/76, De Bloos mod Bouyer (Sml. 1976, s. 1497, 1509), fastslog Domstolen således, at »et af de væsentligste kendetegn for en filial eller et agentur er, at virksomheden er underkastet hovedvirksomhedens ledelse og kontrol«. Samme betingelse gælder for den »lignende virksomhed«, hvilket begreb tilsyneladende også i øvrigt i det væsentlige må forstås på samme måde som begrebet »filial« og »agentur«. I sag 33/78, Somafer mod Saar-Ferngas (Sml. 1978, s. 2183, se navnlig s. 2193), fremhævede Domstolen, at artikel 5, punkt 5, udgør en fravigelse af hovedreglen om værneting i konventionens artikel 2, hvorfor den må fortolkes således, »at det særlige tilknytningmoment, som danner grundlaget for denne undtagelse, klart fremgår«. Der skal således findes en række ydre kendetegn, som fremtræder på en sådan måde, at man uden besværlighed kan fastslå det lokale foretagende og erkende sammenhængen »mellem den således stedfæstede enhed og genstanden for tvisten mod hovedvirksomheden, der er etableret i en anden kontraherende stat«. Ifølge domskonklusionen skal følgende betingelser være opfyldt: »Begrebet filial, agentur eller en lignende virksomhed forudsætter, at der foreligger et centrum for erhvervsudøvelsen, som udadtil varigt fremtræder som en repræsentation for hovedvirksomheden, med en ledelse og materielt udstyret således, at det kan forhandle med tredjemand, således at denne, skønt han ved, at der eventuelt opstår en retlig forbindelse med den i udlandet hjemmehørende hovedvirksomhed, ikke behøver at henvende sig direkte til denne, men kan indgå aftaler på det centrum for

erhvervsudøvelsen, som repræsentationen udgør«.

I sag 139/80, Blanckaert & Willems mod Trost (Sml. 1981, s. 819, se s. 829), fastslog Domstolen, at en selvstændig handelsagent, der frit kan indrette sin virksomhed og sin arbejdstid, som han ønsker, og som udelukkende »videresender ordrer til hovedvirksomheden uden at have del i ordrenes afvikling eller opfyldelse«, ikke opfylder betingelserne for at kunne betegnes som en filial, et agentur eller en lignende virksomhed.

Reglen i artikel 5, punkt 5 er således i sagsøgernes interesser, idet en person efter denne regel, i stedet for at være nødsaget til at anlægge sag i den stat, hvor sagsøgte har hjemsted, kan anlægge sag i den stat, hvor sagsøgte har en filial, som sagsøger har haft forretning med. På den anden side er reglen også til fordel for de sagsøgte parter i det omfang, der kun kan anlægges sag på det sted, hvor der findes en filial, et agentur eller en lignende virksomhed. Filialværnetinget kan således ikke benyttes, når der blot foreligger en midlertid tilstedeværelse eller når forbindelsen med den stat, hvor der påtænkes anlagt sag, hviler på et spinklere grundlag end filialen.

Ved en »filial« forstår jeg (og på samme måde opfatter jeg begreberne »succursale« og »Zweigniederlassung«) en lokal forretning for en hovedvirksomhed (uanset om den ejes af et selskab eller en fysisk person), der varigt afslutter forretninger på hovedvirksomhedens vegne, for dennes regning og under dennes kontrol. Begreberne »agentur« og »lignende virksomhed« må efter min opfattelse i vidt omfang forstås på samme måde, nemlig som betegnelse for en forretning, der har en sekundær karakter i forhold til hovedvirksomheden, selv om begrebet »lignende virksomhed« kan forstås noget videre end begrebet »filial«. Begrebet »agentur« sigter for mig at se udelukkende til det sted, hvor agenten handler for fuldmagtsgiveren.

Efter min opfattelse betegner ordet »filial« efter almindelig sprogbrug normalt et sted, som tilhører ejeren af en større forretning. Såfremt man tager ordene »filial, et agentur eller en lignende virksomhed« i artikel 5, punkt 5, bogstaveligt, kan man sige, at disse foretagender såvel retligt som faktisk skal tilhøre ejeren af hovedvirksomheden. Hvis stedet for den pågældende forretning derimod tilhører en anden, kan den ikke siges at være filial for ejeren af hovedvirksomheden, selv om denne anden er ejerens agent, repræsentant eller kompagnon.

Dette vil give den bedst tænkelige beskyttelse af de sagsøgte parter og udgøre den mest indskrænkende fortolkning af artikel 5, punkt 5, hvilket alt i alt betyder den mindst tænkelige indskrænking af hovedreglen i artikel 2. Dette er et tiltrækkende resultat, idet det er relativt let at anvende.

Der må imidlertid også tages hensyn til sagsøgernes interesser. Såfremt indehavere af en forretning, som er etableret i en kontraherende stat, kan sikre sig imod i konventionens forstand at besidde en filial, et agentur eller en lignende virksomhed i en anden medlemsstat, ved at oprette et selskab dér, som faktisk — om ikke også retligt — udgør et fuldkomment alter ego, kan man med lige så stor ret sige, at der foreligger en tilsidesættelse af formålet med artikel 5, punkt 5. En person, som handler med hovedvirksomheden via det andet selskab, vil nemlig herved blive frataget den søgsmålsret, vedkommende ellers ville have haft, såfremt hovedindehaveren havde åbnet et kontor eller en anden virksomhed som sin ejendom og i eget navn. I virkeligheden er disse to situationer meget ens.

Da artikel 5, punkt 5, altså efter min opfattelse er udformet såvel i de sagsøgende som i de sagsøgte parters interesse, må der foretages en afvejning af de modstridende interesser.

I dommen Somafer-sagen antog Domstolen, at to betingelser skulle være opfyldt, for at der kan foreligge en filial, et agentur eller en lignende virksomhed. For det første skal der findes et forretningssted med et vist varigt præg og med en ledelse, der kan afslutte forretninger (hvilket beskytter sagsøgte mod sagsanlæg i kraft af en midlertidig tilstedeværelse eller en tilstedeværelse i en vis overgangsperiode). For det andet skal tredjemand være klar over, at han ikke behøver henvende sig direkte til hovedvirksomheden, men kan indgå aftaler med det lokale forretningssted.

Jeg mener, at denne anden betingelse normalt er opfyldt, når filialen eller den lignende virksomhed ejes af hovedvirksomhedens indehaver (og bærer dennes navn). Hvis indehaveren imidlertid får en anden person eller et selskab til at optræde på en sådan måde, at tredjemand foranlediges til at tro, at han — i bevidstheden om, »at der eventuelt opstår en retlig forbindelse med den i udlandet hjemmehørende hovedvirksomhed« — kan handle med vedkommende anden person eller det andet selskab, og at disse udgør indehaverens repræsentation eller lokale forretning, finder jeg, at denne anden persons eller det andet selskabs forretningssted bør betragtes som indehaverens filial, agentur eller lignende virksomhed, hvormed der kan indgås kontrakter, og som kan sagsøges i medfør af artikel 5, punkt 5, i den stat, hvor forretningsstedet befinder sig.

En sådan situation kan meget vel opstå, når et selskab af en eller anden grund opretter en underafdeling i en anden kontraherende stat, som det er eneindehaver af. Jeg mener imidlertid ikke, at begrebet »filial« eller »lignende virksomhed« skal vurderes ud fra betragtninger vedrørende den formelle selskabsstruktur eller ejendomsforholdet. Det afgørende er, om indehaveren af hovedvirksomheden har fremkaldt det indtryk, at det andet selskab er et forretningssted, som tredjemand kan handle med med bindende virkning for hovedvirksomheden, og som tredjemand faktisk har handlet med i tillid hertil.

Denne situation kan ikke blot opstå med et 100% ejet datterselskab, men også mellem to indbyrdes forbundne firmaer. Situationen vil endvidere kunne opstå — omend uden tvivl noget sjældnere — når hovedvirksomheden handler på underafdelingens vegne (f. eks. når de hver for sig hovedsagelig er beskæftiget med fremstillingen af forskellige produkter, men hver af dem indgår visse aftaler vedrørende det andet firmas hovedprodukt). Såfremt det er væsentligere, hvilket indtryk, der fremkaldes, end selve ejerforholdet, er der intet urimeligt ved dette resultat. Princippet bør imidlertid ikke begrænses til udelukkende at gælde forholdet mellem firmaer, men bør også kunne anvendes på fysiske personer, forudsat det i det hele er anvendeligt. Således behøver indehaverens faktiske kontrol med en fysisk person ikke nødvendigvis være mindre end et hovedselskabs kontrol med en 100% ejet underafdeling.

Betingelsen er ikke let at opfylde. Der skal således foreligge en række »ydre kendetegn, som skal fremtræde på en sådan måde, at det uden besværlighed kan fastslås, at der er tale om en 'filial'« (jfr. Somafer-sagen,

s. 2193), og denne skal endvidere »i tredjemands øjne uden større besvær kunne anses for en del af hovedvirksomhedens repræsentation« (jfr. Blanckaert-dommen, s. 829). Det er naturligvis vanskeligere for en national ret at afgøre dette spørgsmål end at fastslå forretningsstedets ejerforhold, men det er ikke nogen umulig opgave. På grundlag af sagens faktiske omstændigheder må den nationale ret altså afgøre, hvorvidt forretningsstedet fremtræder på den angivne måde, dels om tredjemand har handlet i tillid hertil. Der bør herved tages hensyn til, om der foreligger identitet i henseende til navn og ledelse, hvorledes forretningsførelsen foregår, graden af kontrol, samt hvorvidt den ene handler til varetagelse af den andens interesser og i dennes navn og hvorledes den angivne hovedvirksomhed og filialen betegner hinanden over for tredjemand.

Trods den overbevisende kraft, som modargumenterne må siges at indeholde (de er desværre ikke blevet nærmere uddybet af Domstolen), og som taler for en indskrænkende fortolkning af begreberne »filial«, »agentur« eller »lignende virksomhed« — hvilket altså vil føre til, at begreberne må fortolkes på grundlag af ejerforholdene — hælder jeg som sagt til den opfattelse, at såfremt indehaveren af en virksomhed, som er bosat i en medlemsstat, behandler et forretningssted i en anden medlemsstat som en del af sin egen forretning, under sin ledelse og kontrol, og såfremt også tredjemand klart opfatter det på denne måde, bør forretningsstedet anses for en filial, et agentur eller en lignende virksomhed i konventionens artikel 5, punkt 5's forstand, selv om det ejes og ledes af en anden person eller et andet firma. Dette resultat finder jeg ikke er i modstrid, men ligger snarere tættere op ad det princip, som er kommet til udtryk i Jenard-rapporten, hvorefter det »for vedtagelsen af 'specielle' kompetenceregler var en yderligere grund, at der er en snæver forbindelse mellem en retstvist og den ret, der er kompetent til at afgøre den«.

Det franske Rothschild-firmas andet argument er, at tvisten ikke vedrører »driften« af det tyske Rothschild-firma, da de i sagen omhandlede kontrakter udelukkende blev indgået med det franske Rothschild-firma. Den nationale ret har ikke anmodet om en præjudiciel afgørelse af dette spørgsmål, men henvist til dommen i Somafer-sagen, hvorefter begrebet »driften« også omfatter tvister vedrørende de forpligtelser, forretningsstedet har påtaget sig på hovedvirksomhedens vegne, og som skal opfyldes i den kontraherende stat, hvor det er etableret.

Under hensyn til, at den nationale ret ikke har anmodet om en præjudiciel afgørelse af spørgsmålet, er det måske bedre at lade være med at omtale det. For det tilfælde, at Domstolen skulle have en anden opfattelse, skal jeg dog alligevel kort behandle spørgsmålet.

Der findes endnu ingen domspraksis om, hvorledes begrebet »sager vedrørende driften af« en filial, etc. skal fortolkes, bortset fra Somafer-sagen. Sådan som dommen er formuleret, synes den at måtte forstås på den måde, at det er filialen, der skal have indgået kontrakten på hovedvirksomhedens vegne. Dette synes at udelukke det tilfælde, hvor filialen fører alle forhandlingerne, men hvor den endelige kontrakt underskrives af hovedvirksomheden. Var dommen ikke formuleret på denne måde, ville jeg have forstået den foregående præmis (præmis 12) som tilstrækkelig vid til også at dække de tilfælde, hvor filialen har ført samtlige forhandlinger på hovedvirksomhedens vegne, men hvor den endelige kontrakt (»eventuelt opstår en retlig forbindelse med den«) er blevet underskrevet af hovedvirksomheden. Uden præmis 13 ville jeg således have anlagt en videre fortolkning af begrebet »sager vedrørende driften af en filial«. Under samme forudsætning finder jeg, at man næppe kan udlede den begrænsning af artikel 5, punkt 5, at de påtagne forpligtelser »skal opfyldes

i den kontraherende stat, hvor det (dvs. forretningsstedet) er etableret«. Var kontrakten i denne sag således blevet underskrevet af en tysk filial på det franske Rothschild-firmas vegne, men skulle leveringen af varerne fortsat være sket i Puteaux (Frankrig), mener jeg, at det følger af artikel 5, punkt 5's formål, at Schotte i så fald ville have kunnet anlægge sag i Tyskland mod det franske Rothschild-firma.

Jeg skal imidlertid ikke gå yderligere ind på disse spørgsmål, da de som sagt ikke er omhandlet i den præjudicielle forelæggelse. Den nationale ret vil måske finde det fornødent at tage dem op til fornyet overvejelse, såfremt den føler sig overbevist om, at der også virkelig fandtes en filial, et agentur eller en lignende virksomhed for det franske Rothschild-firma i Forbundsrepublikken Tyskland.

Som følge af det anførte skal jeg sammenfattende foreslå Domstolen at besvare det forelagte spørgsmål på følgende måde:

»Værnetinget for en filial, et agentur eller en lignende virksomhed i henhold til artikel 5, punkt 5, i Konventionen af 27. september 1968 om Retternes Kompentence og om Fuldbyrdelse af Retsafgørelser i Borgerlige Sager, herunder Handelssager, kan også benyttes i tilfælde, hvor to selvstændige juridiske personer — hvoraf den ene er oprettet efter lovgivningen i én kontraherende stat med sæde i denne stat, og den anden oprettet efter lovgivningen i en anden kontraherende stat og med sæde dér — har samme navn og fælles direktion, når sidstnævnte afslutter forretninger under førstnævntes ledelse og kontrol og over for tredjemand fremtræder som en repræsentation for førstnævnte eller som forretningssted for denne, og når tredjemand har handlet med sidstnævnte i tillid hertil.«

Kommissionens og den tyske regerings omkostninger kan ikke godtgøres. Afgørelsen vedrørende omkostningerne i hovedsagen træffes af den nationale ret.