

### **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts anteckningar från 20-årsjubileet i Rom 9–10 maj 2014**

UNIDROIT Principles lanserades 1994 och har fått betydelse som inspiration till nationella lagstiftare, akademiska analyser, att fylla luckor i nationell avtalsrätt samt som ett alternativ till tillämplig lag i skiljeförfaranden. Många intressanta talare medverkade i den konferens som hölls i samband med principernas 20-årsjubileum i Rom i maj 2014. Deras inlägg kommer att publiceras i *Uniform Law Review*. Här följer en sammanfattning av vad som sades.<sup>1</sup>

#### *UNIDROIT Principles roll i internationell kontraktspraxis*

Klaus Peter Berger, Fabio Bortolotti och Hans van Houtte talade på temat UNIDROIT Principles roll i internationell kontraktspraxis.

Berger anser att UNIDROIT Principles framgång ligger i dess hybridkaraktär. Berger förklarade att principerna fungerar som ett supplement till nationell rätt. Han redogjorde för ett skiljeförfarande där skiljenämnden vid tolkningen av den nederländska civilkodens regler om ändrade förhållanden tog hjälp av UNIDROIT Principles Chapter 6 Section 2 (hardship). Berger uttryckte att reformen av modellklausulerna för hur man kan göra UNIDROIT Principles till en del av parternas avtal var bra eftersom den tydliggör hur principerna kan komma in på olika nivåer; t.ex. överordnade eller underordnade CISG.<sup>2</sup>

Bortolotti framhöll att UNIDROIT Principles styrka ligger i att de är lättförståeliga och balanserade. Han beklagade att jurister i allmänhet är benägna att komplicera saker i onödan och han trodde att det är förklaringen till varför nationell rätt är så (negativt) tyngd av den historiska utvecklingen.

Bortolotti önskar att UNIDROIT Principles Art. 3.2.7(1)(a) (*gross disparity*) ändras så att referensen till att den ena partens bristande erfarenhet vid affärsförhandlingar inte är relevant vid bedömningen av oskälighet. Han är också kritisk till bestämmelsen i artikel 6.2.3(4)(b) som gör det möjligt för domaren att jämka ett avtal som blivit oskäligt på grund av ändrade förhållanden (hardship). Han anser att det är lämpligare att den enda rättsföljden är att avtalet kan förklaras ogiltigt.<sup>3</sup>

Bortolotti redogjorde för ICC:s nya modellklausuler om tillämplig lag (vilket inte är samma sak som UNIDROIT:s modellklausuler) som i flera varianter hänvisar till UNIDROIT Principles. Bortolotti anser att UNIDROIT Principles ger tillräcklig förutsebarhet och i vart fall inte ger mindre förutsebarhet än nationell rätt.

Van Houtte talade om ansvaret i samband med avtalsförhandlingarna (*culpa in contrahendo*, *precontractual liability*). Han redogjorde för ett beslut i ett ICSID-skiljeförfarande (International Center for Settlement of Investment Disputes) där skiljemännen refererade till UNIDROIT Principles. Det rörde en tvist mellan en investerare och Turkiet om ett turkiskt kraftverk. Parterna hade förhandlat i fyra år och enats om ett

<sup>1</sup> Denna artikel baseras på mina anteckningar under konferensen och jag kan självklart ha missuppfattat något.

<sup>2</sup> Se <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>.

<sup>3</sup> Till detta vill jag kommentera att för en svensk är inte lösningen i UNIDROIT Principles om hardship särskilt kontroversiell eftersom den motsvarar vad som gäller enligt 36 § avtalslagen.

”*skeleton agreement*” som behövde fyllas ut med detaljer. Därefter inträffade politiska förändringar i Turkiet. Parterna förhandlade i ytterligare tre år. Därefter avbröt investeraren förhandlingarna och stämde Turkiet med hänvisning till att Turkiet agerat illojalt under förhandlingarna. Skiljenämnden beviljade investeraren skadestånd med stöd av UNIDROIT Principles Art. 2.1.15 (*precontractual liability*). Turkiet borde ha informerat investeraren om de politiska problemen så att investeraren hade kunnat undvika onödiga förhandlingskostnader under tre år.

Van Houtte berättade om ett problem som är vanligt förekommande i samband med privata och offentliga upphandlingar, när en leverantör behöver avtala med en underleverantör om leverantören vinner upphandlingen. Van Houtte menade att leverantören inte kan träffa ett villkorat avtal med underleverantören innan han säkert vet om han kommer att vinna upphandlingen. För dessa situationer är van Houtte osäker på vad skyldigheten att förhandla lojalt (*in good faith*) enligt UNIDROIT Principles Art. 2.1.15 egentligen innebär.<sup>4</sup>

Därutöver kritiserade van Houtte UNIDROIT Principles Art. 4.6 (*the contra proferentem rule*) — närmast motsvarande oklarhetsregeln i svensk rätt. Han sa att han inte förstår vad den betyder.<sup>5</sup>

#### *UNIDROIT Principles i internationella investeringstvister*

Piero Bernardini, Guiditta Cordero-Moss, Jan Kleinheisterkamp och August Reinisch talade på temat UNIDROIT Principles i internationella investeringstvister.

Bernardini ansåg att UNIDROIT Principles är relevanta för internationella investeringstvister som en källa till kunskap om allmänna internationella offentlighetsrättsliga principer — men inte som supplement till nationell offentlig rätt. Flera kommentatorer, däribland Alberto Mazzoni, ansåg att UNIDROIT Principles inte är relevanta över huvud taget för offentlig rätt.

Cordero-Moss tog upp frågan hur UNIDROIT Principles interagerar med offentlig rätt, som ju är ett viktigt inslag i internationella investeringstvister. Hon varnade för att tillämpa UNIDROIT Principles utanför sitt tillämpningsområde. Hon betonade att UNIDROIT Principles inte är överordnade internationell offentlig rätt (*international public law*).

Kleinheisterkamp påtalade bristen på legitimitet i internationella investeringstvister och behovet av förutsebarhet. Han förklarade att ICSID-systemet är ett försök att tillfredsställa detta behov men att det inte ger tillräcklig säkerhet för investerare. Han menar att det skulle vara idé att försöka utforma en internationell *public law régime* som skulle ta sin utgångspunkt i komparativa studier om expropriation etc. för att finna en balans eller kärna (*common core*) mellan offentliga och privata intressen. Ett sådant projekt skulle kunna leda fram till ett internationellt instrument tillämpligt i ICSID-tvister.

Reinisch påtalade att det finns få referenser till UNIDROIT Principles i ICSID-skiljeförfaranden. Förklaringen ligger i att tvisterna endast sällan handlar om avtalsrättsliga problem, utan om konventioner och överenskommelser rörande äganderätt. En deltagare påpekade i detta samman-

<sup>4</sup> Jag skulle i ett sådant här fall rekommendera leverantören att sluta ett bindande avtal med underleverantören som är villkorat av att leverantören vinner upphandlingen.

<sup>5</sup> Jag är själv lika oförstående. Se Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2014, kap. 9.9.

hang att en skiljenämnd i en afrikansk investeringstvist refererade till UNIDROIT Principles Art. 7.4.3(2) (*loss of chance*) i samband med beräkningen av skadestånd.

*UNIDROIT Principles tillämpning i internationella skiljeförfaranden*

Bland andra Francesca Mazza, Horacio Grigera Naon, Herbert Kronke och Yves Derains talade på temat UNIDROIT Principles tillämpning i internationella skiljeförfaranden.

Mazza presenterade en undersökning hon gjort av ICC-skiljeförfaranden och förklarade att under de undersökta fem åren hade ICC-skiljenämnder uttryckligen refererat till UNIDROIT Principles i 119 förfaranden. I fem av förfarandena hade parterna uttryckligen hänvisat till principerna i sitt avtal. Därutöver fanns fall då skiljenämnden tillämpat UNIDROIT Principles när parterna i avtalet hänvisat till allmänna internationella principer eller liknande. Skiljenämnder hade också tillämpat UNIDROIT Principles när parternas avtal helt saknade referens till tillämplig lag. I flera skiljedomar fungerade UNIDROIT Principles som komplement till CISG eller andra internationella instrument. Skiljenämnder hade också tillämpat UNIDROIT Principles som uttryck för internationellt handelsbruk. Skiljenämnderna hade särskilt ofta refererat till UNIDROIT Principles kapitel 1 (allmänna bestämmelser), kapitel 4 (avtalstolkning) och kapitel 7 (påföljder vid avtalsbrott). Referenserna skedde i relation till många olika avtalstyper, bl.a. köp, entreprenad, återförsäljaravtal och rådgivning.

Mazza påpekade att avtalsskrivare och skiljemän sällan är experter på internationell privaträtt och frågan om tillämplig lag. Hon anser därför att det skulle vara lämpligt att skiljemän aktivt introducerade frågan om tillämpligheten av UNIDROIT Principles i början av skiljeförfarandet. Vidare rekommenderar hon företag som agerar i många länder att referera till UNIDROIT Principles i sina standardavtal. Hon anser att principerna fungerar utmärkt för t.ex. entreprenadavtal.

Grigera påpekade att försiktiga skiljemän tillämpar UNIDROIT Principles utan att uttryckligen hänvisa till dem i syfte att minska risken för att skiljedomen klandras.

Kronke redogjorde för ett skiljeförfarande där skiljenämnden i en preliminär skiljedom skulle fastställa tillämplig lag och parterna hänvisade till olika jurisdiktioner. Skiljenämnden informerade då parterna om att den eventuellt skulle komma till slutsatsen att UNIDROIT Principles var tillämpliga och gav parterna tillfälle att kommentera detta. Båda parterna vidhöll sin respektive förstahandsinställning, att deras egna nationella rätt var tillämplig, men båda parterna gjorde i andra hand gällande att UNIDROIT Principles skulle tillämpas. Skiljenämnden beslutade att tillämpa UNIDROIT Principles. Detta var enligt Kronke en praktisk lösning i en svår situation där det inte av avtalet framgick vilken lag som var tillämplig.

Därefter redogjorde Kronke för ett annat skiljeförfarande där parterna kommit överens om en komplicerad modell för att bestämma priset på metalleveranser. Resultatet av modellen blev att *säljaren* var tvungen att betala köparen för leveranserna. Skiljenämnden justerade pris-klausulen med referens till UNIDROIT Principles Chapter 6 Section 2 om hardship.

Slutligen nämnde Kronke i förbifarten att han ansåg att bevisbördereglerna i ALI (UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure) är ett bra ämne för en doktorsavhandling.

Derains varnade skiljemän för att tillämpa UNIDROIT Principles utan stöd eftersom det utgör en klandergrund i vissa länder. Han berättade att det i Schweiz finns lagstadgade speciella regler om tillämplig lag i skiljeförfaranden. Derains framhöll vikten av att skiljenämnden informerar parterna om den har för avsikt att tillämpa UNIDROIT Principles. Det är viktigt att inte överraska parterna i detta avseende. Derains anser att det allra bästa är om skiljenämnden inhämtar parternas uttryckliga godkännande att tillämpa UNIDROIT Principles.

Under den efterföljande diskussionen tog Joachim Bonell upp frågan om UNIDROIT Principles ställning som handelsbruk och konstaterade att alla artiklarna inte motsvarar handelsbruk. Han riktade uppmärksamhet mot Kina, där UNIDROIT Principles kan åberopas i nationell domstol endast i den utsträckning de utgör handelsbruk.

José Angelo Estrella Faria påpekade att internationella organisationer ofta inte vill att nationell rätt ska vara tillämplig. Han kan se en tendens att sådana organisationer i sina avtal ersätter referensen till ”*general international law*” med referenser till UNIDROIT Principles.

En allmän diskussion mellan van Houtte, Bortolotti, Bonell, Mazza och Kronke följde rörande i vad mån UNIDROIT Principles ger tillräcklig vägledning. Alla var eniga om att UNIDROIT Principles ger minst lika hög grad av förutsebarhet och tydlighet som nationell rätt. Mazza sa att ”*we must make those unknown unknowns known*” vilket alla höll med om. Med detta avsåg hon antagligen att det är viktigt att jurister lär sig identifiera osäkra rättslägen i nationell rätt och vågar konstatera öppet att det föreligger osäkerhet.

#### *UNIDROIT Principles som källa till att fastställa innehållet i nationell rätt*

De inledande talarna på konferensens sista ämne om UNIDROIT Principles som källa till att fastställa innehållet i nationell rätt var Michael Bridge, Maria Chiara Malaguti, Ralf Michaels och jag själv.

Bridge behandlade relationen mellan CISG och UNIDROIT Principles. Han tog upp problemet med att CISG saknar en kontext (”Hinterland”), dvs. en omgivande miljö och att det därför är svårt att tillämpa CISG isolerat. Han menar att det föreligger ett stort behov av komplement till CISG, t.ex. rörande ogiltighetsfrågor, betalningsvaluta, platsen för betalning och när betalning sker. Han kritiserade CISG Art. 78 om dröjsmålsränta för att bestämmelsen döljer en medveten otydlighet. Han anser att dröjsmålsränta är ett sorts skadestånd, vilket enligt hans analys inte verkar vara hur CISG eller UNIDROIT Principles ser på saken. Bridge uttryckte allmän kritik mot både CISG och UNIDROIT Principles och menade att de är av mycket lägre kvalitet än engelsk rätt. Han är särskilt kritisk mot CISG Art. 25 om väsentligt avtalsbrott, CISG Art. 79 om *force majeure* och UNIDROIT Principles Chapter 6 Section 2 om *hardship*. Slutligen förklarade han att han är en stark anhängare av principen om *pacta sunt servanda*.

Malaguti redogjorde för tre fall där den italienska högsta domstolen använt UNIDROIT Principles som en sorts *restatement*. Hon betonade, i likhet med Cordero-Moss och Mazzoni, att UNIDROIT Principles inte är lämpliga att tillämpa utanför avtalsrättens område.

Michaels konstaterade att UNIDROIT Principles förefaller minska i betydelse jämfört med för fem år sedan. Michaels förklarade att han inte ville se en *global commercial contract convention*. Han anser att UNIDROIT Principles är bra som en vag och flexibel bakgrund till nationell rätt.

Slutligen talade jag om UNIDROIT Principles betydelse för svensk avtalsrätt och om hur UNIDROIT Principles struktur och många enskilda bestämmelser inspirerat arbetet med [www.avtalslagen2010.se](http://www.avtalslagen2010.se). Jag beskrev hur UNIDROIT Principles indirekt påverkar presentationen (the interface) av svensk avtalsrätt eftersom många praktiskt verksamma jurister ofta hittar stöd i sitt vardagliga arbete på webbsidan. (Under februari — april 2014 hade websidan 6 400 besök av ungefär 1 500 unika användare varje månad.) Jag citerade Kurt Grönfors, som i maj 1994 stegade fram i korridoren på Göteborgs universitet och höll upp en illande röd bok som han hämtat i sitt postfack och utropade: ”Detta är historia! Detta är historia!” Avslutningsvis konstaterade jag att vi nu efter 20 år kan konstatera att Kurt Grönfors hade rätt.

#### *Slutdiskussion*

Konferensen avslutades med en ganska lång allmän diskussion. Faria sa att UNIDROIT Principles inte har fått så stor betydelse som *lex contractus* genom parternas hänvisningar i avtal. UNIDROIT Principles betydelse ligger främst i att de utgör en auktoritativ rättskälla av god kvalitet jämställd med juridisk doktrin. Han klargjorde vidare att UNIDROIT Principles inte är ett *restatement* eftersom syftet med principerna varit att fånga den mest lämpliga regeln. Det är alltså inte ett de-lege-lata-instrument utan — i vart fall delvis — ett de-lege-ferenda-instrument. Mazza höll med om detta och tillade att UNIDROIT Principles inspirerar på en *piece-by-piece basis* och ger viktig vägledning i enskilda fall. Christine Chappius sa att UNIDROIT Principles är ett mycket bra verktyg för att överbrygga missförstånd mellan jurister från olika länder (t.ex. med avseende på det franska institutet *cause* och det engelska institutet *consideration*).

Alexander Komarov påpekade att UNIDROIT Principles betydelse varierar beroende på olika länders kultur. Den ryska högsta domstolen refererar ofta till UNIDROIT Principles. Principerna är accepterade i Ryssland som en beskrivning av internationellt handelsbruk. Han ser varje år skiljedomar med referenser till UNIDROIT Principles.

Berger anser att UNIDROIT Principles fungerar som en barriär mot att den lavin av konsumentlagstiftning som via EU kryper in i den kommersiella avtalsrätten. Han berättade att det i Tyskland finns ett förslag att inte tillämpa tysk rättspraxis beträffande frågan om inkludering av standardavtal (som uppställt väldigt stränga krav för att standardavtal ska vara inkluderade) och istället tillämpa UNIDROIT Principles regler — som är mer i harmoni med kommersiella realiteter.

Den som vill ta del av referenser och mer av innehållet i konferensen, rekommenderas att läsa kommande nummer av *Uniform Law Review*.

*Christina Ramberg*