



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alida Aspelund Liljequist

DCFR
-ett steg mot en
social avtalsrätt?

Examensarbete
30 högskolepoäng

Patrik Lindskoug

Allmän förmögenhetsrätt, EU-rätt

Termin ht 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Problemformulering	8
1.3 Metod och material	8
1.4 Disposition och avgränsningar	9
2 DCFR	10
2.1 Inledning	10
2.2 DCFR - Ett steg mot europeisering	11
2.3 Dominerande principer i DCFR	12
2.3.1 Övergripande sociala aspekter	12
2.3.2 Solidaritet, socialt ansvar och mångfald	12
2.4 Model rules - DCFR:s utformning	13
2.5 DCFR:s användningsområden	13
2.6 Kritik som riktats mot DCFR	14
2.6.1 Terminologi - och gränsdragningsproblematik	14
2.6.2 Ytterligare kritik gällande omfattningen	15
3 DISKRIMINERING och DCFR	16
3.1 Inledning	16
3.2 Indirekt respektive direkt diskriminering	17
3.2.1 Allmänt	17
3.2.2 Tillkomst och innebörd	17
3.3 Positiv särbehandling	18
3.4 Fri rörlighet och EU-medborgarskapet	19
3.5 DCFR:s diskrimineringsgrunder	20
3.5.1 Allmänt	20
3.5.2 Artikel II.-2:101:Rätten till icke-diskriminering	20
3.5.3 Diskriminering baserat på kön	21
3.5.4 Etnicitet och "rastillhörighet"	22
3.5.5 Trakasserier	22
3.5.6 Instruktioner att diskriminera någon	23
3.5.7 Undantag	23
3.5.8 Icke-diskrimineringsbestämmelserna omfattning	24
3.6 Kompenserande åtgärder	25
4 AVTALSFRIHET	27
4.1 Inledning	27
4.2 Harmonisering	27
4.3 Två former av oklarhet	28
4.3.1 Oklarhet till följd av struktur	28

4.3.2 Oklarhet till följd av vaga normer och olikartad tolkning	29
4.4 Avtalsfrihetsbegränsande åtgärder	30
4.4.1 Avtalsrättens funktion	30
4.4.2 Kategorier av begränsningar	30
4.4.3 Gränsdragningsproblem	31
4.4.4 Transaktionskostnader	31
4.5 EU-domstolens roll i avtalsrättens harmonisering	32
5 AVTALSFRIHET KONTRA PRINCIPEN OM ICKE-DISKRIMINERING	33
5.1 Inledning	33
5.2 Icke-diskriminering som ett problem inom avtalsrätten	33
5.2.1 DCFR	33
5.2.2 När icke-diskrimineringsprincipen är legitim	34
5.2.3 När principen om icke-diskriminering kan skapa färre istället för fler möjligheter	35
5.2.4 När principen om icke-diskriminering motsäger sitt syfte	35
5.2.5 När principen om icke-diskriminering hämmar den inre marknaden	36
5.2.6 DCFR:s relation till andra regelverk	37
5.3 Social rättvisa	39
5.3.1 Integration	39
5.3.2 Att mäta social rättvisa	39
5.3.3 Förkastande av social rättvisa eller oreglerad kapitalism genererar ej personlig frihet	40
5.3.4 Olikartade tillämpningar och synsätt	40
5.3.5 Motiv till diskriminering	41
5.3.6 Skönmässig bedömning	42
5.3.7 Positiva effekter på samhället	42
6 AVSLUTANDE ANALYS	43
6.1 DCFR - ett alltför omfattande verk eller snarare för snävt?	43
6.2 Frivilligt eller tvingande instrument	43
6.3 Vikten av en välförankrad lagstiftning	44
6.4 Diskriminering utifrån enskilda bedömningar	45
6.5 Medlemsstaternas engagemang motarbetar status quo	46
6.6 Tolkningssvårigheter	47
6.7 Minimireglering eller full harmonisering	48
6.8 Detaljerad lagstiftning kontra flexibilitet	48
6.9 Social rättvisa och DCFR:s vardagsintegration	49
6.10 Avslutande betraktelser	50
KÄLLFÖRTECKNING	51
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	54

Summary

For several years, there has been an ongoing debate regarding the establishment of a uniform European contract law. The subsequent harmonization process has been driven both on an academic level as well as by the legislative authority of the European Union. Recently established, the Draft Common Frame of Reference, DCFR, is an initial step towards unification of laws. This frame of reference is hitherto soft law but may, in whole or in part, form the basis of a more binding framework, CFR. DCFR adds yet another aspect, namely the individual dimension, by integrating formerly separated disciplines under the domain of private law. This thesis intends to deal with the non-discrimination principle in the light of the freedom of contract with DCFR as its basis. Previously, protective regulations such as non-discrimination provisions mainly fell under the category of Human Rights. Consequently, primarily states could be put on trial for violations. In the so-called model rules, as the Study Group on a European Civil Code presents in the DCFR, the importance of protective regulations within both the civil and commercial domain is highlighted, especially related to contract law. DCFR proposes to integrate social protection into contract law. The internal market is often used as an argument to harmonize this field of law. The harmonization is then created in order to eliminate significant differences that cannot be resolved on the basis of party autonomy, and hence can give rise to distorted competition. Freedom of contract is a core principle in western societies and is a foundation for market economy and EU law. Nevertheless, questions could arise regarding these fundamental principles and whether to prioritize social aspects or the freedom of the internal market. Furthermore, the difficulties lie in finding a consistent interpretation of the DCFR's provisions, partly due to its foundation on vague norms. This distress must, however, be accepted, as argued by parts of the doctrine, if the Europeanization of private law should be realized. The differences stem from EU citizens' divergent interests, preferences and opinions related to the topics DCFR are dealing with, confusion of languages, and distinct attitudes towards social justice. Another aspect is that the participants in a market economy may omit DCFR when applying B2B contracts if DCFR would be established as an optional instrument, and therefore a binding tool is advocated by some authors in the doctrine in order to achieve a coherent application of law.

It can be difficult to predict how strongly socially equitable protection DCFR will be able to create or where the distinction between liberal and social components is to be made in contract law. This is a controversial issue that has strong political connotations. Critics argue that complete prioritization of the social aspects, in fact, can lead to deterioration, as non-discrimination provisions in fact can lead to more discrimination. Citizens would then be lured into a false sense of security that the principle of equal treatment was ensured. Furthermore, overly regulated non-discriminatory provisions might give rise to inhibitory effects on the market and may lead

to agreement failure. One example would be when position announcements are not officially published, but instead advertised internally, supposedly giving rise to an even more discriminatory outcome than would be the case without such legislation in place. The result is reduced transparency, lack of public contracts and a possibility of increased discrimination. The principle of contractual freedom and the non-discrimination principle, respectively, thus threaten to undermine each other's purpose. This thesis, however, argues that it is possible to avoid the mentioned outcome during the course of integration of social protection into the field of contract law. Societies built on a market economy incorporating loyalty, solidarity, and fairness cooperate better than communities in which these social elements are excluded. I believe that DCFR is clarifying that priority of endorsement should be given solidarity, equality and non-discrimination in a way which has not previously been done in private law. The establishment of the DCFR would thus fill a void and bring these otherwise relatively separated fields much closer together as well as adding an individual level. The incorporation of non-discrimination provisions into the civil sphere may hopefully contribute to a more emancipated and integrated European Union and a contract law with a more social character. In order to obtain this change, however, action is required from both the entirety of the legislative authorities of the European Union as well as the market participants, and not the least, the individual EU citizen.

Sammanfattning

Under många år har diskussioner förts kring upprättandet av en enhetlig europeisk avtalsrättslig lagstiftning. Harmoniseringsprocessen har pågått såväl på lagstiftningsplanet som på akademisk nivå. Draft Common Frame of Reference, DCFR, initierades som ytterligare ett steg mot denna tillnärmning av lagstiftning. Nämnda referensram utgör hittills soft law men kan, helt eller delvis, komma att ligga till grund för ett mer bindande regelverk, CFR. Uppsatsen ämnar behandla icke-diskrimineringsprincipen i ljuset av avtalsfriheten med utgångspunkt i DCFR. Tidigare har skyddsbestämmelser såsom icke-diskrimineringsstadganden huvudsakligen fallit under kategorin för mänskliga rättigheter. Följaktligen har främst stater kunnat ställas inför rätta vid kränkningar. I de s.k. model rules som the Study Group on a European Civil Code lägger fram i DCFR, betonas emellertid vikten av skyddsbestämmelserna inom privaträttens domän, i synnerhet relaterat till det avtalsrättsliga området. DCFR avser således att integrera den sociala skyddslagstiftningen i avtalsrätten. Den inre marknaden åberopas ofta som ett argument för att harmonisera detta rättsområde. Harmoniseringen görs då i syfte att eliminera väsentliga skillnader som inte kan lösas på grundval av partsautonomi, och som därmed bl.a. kan ge upphov till snedvriden konkurrens. Inom unionsrätten är avtalsfriheten en central grundsats, varpå det marknadsekonomiska samhället vilar. Emellertid kan avtalsfrihetens korrelation till de sociala aspekterna och skyddsreglerna på den inre marknaden ifrågasättas, samt vilken prioritetsordning som råder när dessa elementära principer står i strid med varandra. Vidare kan svårigheter ligga i att finna en enhetlig tolkning av DCFR:s bestämmelser bl.a. beroende på utformningen med vaga normer. Detta trångmål måste dock accepteras, menar delar av doktrinen, om europeiseringen av privaträtten ska kunna realiseras. Olikheterna bottnar bl.a. i EU-medborgarnas avvikande intressen, preferenser och åsikter relaterat till de ämnen som DCFR behandlar, språkförbistring samt inställningen till social rättvisa. En annan aspekt är att marknadsaktörerna kan komma att avtala bort DCFR vid upprättandet av B2B-kontrakt om produkten utformas som ett fakultativt instrument, varvid ett tvingande verktyg förordas av vissa av författarna i doktrinen, för att uppnå en koherent rättstillämpning.

Det kan vara svårt att förutse hur starkt socialt rättviseskydd som DCFR kommer att kunna skapa eller var gränsen mellan liberala och sociala komponenter ska dras inom avtalsrätten. Den potentiella konflikten är kontroversiell med stark politisk karaktär. Kritiker menar att fullkomlig prioritering av de sociala aspekterna i själva verket kan leda till en försämring, då icke-diskrimineringsbestämmelserna de facto kan ge upphov till mer diskriminering, i vart fall undanskymd sådan. Medborgarna skulle därmed invaggas in en falsk trygghet att likabehandling tillförsäkras dem. Vidare kan en alltför strikt reglerad diskrimineringslagstiftning leda till stagnation eller verka hämmande på marknaden. Företag kan, för att

exempelvis undgå kontroll av sin rekryteringsprocess, välja att i högre utsträckning anställa internt. Följden blir minskad transparens, uteblivna offentliga avtal och istället risk för ökad diskriminering. Avtalsfriheten respektive icke-diskrimineringsprincipen riskerar således att underminera varandras syfte. Det finns emellertid mycket som talar för att detta scenario kan komma att undvikas när den sociala skyddslagstiftningen integreras i den europeiska avtalsrätten. Förespråkare hävdar att marknadsekonomiska samhällen som inkorporerar lojalitet, solidaritet och rättvisa är mer välfungerande än gemenskaper i vilka dessa sociala beståndsdelar uteslutits. Jag anser att DCFR tydliggör att prioritet ska läggas på att lyfta fram solidaritet, jämlikhet och icke-diskriminering på ett sätt som tidigare inte gjorts inom privaträtten. Tillkomsten av DCFR skulle därmed fylla ett tomrum och bringa dessa annars relativt tydligt separerade ämnesområden betydligt närmare varandra samt tillföra en individnivå. Införlivandet av icke-diskrimineringsbestämmelserna i privaträttens sfär kan således förhoppningsvis bidra till en mer emanciperad och integrerad europeisk union och en avtalsrätt med social prägel. För att få tillstånd denna förändring, krävs emellertid en aktion från såväl unionens samtliga rättsinstanser som marknadsaktörer och inte minst den enskilde EU-medborgaren.

Förord

A pessimist sees the difficulty in every opportunity; an optimist sees the opportunity in every difficulty. W.Churchill

Tack alla ni som har stöttat mig när jag själv har tvivlat.

Förkortningar

ACQP	The Principles of the Existing Contract Law
B2B	Business to business
B2C	Business to consumer
C2C	Consumer to consumer
CFR	Common Frame of Reference
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ECHR	Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
ED	Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna
EUD	EU-domstolen
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
ICC	International Chamber of Commerce
INCOTERMS	International Commercial terms
PDEC	Les Principes Directeurs du Droit Européen du Contrat
PECL	Principles of European Contract Law
The Acquis Group	The Research Group on Existing EC Private Law
The Study Group	The Study Group on a European Civil Code
UCC	The Uniform Commercial Code
UNIDROIT Pr.	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den Europeiska unionen är uppbyggd av marknadsekonomier i vilka privat äganderätt, näringsfrihet, etableringsfrihet och avtalsfrihet är elementära instrument som skyddas av diverse regleringar. Emellertid kan åtgärder vilka syftar till att inskränka dessa friheter vara motiverade utifrån skilda hänseenden, exempelvis rättviseaspekter likt diskrimineringsbestämmelser eller för att förhindra missbruk av en dominerande ställning. En grundläggande princip såsom avtalsfriheten kan likaledes stå i konflikt med andra fundamentala begrepp, vilket kommer att leda till att prioriteringar är oundvikliga. Rätten till icke-diskriminering begränsar en parts möjlighet att diskriminera, liksom en rättviseaspekt kan komma att åsidosättas till förmån för en annan. Således är det många intressen som styr lagstiftningsarbetet.

Under de senaste tre decennierna har flertalet arbetsgrupper tillsatts för att utreda huruvida en heltäckande avtalsrätt för Europeiska unionen vore möjlig att utarbeta. Konstellationerna av dessa sammanslutningar har varit varierande med en blandning av verksamma jurister representerande skilda domäner från samtliga jurisdiktioner inom EU, samt ett stort antal akademiker. Spridningen av ledamöter har uppmuntrats av EU-kommissionen för att åstadkomma en övergripande bild av medlemsstaternas nuvarande lagstiftning. År 2009 publicerade the Study Group on a European Civil Code¹ och the Research Group on Existing EC Private Law², ett omfattande arbete i sex volymer kallat Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR).³ Delar av verket är baserat på en annan grupps arbete; The Commission on European Contract Law,⁴ vars insats resulterade i The Principles of European Contract Law; PECL. The Acquis Group inriktade sig på att granska den befintliga allmänna avtalsrätten inom EU medan the Study Group utredde resterande ämnesområden.⁵ Dessa grupper tillhör i sin tur ett nätverk som initierades av EU-kommissionen i början av 2000-talet, som en följd av the Action Plan on A More Coherent European Contract Law. Slutprodukten, dvs. DCFR, syftar således mot en harmoniserad europeisk avtalsrätt. Genom implementering av DCFR ämnas områden som tidigare fallit utanför privaträtten integreras i denna domän, vilket följaktligen kan leda till intressekonflikter såväl för den enskilde EU-medborgaren som för multinationella företag och aktörer på den inre marknaden.

¹Hädanefter benämnt the Study Group.

²Fortsättningsvis används beteckningen the Acquis Group.

³I framställningen betecknat DCFR.

⁴Även kallad Landokommissionen.

⁵von Bar och Clive (ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009.

1.2 Problemformulering

Uppsatsen ämnar behandla icke-diskrimineringsprincipen i ljuset av avtalsfriheten med utgångspunkt i Draft Common Frame of Reference, DCFR. Tidigare har skyddsbestämmelser såsom icke-diskrimineringsstadganden huvudsakligen fallit under kategorin för mänskliga rättigheter. Följaktligen har endast stater kunnat ställas inför rätta vid kränkningar. I de s.k. model rules som the Study Group lägger fram i DCFR, betonas emellertid vikten av skyddsbestämmelserna inom privaträttens domän, i synnerhet relaterat till det avtalsrättsliga området. Således avses den sociala skyddslagstiftningen integreras i avtalsrätten, genom detta nya regelverk. Emellertid kan denna fundamentala icke-diskrimineringsprincip komma att stå i konflikt med grundpelaren i avtalsrätten, dvs. avtalsfriheten. Denna kollision av intressen kommer att belysas. Översiktligt kommer jag även att behandla harmoniseringen av avtalsrätten inom EU eftersom DCFR är ett led i strävan efter en koherent avtalsrättslig lagstiftning. Jag kommer att redogöra för fördelar med DCFR:s tillkomst, såväl de olägenheter som kan uppkomma, relaterat till produktens omfattning som eventuellt tvingande instrument, minimireglering eller enbart vägledande bestämmelser. Likaledes kommer jag att övergripande beskriva DCFR, icke-diskriminering och avtalsfriheten i tre olika avsnitt, för att sedan ställa de två principerna emot varandra i den näst sista delen av uppsatsen. Därav hoppas jag åstadkomma en översiktlig bild för läsaren att kunna skapa sig en uppfattning om denna intressekonflikt. Eftersom den friktion som kan uppkomma principerna emellan har en stark politisk underton samt otaliga vinklingar, kan resultaten av denna analys bli olikartade bl.a. beroende på ideologi och inställning till social rättvisa. I den avslutande delen kommer ett försök till utvärdering att göras samt ett resonemang föras kring några ytterligare frågor som kan väckas. Min problemformulering kan sammanfattas enligt följande; *Den sociala skyddslagstiftningen kontra avtalsfriheten – är det möjligt att integrera icke-diskrimineringsprincipen i avtalsrätten?*

1.3 Metod och material

Vid utformningen av följande uppsats har stor vikt lagts vid diskussionen som förs i doktrinen. Eftersom DCFR är en nyupprättad produkt, som hittills endast haft verkan av soft law, finns det inga rättsfall direkt relaterade till DCFR att tillgå. Den rättsdogmatiska metoden har emellertid i större utsträckning kunnat tillämpas vid utredningen av det avtalsrättsliga - respektive icke-diskrimineringsområdet. Således har bl.a. lagar, direktiv, föreskrifter och förarbeten inom dessa domäner undersökts samt rättspraxis och doktrin behandlats för att skapa förståelse kring frågeställningen. Litteratur som omfattar den rent avtalsrättsliga domänen och icke-diskrimineringsområdet har använts i begränsad utsträckning som hjälpmedel vid författandet av, och debatten kring, berörda kapitel. Under avsnitten gällande nämnda rättsområden har rättspraxis angivits i vissa

footnoter för att illustrera det därunder diskuterade. Vidare har några jämförelser med andra medlemsstater tagits upp för att bl.a. exemplifiera hur tillämpningen av DCFR:s bestämmelser, stundom *kan* komma att ge upphov till skilda resultat, men ibland kan leda till samma utfall. Ett av alla syften med lagstiftningsharmoniseringen inom unionen är att åstadkomma en koherent rättstillämpning, varvid exemplen kan fungera som illustration. Eftersom uppsatsen behandlar avtalsrätt och icke-diskriminering inom EU, anser jag att komparativa studier är nödvändiga, samt att exemplifieringar i footnoterna kan belysa problemställningen ytterligare. Därtill har jag efterforskat ämnesrelaterade artiklar gällande DCFR, avtalsfrihet och icke-diskriminering, för att exempelvis kunna väga för - och nackdelar mot varandra, relaterat till den sociala skyddslagstiftningens inträde på avtalsrättens område. Vidare har offentligt tryck i form av föreskrifter, rapporter och utredningar från EU:s kommission, parlament och ministerråd undersökts. Sistnämnda publikationer berör DCFR:s tillkomst och har således använts för min diskussion kring uppkomsten av detta verk, med dess bakomliggande anledningar och generella syfte. Offentligt tryck har likaledes nyttjats vid författandet av det avtalsrättsliga - respektive icke-diskrimineringskapitlet för att bringa än mer förståelse till dessa avsnitt. I framställningen hänvisas till gällande rätt, såsom EUF, även om majoriteten av de källor jag använt refererar till EG-fördraget. Förändringarna i artikelnummer beror på att Lissabonfördraget inte hade trätt ikraft vid DCFR:s författande. De äldre artiklarna redovisas i mina footnoter och deras nu rådande motsvarighet i EUF återges i uppsatsen.

1.4 Disposition och avgränsningar

I kapitel två redogörs översiktligt för DCFR, dess tillkomst, harmoniseringssyfte och delar av den kritik som riktats mot verket. Nästkommande kapitel behandlar kortfattat EU:s icke-diskrimineringsområde, dess tillblivelse och relation till integrationen inom unionen, samt DCFR:s icke-diskrimineringsbestämmelser och kompenserande åtgärder. Det fjärde kapitlet undersöker avtalsfriheten, avtalsfrihetsbegränsande åtgärder och den nu pågående harmoniseringsprocessen inom det avtalsrättsliga området. I det femte kapitlet ställs icke-diskrimineringsprincipen mot avtalsfriheten. Begreppet social rättvisa beskrivs och motiv för respektive emot tillämpning av diskriminering skildras. Slutligen diskuteras och evalueras frågeställningen i analysdelen och jag resonerar kring ytterligare frågor som kan uppkomma. Framställningen är gjord utifrån ett europeiskt perspektiv.

Debatten kring en social avtalsrätt aktualiserar flertalet frågor med diverse vinklingar. Det är av utrymmesbrist omöjligt att beröra samtliga problemställningar i den här uppsatsen. Exempelvis har rättspolitiska och rättsfilosofiska spörsmål endast utretts i begränsad omfattning. Av samma anledning har rent ekonomiska aspekter inte heller diskuterats närmare.

2 DCFR

*Contractual relations must be put on a more secure footing, as differences between Member States' legislation in the contract law field can prevent traders from reaping the full benefits of the single market.*⁶

2.1 Inledning

Ett motiv till att DCFR skapats är för att säkerställa den ekonomiska välfärden för medborgare och affärsverksamheter inom EU. För att garantera detta välstånd måste den inre marknaden fungera så friktionsfritt som möjligt. Om detta löfte ska infrias genom ökad tillgänglighet och förbättrad implementering av EU-lagstiftningen, eller genom utvecklandet av ett eller flera frivilliga instrument, avgörs på politisk nivå. Upphovsmännen till DCFR anser likaledes att verket - om den politiska viljan finns - skulle kunna bidra till att upprätthålla EU:s övergripande mål; fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital, genom att etablera den arena av frihet, säkerhet och rättvisa, som DCFR förespråkar.⁷

Utgångspunkten för DCFR är att produktens bestämmelser ska vara en vägledning för hur privata aktörer ska agera inom EU. DCFR ger således en mer uttömmande tolkning av idén om en social marknadsekonomi, initialt statuerad i Lissabonfördraget.⁸ År 2004 framhöll parlamentet *the importance of taking into account the European social model when harmonising contract law*,⁹ vilket därmed leder till att DCFR måste uppfylla vissa uppställda krav relaterat till detta sociala hänsynstagande. Det sedermera ikraftträdde EUF understryker med större tyngd än dess föregångare, vikten av icke-diskriminering, solidaritet, rättvisa och jämställdhet i ett fritt demokratiskt samhälle.^{10 11} Nämnade sociala rättvis villkor har skaparna av DCFR beaktat, vilket uttrycks explicit i inledningen av verket.^{12 13}

Von Bar och Clive står som utgivare till DCFR, som är en reviderad version från år 2008 då en kortare publikation gavs ut. Den första utgåvan gjordes i hopp om att få in kommentarer angående verket från ett så brett spektra av

⁶Communication from the Commission to the European Parliament and the Council- An area of freedom, security and justice serving the citizen /* COM/2009/0262 final */ [2009]).

⁷von Bar och Clive (ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law--(DCFR), 2009, s.9f.

⁸Art. 3.3 EUF uppställer inrättandet av en "social market economy, aiming at full employment and social progress" som ett av unionens mål.

⁹COM (2004) 651 The European Contract Law and revision and the revision of the acquis the way forward.

¹⁰Hesselink, Common Frame of Reference & Social Justice, 2008, s. 254.

¹¹Art. 2 EUF stadgar följande: *The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.*

¹²Hesselink, Common Frame of Reference & Social Justice, 2008, s. 252.

¹³Det sociala marknadsekonomikravet är dock kontroversiellt, som enligt kritiker är omöjligt att uppfylla utan långtgående strukturförändringar inom EU. Likväl anses målet oförenligt med ett liberalistiskt förhållningssätt. Se även kap. 5. Vidare påtalas svårigheter till följd av en utebliven enhetlig europeisk välfärdsstatsmodell att utgå från, t.ex Esping identifierar tre. För vidare läsning se Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, 1990, och Alber och Gilbert (ed.) *United in Diversity?: Comparing Social Models in Europe and America*, 2010.

EU som möjligt, för att sedan kunna bearbeta anmärkningarna till 2009 års upplaga.¹⁴ Utgivarna är noga med att påpeka att sammanställningen är en akademisk text och inte en politiskt utarbetad sådan. Emellertid menar upphovsmännen att utkastet mycket väl kan transformeras från en DCFR till en CFR. Samtidigt poängteras att förevarande DCFR är en självständig produkt oaktat CFR:s framtida utfall. Skillnaden i framställning av dessa produkter är kortfattat att en CFR som vunnit politisk legitimitet troligtvis inte skulle kunna ha samma räckvidd och detaljerade innehåll som en akademisk DCFR, då verket skulle bli alltför omfattande och svårhanterligt.¹⁵ Med DCFR som gjorts utifrån en reviderad version av PECL, vill upphovsmännen även uppmärksamma den befintliga europeiska privaträtten och likheterna i utövning länderna emellan. Slutsatsen om likvärdig rättstillämpning har dragits dels utifrån de komparativa kommentarer som gjorts, dels utifrån de fåtal existerande domar vilka lett till skilda domslut i olika EU-stater. Vidare hyser författarna hopp om att DCFR ska ge den europeiska privaträtten ett nytt fundament, innefattande ömsesidig förståelse för, och kollektiv överläggning av rättsområdet, samt i förlängningen leda till harmonisering av den europeiska avtalsrätten.¹⁶

2.2 DCFR – Ett steg mot europeisering

EU-kommissionen, understödd av EU-parlamentet och involverade akademiker, driver frågan om DCFR:s införlivande. I ett uttalande från 2009 säger kommissionen att avtalsförhållandena inom EU måste säkerställas eftersom skillnaderna mellan medlemsstaternas avtalsrättsliga lagstiftning kan hindra näringsidkare från att dra full nytta av den inre marknaden.¹⁷ Twigg-Flesner beskriver att få åtgärder har vidtagits för att europeisera avtalsrätten, fränsett somliga regleringar för konsumenter. Författaren menar dock att det år 2001 kom en vändpunkt, då kommissionen drog igång det omfattande arbete som resulterade i DCFR, gällande europeisk avtalsrätt och förändringar inom konsumenträttens *aquis communautaire*.¹⁸ Först genomfördes dessa utredningar som självständiga projekt men kom så småningom att sammanlänkas.¹⁹ För att förbättra avtalsrättens *aquis*, och tillförsäkra dess efterlevnad, upprättades DCFR som ett ramverk för gemensamma principer och terminologi. Samtidigt undersöktes hur åtta konsumenträttsliga direktiv mest fördelaktigt skulle implementeras i medlemsstaternas lagstiftning samt varje reform relaterat till direktiven utgå från den slutliga²⁰ CFR.²¹ DCFR gavs bl.a. som uppgift att stadfästa grundläggande principer inom avtalsrätten. Tre av dessa grundsatser är

¹⁴von Bar och Clive (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*–(DCFR), 2009, s. 2.

¹⁵von Bar och Clive (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*–(DCFR), 2009, s. 3f.

¹⁶von Bar och Clive (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*–(DCFR), 2009, s. 4.

¹⁷Communication from the Commission to the European Parliament and the Council- An area of freedom, security and justice serving the citizen /* COM/2009/0262 final */ [2009]]. Se citatet som inleder kapitel 2, not 6.

¹⁸*Acquis communautaire* förkortas ofta *aquis*, och är benämningen på den ackumulerade lagstiftningen, rättsakter och domstolsbeslut som utgör EU:s regelverk.

¹⁹Kommissionen publicerade tre dokument, år 2001, 2003 och 2004. Communication on European Contract Law från 2001 tillkom för att uppmäna till debatt om den fortsatta utvecklingen inom EU:s avtalsrätt, vilken två år senare följdes upp av A More Coherent European Contract Law- An Action Plan och nästkommande år av European Contract Law and revision and the revision of the *aquis* the way forward.

²⁰Dvs. om sluprodukten skulle vinna politisk legitimitet.

²¹Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 139ff.

avtalsfriheten, avtalets bindande verkan och god tro. Avsteg från avtalsfriheten kan göras genom obligatoriska regler inom avtalsrätten, såsom indispositiva konsumenträttsliga bestämmelser. Från *pacta sunt servanda* består undantaget i rätten att träda ur avtalsförhållandet.²²

2.3 Dominerande principer i DCFR

2.3.1 Övergripande sociala aspekter

Vid skapandet av DCFR identifierades ett antal underliggande principer.²³ Inom denna kategori faller skydd av mänskliga rättigheter, befrämjande av solidaritet och socialt ansvar, bevarande av kulturella och språkliga skillnader samt skydd och gagnande av välfärd och den inre marknaden. Begreppen frihet, säkerhet, rättvisa och effektivitet inryms även de i denna konstellation av övergripande principer. Samtidigt som DCFR:s grundsatser till viss del överlappar kan de likaledes stå i konflikt med varandra.²⁴ Samtliga principer är starkt sammanlänkade med politiska aspekter.²⁵ Vidare tillerkänner DCFR, som nämnts ovan, den allomfattande principen om skydd av mänskliga rättigheter. En av de första artiklarna i verket; I-1:102(2), stipulerar att dessa model rules²⁶ ska läsas i ljuset av något av de applicerbara instrument som garanterar efterlevnaden av mänskliga rättigheter och fundamentala friheter. Mest explicit framkommer den övergripande principen om skydd av mänskliga rättigheter i bestämmelserna om icke-diskriminering i bok II och III.²⁷ Dessa stadganden kan även betraktas som exempel på regler som stödjer rättvisa och främjar säkerhet.²⁸

2.3.2 Solidaritet, socialt ansvar och mångfald

Inom offentlig rätt är solidaritet och socialt ansvar två ledord, men förknippas inte i samma utsträckning med privaträtten.²⁹ Emellertid har upphovsmännen till DCFR, genom att explicit framhäva begreppen i verket,

²²Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 144f.

²³Innebörden av ordet principles ska, liksom i PECL (se art.1:101(1)) och UNIDROIT Pr., (se preambeln 1§), vara synonymt med regler som inte har verkan av lag utan mer är allmänna riktlinjer. Von Bar och Clive (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – (DCFR)*, 2009, s. 4f.

²⁴von Bar och Clive (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law –(DCFR)*, 2009, s. 8.

²⁵Ytterligare en grupp, L' association Henri Capitant och the Société de législation comparée, är ansluten till DCFR:s nätverk och publicerade *Les Principes Directeurs du Droit Européen du Contrat*, PDEC, år 2008. I PDEC redovisades underliggande principer för den europeiska avtalsrätten, vilka jämfördes med motsvarande principer i flertalet EU-staters system, samt juridiska instrument, såsom CISG, UNIDROIT Pr. och PECL. Utifrån dessa verktyg urskiljdes tre fundamentala principer – liberté, sécurité och loyauté contractuelle – dvs. vikten av frihet, säkerhet och lojalitet vid kontraktsförbindelser. I sin tur underställdes ytterligare principer dessa tre grundpelare. Nyckelorden i ett kontraktuellt förhållande är good faith, fairness och co-operation. Huvudprinciperna och dess underprinciper uttrycktes i elva draft artiklar, utformade för att kunna införas i början av DCFR. The Study Group sympatiserar delvis med upplägget och slutsatserna, dock ifrågasätts PDEC:s utformning, dels för att den endast omfattar avtalsrätt och därmed inte är tillräckligt heltäckande, dels för att det anses olämpligt att inleda DCFR med en grupp av faktiska model rules därför att de verkar på ett annat plan. The Study Group menar att dessa model rules har en mer deskriptiv funktion och att bestämmelserna ibland överlappar men även kan strida mot varandra. Trovärdigheten av DCFR skulle därmed undermineras om dessa model rules kom att infogas i preambeln.

²⁶Jag har valt att behålla den engelska termen, jfr. översättningen ”mallbestämmelser” i COM (2004) 651 p.3.1.3.

²⁷se II.-2:101 till II.-2:105 och III.-1:105, samt i flertalet regler i Bok VI angående non-contractual liability arising out of damage caused to another.

²⁸von Bar och Clive (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR)*, 2009, s. 8.

²⁹von Bar och Clive (ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR)*, 2009, s. 8.

velat understryka ordens betydelse även inom privaträttens område. Med intentionen att göra DCFR:s räckvidd omfattande har the Study Group försökt ta till vara på den europeiska mångfald som råder, genom att ansluta jurister från samtliga rättskulturer och efter varje avsnitt sammanställa reflekterande kommentarer gällande deras ståndpunkter: *this resulted in unity out of diversity, at a soft-law level*.³⁰ För att säkra den rent språkliga mångfalden ämnar the Study Group översätta verket, från det officiella ”draftingspråket” engelska, till majoriteten av de språk som talas inom EU.³¹

2.4 Model rules – DCFR:s utformning

Till största delen är DCFR uppbyggd av model rules,³² med vilket avses att reglerna inte ska ha någon normativ verkan, utan är soft law på likvärdigt sätt som PECL och liknande verk. Återigen påpekar upphovsmännen att det är beroende av den politiska viljan om särskilda regler ska kunna tillämpas som en modell för lagstiftningen eller ej. Vidare poängteras att DCFR har en vidare omfattning än vad PECL har. PECL innefattar bl.a. regler om kontrakts bindande, giltighet, tolkning och innehåll samt genom analogier andra juridiska akter. Flertalet artiklar i verket inbegriper bestämmelser riktade mot privaträtten och generella förpliktelser, exempelvis regler om motfordran och preskription. I denna utsträckning gick PECL:s principer väl utöver avtalsrätten som sådan. DCFR ska dock ta vid där PECL:s omfattning slutar och således öka dess omfång.^{33 34}

2.5 DCFR:s användningsområden

DCFR avser, som tidigare nämnts, att försöka kombinera de bästa lösningarna, ”best solutions”, som finns att tillgå i medlemsstaternas lagstiftningar med den redan existerande *acquis communautaire*³⁵ och bilda en koherent helhet.³⁶ För att möjliggöra denna kombination behövs således omfattande komparativa studier bedrivas. Landokommissionens långtgångna arbete för att finna den bästa lösningen kommer att användas som utgångspunkt, dock med revideringar eftersom deras produkt baserades på ett mindre antal medlemsstater. Åtgärderna kommer emellertid underlättas av att somliga nytillträdde medlemmar redan har haft dessa principer och UNIDROIT Pr. som grundval.³⁷ DCFR ska följaktligen tjäna som underlag för att identifiera skillnader i medlemsstaternas lagstiftning och därmed underlätta det framtida lagstiftningsarbetet. Produkten får då

³⁰von Bar och Clive (ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s. 9.

³¹von Bar och Clive (ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s. 9.

³²Se not 26.

³³von Bar och Clive (ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s. 10f.

³⁴Vidare täcker DCFR s.k. specific contracts med de rättigheter och skyldigheter som följer därav (se bok IV). Likaså omfattas privaträttsliga områden som inte härrör från en kontraktsförbindelse. Däremot inkluderas inte konsumentkrediträtt. Anledningen till detta uteslutande är att DCFR inte hann revideras i tid för att kunna omfatta detta område. I DCFR I-1:101(2) finns en förteckning över de domäner som exkluderas från verkets tillämpningsområde. Framförallt rör det sig om personers ställning eller legala kapacitet, testamente och arv, familjeangelägenheter, arbetsförhållanden, fast egendom och bolagsrätt.

³⁵Se not 18.

³⁶von Bar, Coverage and structure of the academic Common Frame of Reference, 2007, s. 350ff.

³⁷Twigg-Flesner, The Europeanisation of Contract Law, 2008, s. 151.

formen av översättningsverktyg som medvetandegör nationella jurisdiktioners olika inställning till skilda begrepp.^{38 39} Vidare ska verket kunna tillämpas av EUD vid förhandsbesked gällande utvalda delar av EU:s avtalsrätt. Samtidigt kommer DCFR kunna användas som utgångspunkt när nya direktiv ska antas inom avtalsrättens område. På en mer generell nivå är DCFR även tänkt att kunna brukas vid handel och de som bedriver sådan ska kunna vägledas vid eventuella konflikter. Bestämmelserna ska likaledes kunna inkorporeras i avtal som kommissionen eller andra EU-organ ingår.⁴⁰

2.6 Kritik som riktats mot DCFR

2.6.1 Terminologi-och gränsdragningsproblematik

Kritik har riktats mot EU-kommissionen för att inte i tillräckligt stor utsträckning ha beaktat de gränsdragningsproblem som uppstår när avtalsfriheten ställs mot ”co-operation or fairness.” Den uteblivna diskussionen kring dessa problem har lett till att verkets legitimitet ifrågasatts alltmer. En betydelsefull del som DCFR dock bidrar med, menar Twigg-Flesner, är upprättandet av en gemensam terminologi för detta ämnesområde inom europeisk lagstiftning. Likväl är inte heller tillblivelsen friktionsfri, då svårigheter uppstår vid översättning mellan olika språk och DCFR:s terminologi, som syftar till att vara neutral, riskerar att ge upphov till mer eller mindre nyanserade skillnader. Utöver språkliga formuleringsproblem uppstår svårigheter vid definitionsbestämmande när lagstiftaren ämnar upprätta en långtgående begränsning. Ett exempel på denna olägenhet är definitionen av ”kontrakt”, som i princip varje jurisdiktion har en egen bestämning av vad begreppet inkluderar. Likaså finns det många aspekter på när ett avtal anses vara slutet, jämför exempelvis med PECL som ägnar tjugo artiklar åt formationen av kontrakt.⁴¹ Delar av detta problem kan undvikas om DCFR endast utgör model rules för avtalsrätten och ett mer detaljerat annex bifogas. PECL som har varit en viktig utgångspunkt för DCFR, är just uppbyggd utifrån en kombination av principer med detaljerade förklaringar, samt noter som beskriver hur de skilda nationella avtalsrätterna ska ta sig an principerna. Twigg-Flesner menar att eftersom DCFR angriper samtliga aspekter inom avtalsrätten, kommer bestämmelsernas införlivande vara en utmaning, i synnerhet gällande konsumentavtal, eftersom detta område är tydligt policy-baserat. Exempelvis kan rätten att dra sig ur ett avtalsförhållande och konsekvenserna av en sådan handling detaljbestämmas i DCFR. De omständigheter som möjliggör annulleringen av ett ingått avtal, kontrolleras däremot utifrån policy Twigg-Flesner menar att utmaningen ligger i att

³⁸Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 149. Se även Beale, *The future of the Common Frame of Reference*, 2007, s. 257ff.

³⁹Ett rättsfall som exemplifierar vikten av koherent lagstiftning är C-168/00 Leitner, som visade att i somliga medlemsstater, däribland Österrike, omfattades inte ”non-pecuniary loss” i begreppet ”damages”. Denna olägenhet hade kunnat undvikas genom att det i direktivet hade funnits en hänvisning till medlemsstaters olika ståndpunkter.

⁴⁰Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 151, och COM (2010) 348 Green Paper from the Commission on Policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses, p.4.1.

⁴¹Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 145f. och Wagner(ed.), *The Common Frame of Reference: A view from Law & Economics*, 2009, s. 223.

DCFR:s bestämmelser kan innebära avsteg från tidigare grundläggande principer inom avtalsrätten; avvikelser som måste identifieras. Vidare menar författaren att det inte är en ultimata lösning som ska stå att finna utan istället tillhandahållande av flera olika förslag, utifrån vilka medlemsstaten kan välja det mest lämpliga.⁴² Ytterligare kritik som framförts är att verket intar ett för tekniskt förhållningssätt med uteslutande av ekonomiska, sociala och kulturella faktorer när en lösning har klassificerats som ”den bästa”.⁴³ The Group on Social Justice fördömer den uteblivna debatten kring social rättvisa, vilket även Thüsing kommenterar.⁴⁴

2.6.2 Ytterligare kritik gällande omfattningen⁴⁵

Kommissionen har deklarerat att deras intention med slutprodukten CFR inte har varit att skapa en EU-rättslig civilkod⁴⁶ eller någon form av omfattande harmonisering av privaträtten - ett uttalande som dock har ifrågasatts.⁴⁷ Delar av doktrinen anser att risk föreligger att DCFR leder till att avsnitt inom avtalsrätten, som i vissa medlemsstater inte har fått ett stort utrymme, ges ett sådant av verket. DCFR kan då ge upphov till att den nationella avtalslagstiftningen ändras i större utsträckning än vad som avsetts.⁴⁸ Vidare menar Lando att DCFR är ett imponerande akademiskt verk, men att produkten är alltför omfattande för EU att ta till sig. Lando föreslår bl.a. att avgränsningar i DCFR ska göras till att, likt PECL, endast gälla allmän avtalsrätt samt specifika kontrakt.⁴⁹ Ytterligare kritik som har riktats mot DCFR är att produkten både är för detaljerad och utelämnar mycket, vilket ger upphov till osäkerhet som förstärks genom tvetydiga begrepp såsom ”reasonableness” och ”good faith”. Otydligheten kan leda till tolkningar som minimerar den kontraktuella partsautonomin; ett resultat som näringslivet förkastar. Likaså menar motståndare att DCFR:s övergripande princip om *bona fide* reglerar på bekostnad av förutsägbarheten, som är av största vikt i kommersiella avtalsförhållanden, i vilka parterna efterfrågar entydiga bestämmelser.⁵¹ Vidare ifrågasätts om DCFR skulle anta formen av minimireglering. Detta utförande kan orsaka problem på den inre marknaden till följd av osäkerheten som uppkommer kring graden av konsumentskydd.⁵² Därav förespråkar kommissionen full harmonisering.⁵³ Likaså riktas kritik mot den uteblivna debatten kring vikten av att verket utvecklas till ett bindande instrument.⁵⁴ Likaledes kritiserar att det utbredda arbetet inom internationell standardavtalsrätt inte beaktats, vilket Bernitz tror är huvudskälet till att näringslivet inte stödde förslaget.⁵⁵

⁴²Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 146ff.

⁴³Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 156.

⁴⁴Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 189. Se även avsnitt 3.5.8.

⁴⁵ Se även avsnitt 3.5.8 ang. kritik gentemot DCFR:s anti-diskrimineringsbestämmelser.

⁴⁶Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 145, samt COM (2004) 651 *The European Contract Law and revision and the revision of the acquis the way forward*.

⁴⁷Bricháček, (Kleineman (ed.)) *A Common Frame of Reference for European Contract Law*, 2011, s. 41.

⁴⁸Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 150.

⁴⁹Såsom service-och distributionsavtal.

⁵⁰Lando, (Kleineman (ed.)) *A Common Frame of Reference for European Contract Law*, 2011, s. 91.

⁵¹Abbiati, (Kleineman (ed.)) *A Common Frame of Reference for European Contract Law*, 2011, s. 13f.

⁵²Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 175.

⁵³COM (2006) 744, *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, Feb.2007.

⁵⁴Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 179.

⁵⁵Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 143.

3 Diskriminering och DCFR

*Existing legal provisions on equal treatment, which are designed to afford rights to individuals, are inadequate for the elimination of all existing inequalities unless parallel action is taken by governments, both sides of industry and other bodies concerned, to counteract the prejudicial effects on women in employment which arise from social attitudes, behaviour and structures.*⁵⁶

3.1 Inledning

EU:s icke-diskrimineringslagstiftning utgår från artikel 19 EUF.⁵⁷ Av bestämmelsen, som infördes genom Amsterdamfördraget, framgår att EU-rådet tilldelats mandat att vidtaga lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering utifrån vissa grunder,⁵⁸ Emellertid är denna behörighet inte oinskränkt. Efterföljande antidiskrimineringslagstiftning påskyndades efter påtryckningar från bl.a. lobbyorganisationer sedan år 1993. Det första direktivet kom år 2000⁵⁹ och sträckte sig över de snäva gränserna för arbetsrätten och därmed bortom socialpolitiken. Anti-diskrimineringsrätten blev då ett eget område, dock inte utan motsättningar. I början kom kritiken att riktas mot den alltför enkla regleringsmetod som tillämpades, eftersom endast ”racial origin” och etniskt ursprung omfattades. Det efterkommande s.k. Ramdirektivet⁶⁰ var däremot betydligt djärvare i sin utformning, då flertalet diskrimineringsgrunder såsom religion och trosuppfattning, sexuell läggning, funktionsnedsättning samt ålder, även omfattades. Mindre vågat, påpekar däremot Schiek, var att direktivet endast sträckte sig inom arbetsrättens område uteslutandes social trygghet, vilket dessutom redan täcktes av jämställdhetslagstiftning. Direktiven beviljade explicit medlemsstaterna ett visst handlingsutrymme för positiv särbehandling och tvingade dem att etablera effektiva rättsmedel⁶¹ samt att engagera sig i social dialog med icke-statliga aktörer i syfte att öka likabehandlingen i praktiken. En betydelsefull del var att det skapades positiva skyldigheter, främst för offentliga aktörer, att upprätta institutionella förutsättningar för jämlikhet i det civila samhället.⁶² Vidare beskriver Schiek och Chege den mångfacetterade utformningen av EU:s icke-diskrimineringslagstiftning och

⁵⁶Ursprungligen uttalat av Europarådet i preambeln till Recommendation 84/635/EEC of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women (OJ 1984 L 331, p. 34), och hänvisat till i Kalanke-fallet punkt 20, (se not 79 nedan), samt Marchall-fallet punkt 28, (se not 80 nedan). Se Wagner (ed.), *The Common Frame of Reference: A view from Law & Economics*, 2009, s. 223.

⁵⁷I framställningen hänvisar jag till gällande rätt, dvs. EUF, även om litteraturen refererar till EG-fördraget, då de nya bestämmelserna inte trätt ikraft vid doktrinen författande. Art. 13 EG-fördraget motsvaras nu av art. 19 EUF.

⁵⁸Se även avsnitt 3.4, 3.5.1 och 3.5.4, ang. art. 19 EUF.

⁵⁹Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

⁶⁰Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

⁶¹År 2000 hade principen om effektiva rättsmedel utvecklats i EG-domstolens (nuvarande EU-domstolen) rättspraxis. Kraven som denna princip uppställer för medlemsstaterna, understödjer bl.a. arbetet för jämlikhet.

⁶²Schiek och Chege(ed.) *European Union Non-Discrimination Law, Comparative perspectives on multidimensional equality law*, 2009, s. 4f.

att denna splittrade struktur ger upphov till svårigheter vid utvecklingen mot gemensamma jämställdhetslagar.⁶³ Den största utmaningen finnes ligga i frånvaron av teoretiska reflektioner kring syftet med jämställdhetslagar, vilket återspeglas i lagstiftningens fragmenterade natur och genom otaliga diskrimineringsgrunder.⁶⁴ Denna utformning kan i sig leda till konflikter.⁶⁵

3.2 Indirekt respektive direkt diskriminering

3.2.1 Allmänt

Icke-diskrimineringsartiklarna i DCFR omfattar både direkt och indirekt diskriminering. Innebörden av diskriminering är kortfattat att en part behandlas mindre fördelaktigt jämfört med en person i en liknande situation. Denna särbehandling kan ske utifrån de grunder som anges i artikel II-2:101 men det behöver inte föreligga kausalitet mellan anledningen och behandlingen. Ett sådant samband skulle för övrigt leda till stora bevissvårigheter för parten som blivit utsatt för diskriminering. Bevisbördan åläggs den part som anser sig blivit missgynnad. Vederbörande ska frambringa fakta som stödjer att händelsen kan antas ha inträffat. Uppfylls denna presumtion åvilar det motparten att bevisa att den diskriminerande handlingen inte har skett, se artikel II-2:105.⁶⁶ Bevisbördan fyller en viktig funktion för icke-diskrimineringsbestämmelsernas verkningskraft. Icke desto mindre är den omvända bevisbördan ett kontroversiellt instrument som, om det hårddras, utifrån civilrättslig kontext skulle kunna liknas vid en kontroll av den anklagades tankar och intentioner.^{67 68}

3.2.2 Tillkomst och innebörd

Direkt diskriminering som stadgas i artikel II-2:102, 1§ a, innebär att en person blir särbehandlad jämfört med en annan part i en likvärdig situation.⁶⁹ Under detta begrepp faller all behandling som missgynnar motparten, såsom att avbryta ett avtalsslut, tillhandahållande av otillräcklig information, att avsluta ett kontraktsförhållande, kräva ytterligare säkerhet, garantier eller tjänster.^{70 71} I samma artikel men 1§ b, definieras indirekt diskriminering som ett skydd mot uppställande av kriterier som inte direkt är relaterade till en specifik grupp, men som ändå kan komma att påverka en

⁶³Begreppet flerdimensionalitet, som är ett återkommande uttryck i Schiek och Cheges litteratur, omfattar samspelet mellan olika föreställningar om jämställdhetslagstiftningen såväl som överlappningar diskrimineringsgrunder emellan.

⁶⁴Schiek och Chege(ed.) European Union Non-Discrimination Law, 2009, s. 3.

⁶⁵Schiek och Chege(ed.) European Union Non-Discrimination Law, 2009, s. 6.

⁶⁶von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.177.

⁶⁷von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR),2009, s.195ff.

⁶⁸Se även not 100 för en sammanfattning av bevisbördan i DCFR.

⁶⁹Uttrycket ”en likvärdig situation” åsyftar en reell eller potentiell sådan, då en person behandlas normalt utifrån jämbördiga förhållanden och varit föremål för marknadsvillkor.

⁷⁰I princip har samtliga medlemsstater adopterat definitionen av direkt diskriminering såsom den stadgas i icke-diskrimineringsdirektiven.

⁷¹von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009,s.178f.

viss kategori personer mer än en annan.^{72 73} Indirekt diskriminering tillkom inom EU-rätten för att skydda de fundamentala friheterna, i synnerhet den fria rörligheten av varor.⁷⁴ År 1976 uppmärksammade Europadomstolen för första gången att en distinktion måste göras mellan direkt och indirekt diskriminering. Denna anmärkning skedde i avgörandet *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. Denna ståndpunkt vidareutvecklades, bl.a. genom avgörandet *McCarty Ltd. V. Wendy Smith*,⁷⁵ i vilket det sammanfattningsvis konstaterades att det måste finnas en jämförbar situation, någon att jämföra med, dvs. en s.k. comparator, eller en hypotetisk sådan, samt en mindre fördelaktig behandling. Emellertid efterfrågas nu i doktrinen en tydligare åtskillnad mellan direkt och indirekt diskriminering i DCFR och att ordalydelsen klargör dessa begrepp.⁷⁶

3.3 Positiv särbehandling

Enligt delar av doktrinen har EU-rätten en asymmetrisk uppfattning av icke-diskriminering och ger begränsat utrymme för positiv särbehandling och erkännandet av kvinnors särskilt utsatta ställning i samhället.⁷⁷ Positiv diskriminering som företeelse är ett kontroversiellt undantag från huvudregeln om icke-diskriminering. Den bakomliggande orsaken till tillämpningen är att skapa möjligheter för grupper som genom historien har lidit skada exempelvis p.g.a. sin könstillhörighet eller etniska härkomst. Positiv särbehandling kan i sin tur ses som diskriminering eftersom en särbehandling de facto sker. Förespråkarna till positiv särbehandling menar bl.a. att detta tillvägagångssätt är den enda möjligheten att få in fler kvinnor på den mansdominerande marknaden. Motståndare anser däremot att medlemmar av en utsatt grupp inte nödvändigtvis behöver ha upplevt förfördelning i sådan utsträckning att särbehandling rättfärdigas, medan gruppmedlemmar som tillhör en krets utan privilegier men som samtidigt inte är tillräckligt utsatta för att uppbära skydd, inte ges samma möjligheter.⁷⁸ Ytterligare argument från kritiker är att unga män blir lidande, vilket togs upp i rättsfallen *Kalanke*⁷⁹ och *Marschall*.⁸⁰ ED uttalade i *Kalanke*-fallet att nationella regler som garanterar kvinnor absoluta och

⁷²I direktiv 2004/113/EC definieras indirekt diskriminering som *where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage as compared with persons of the other sex, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and then means of achieving that aim are appropriate and necessary*. Merparten av medlemsstater har ordagrant implementerat denna definition. Dock har somliga stater gjort vissa avsteg från definitionen i sina icke-diskrimineringsdirektiv, exempelvis uppställer Sverige inte ett explicit krav på jämförelse med andra personer, likaså fordras inte i Österrike en jämförelse med en grupp av personer vid utredande om indirekt diskriminering föreligger. Storbritannien har i sin *Race Relation Act* gjort en snävare begreppsbestämning genom att erfordra att käranden liksom den grupp denne tillhör, har blivit försatt i ett särskilt missgynnsamt läge, medan Frankrike inte alls har implementerat definitionen av indirekt diskriminering utan endast tillerkänner dess lagstridighet. von Bar och Clive(ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR)*, 2009, s. 178f.

⁷³Detta problem illustreras genom exemplet att en bank endast beviljar heltidsarbetare lån. Konsekvensen blir då att kvinnor diskrimineras eftersom största delen av deltidsarbetare tillhör denna kön, varvid denna policy skulle vara indirekt diskriminerande.

⁷⁴Det första avgörandet relaterat till en verklig person kom 1974 genom C-152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*. Fallet gällde diskriminering p.g.a. nationalitet.

⁷⁵C-129/79 *McCarty Ltd. V. Wendy Smith*, ECJ 27 March 1980.

⁷⁶von Bar och Clive(ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR)*, 2009, s. 179.

⁷⁷Schiek och Chege(ed.) *European Union Non-Discrimination Law*, 2009, s. 5.

⁷⁸Thüsing och Horler(Wagner(ed.))*The Common Frame of Reference:A View from Law&Economics*,2009,s.216.

⁷⁹ECJ of 17th October 1995, case C-450/93. Se även not 56.

⁸⁰ECJ of 11th November 1997, case C-409/95. Se även not 56.

ovillkorade rättigheter som ger dem företräde till befattningar eller befordran, är att ses som överträdelse av likabehandlingsprincipen. I Marchall-fallet drog ED liknande slutsatser och underströk samtidigt vikten av samarbete från hela samhället för att stärka kvinnans roll på arbetsmarknaden.⁸¹

3.4 Fri rörlighet och EU-medborgarskapet

Den allmänt utformade likabehandlingsprincipen i artikel 18 EUF⁸² stadgar att all diskriminering p.g.a. nationalitet skall vara förbjuden och kompletteras genom artiklarna 56 och 57 EUF⁸³. Otillåtna inskränkningar av artikel 56 och 57 EUF omfattar samtliga krav på tjänstetillhandahållaren som är relaterat till dennes nationalitet och som inte fordras av tjänstetillhandahållare etablerade i det land i vilket tjänsten utförs, eller som i övrigt är ägnade att förhindra tjänsteutövningen ifråga.⁸⁴ Emellertid är förbudet mot diskriminerande åtgärder för den fria rörligheten inte absolut. EU-domstolen har fastslagit att det emellanåt kan föreligga tillfällen då inskränkningar av den fria rörligheten eller de tre resterande friheterna kan accepteras. För att ett undantag ska kunna aktualiseras måste fyra förutsättningar vara uppfyllda. I målet Gebhard⁸⁵ fastställs att åtgärderna ska vara tillämpbara på ett icke-diskriminerande sätt. Vidare ska handlingarna förefalla motiverade i relation till ett trängande allmänintresse, vara ägnade att tillförsäkra fullföljandet av det eftersträvade syftet och inte gå utöver vad som erfordras för att uppfylla detta ändamål.

EU-medborgarskapet och EU:s antidiskrimineringslagstiftning nämns ofta som begreppsmässigt länkade. Den uppenbart nominella relationen är en upprepning av icke-diskriminering som princip i artikel 18 och 19 EUF,⁸⁶ den förra har visat sig avgörande för att ge substans till medborgarskapsrättigheter, den senare är grunden för EU:s antidiskrimineringslagstiftning. Kopplingen härrör från samverkan mellan det nationella medborgarskapet och EU-medborgarskapet. Likabehandling av invånare från olika nationaliteter stipuleras därmed som det viktigaste elementet i EU-medborgarskapet. Således nämns EU-medborgarskapet som ett exempel på en mångsidig identitet, där jämställande av rättigheter ses som en mycket viktigt del för att hantera mångfald och främja integration. Integrationsutvecklingen nådde sin kulmen genom Maastrichfördragets erkännande av EU-medborgarskapet. Detta fördrag lade också grunden för den europeiska ekonomiska och monetära unionen. Trots betydelsen som EU-medborgarskapet medförde, verkar det initialt inte ha fått den betydande utveckling lagstiftarna hoppats på.⁸⁷

⁸¹ Se det inledande citatet för kap. 3 med dess tillhörande not 56, samt Wagner(ed.) The Common Frame of Reference: A view from Law & Economics, 2009, s. 223.

⁸² Art. 12 EG-fördraget motsvaras nu av art. 18 EUF.

⁸³ Dessa artiklar motsvarades tidigare av artikel 49 respektive artikel 50 i EG-fördraget.

⁸⁴ C- 33/74 Van Binsbergen s.10.

⁸⁵ C-55/94 Gebhard s.37.

⁸⁶ Art. 12 och art. 13 EG-fördraget motsvaras nu av art. 18 respektive art. 19 EUF. Se även avsnitt 3.1, 3.5.1 och 3.5.4 ang. art. 19 EUF.

⁸⁷ Schiek och Chege(ed.) European Union Non-Discrimination Law, 2009, s. 8.

3.5 DCFR:s diskrimineringsgrunder

3.5.1 Allmänt

En fråga som aktualiseras vid utformningen av DCFR är vilka anti-diskrimineringsgrunder som ska upptas. Artikel 19 i EUF⁸⁸ räknar upp ”sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation”.⁸⁹ ⁹⁰ Inte heller, påpekar Leible, ger EU:s sekundärrätt mycket vägledning om omfattningen av diskrimineringsgrunderna. Medan Direktiv 2004/43/EC och 2004/113/EC inkluderar kön, etniskt ursprung och ”rastillhörighet”⁹¹ inbegriper Direktiv 2000/78/EC även religion, tro, handikapp, ålder eller sexuell läggning. Dock faller det sistnämnda direktivet inte inom ramen för privaträtten i allmänhet utan riktar sig till arbetslivet i synnerhet. Emellertid, menar Leible, finns det ingen anledning för DCFR att omfatta mer än kön, etnicitet och ”rastillhörighet”, eftersom det då skulle riskera att ge upphov till alltför starka politiska konsekvenser. Vidare skulle ett mer omfattande utförande strida mot medlemsstaternas rättstradition.⁹² Utformningen av DCFR är upplagd så att ytterligare förbudsgrunder för diskriminering kan infogas inom området för allmän avtalsrätt. I so mliga medlemsstater existerar redan flertalet inskränkningar, vilka därmed omfattas av lagstiftningen, men det finns även utrymme för en utökning i DCFR vid ett eventuellt antagande.⁹³ Emellertid, poängterar Leible, råder det för tillfället inte tillräcklig enighet medlemsstaterna emellan för att vidga ramen för icke-diskriminering. EU-kommissionen lade år 2008 fram ett förslag⁹⁴ och försökte därigenom utöka tillämpningsområdet för icke-diskriminering. Trots att propositionen understöddes av EU-parlamentet⁹⁵ fick den inte genomslagskraft i medlemsstaternas lagstiftning.⁹⁶

3.5.2 Artikel II. – 2:101: Rätten till icke-diskriminering

DCFR:s bok II ”Contracts and other juridical acts” berör icke-diskriminering i sitt andra kapitel. Den första artikeln i kapitlet, Art.II.-2:101, stadfäster rätten att inte utsättas för diskriminering. I artikeln stadgas att: *A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act*

⁸⁸ Art. 19 EUF motsvarar tidigare art. 13 EG-fördraget.

⁸⁹Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s. 130.

⁹⁰Se även avsnitt 3.1, 3.4 och 3.5.4 ang. art. 19 EUF.

⁹¹Se avsnitt 3.5.4 för diskussion angående detta begrepp.

⁹²Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s. 132.

⁹³Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s. 132, och DCFR Outline Edition, 2008, (cit. fn. 16), principle 7).

⁹⁴European Commission’s proposal for a Council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM (2008) 426 final.

⁹⁵The proposal for a Council directive implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, A6-0149/2009.

⁹⁶Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s.132, och Cf. DCFR Outline Edition, 2008, (cit. fn. 16), principle 7).

the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public. Artikeln föreskriver således ett generellt förbud mot diskriminering relaterat till kön, etnicitet eller ”rastillhörighet”. Upphovsmännen till DCFR påpekar att eftersom dessa model rules är framtagna för att användas inom avtalsrätten, är de innehållsmässigt betydligt snävare än generell diskrimineringslagstiftning. De huvudsakliga begränsningarna är dels den relativt kortfattade listan på diskrimineringsgrunder, en utformning som återspeglar dagens EU-rätt inom det kontrakträttsliga området, dels begränsningen till specifika kontrakt och rättsakter avseende varor, andra tillgångar och tjänster vilka är tillgängliga för allmänheten. Innebörden av varor och tjänster överensstämmer med den i Direktiv 2000/43/EC och Direktiv 2004/113/EC. Däremot har ”andra tillgångar” infogats i DCFR, eftersom begreppet ”varor” annars skulle ha fått en alltför begränsad innebörd jämfört med den i nämnda direktiv. Tolkningen av ”varor, andra tillgångar eller tjänster” ska göras i ljuset av artikel 28 EUF, samt artikel 57 EUF ska leda frågor rörande den fria rörligheten av varor och tjänster.^{97 98} Vidare ska artikel II.-2:101 inte tolkas som en fullständig regel utan som den del, vilken ska läsas tillsammans med övrig reglering i kapitel II, dvs. definitionsartikel II.-2:102 ”Innebörden av diskriminering”, samt undantagsbestämmelserna i artikel 2:103 som stipulerar tillfällen då särbehandling kan rättfärdigas genom sitt syfte.^{99 100}

3.5.3 Diskriminering baserat på kön

I DCFR har the Study Group valt att använda benämningen ”sex” dvs. kön, för att beteckna en av de skyddsvärda diskrimineringskategorierna. Detta uttryck kan jämföras med ”gender”, dvs. genus, som åsyftar sociala,

⁹⁷ Dessa artiklar har ersatt EG-fördragets artikel 23 respektive artikel 50.

⁹⁸ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.168.

⁹⁹ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.165.

¹⁰⁰ Angående bevisbördan i DCFR kan följande summeras; enligt artikel II.-2:105 1§ ska den som påstår sig ha blivit utsatt för en diskriminerande handling frambringa fakta som stödjer att händelsen kan antas ha inträffat. Uppfylls denna presumtion åläggs bevisbördan motparten som ska bevisa att diskriminering inte har skett. Denna bestämmelse gäller dock inte, i enlighet med artikelns 2§, i fall då det åligger domstol eller ansvarig myndighet att agera ex officio för att utreda omständigheterna kring målet. Understrykas bör dock att denna artikel inte per se medför en formell skiftning av bevisbördan, utan snarare ska tolkas som en sänkning av beviskravet. Diskrimineringen ska göras trolig utifrån orspraxis, seder och bruk samt tradition. Uppfylls detta beviskrav åligger det sedan den anklagade parten att bevisa att han inte har vidtagit någon diskriminerande handling, eller att han kan övertyga ansvarig myndighet att beteendet var motiverat utifrån en legitim grund, fränsett kön, etnicitet eller härkomst. Bevisbördan fyller, som sagt, en viktig funktion för icke-diskrimineringsbestämmelsernas verkningkraft. Emellertid är den omvända bevisbördan ett kontroversiellt instrument som bör tillämpas med försiktighet (se ovan avsnitt 3.2.1). Det första rättsfall som tog upp den omvända bevisbördan är (109/108 (1989) ECR; Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, ECJ 27 October 1993, C-127/92, ECR 1993, I.5535.) Därefter följde en kodifiering genom Directive 97/80/EC art 4 (1) och sedermera finns bevisbörderegeln upptagen i samtliga anti-diskrimineringsakter eller i dess preambel. Flertalet fall har sedan prövats och domstolen har på senare tid bl.a. försökt utreda innebörden av ”facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination”. Se bl.a. Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV, ECJ 10 July 2008, C-54/07 som gällde ett företags rekryteringspolicy, i vilken personer från en viss etnisk bakgrund uteslöts. Genom att påvisa denna handling ansågs den skadelidande ha uppfyllt presumtionskravet för att diskriminering förelåg. The Study Group påpekar att även om flertalet medlemsstater gör en åtskillnad mellan formuleringen av vad som krävs från den klagande och den svarande parten, leder denna distinktion troligtvis inte till en annan innebörd och annorlunda tillämpning av bestämmelserna. Majoriteten av stater har ändå implementerat direktiven i sin helhet och därmed har merparten fått en lagstiftning med överensstämmande ordalydelse. För vidare läsning se von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.195ff. samt Schiek, Waddington, Bell, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination law, 2007.

kulturella eller psykologiska förhållanden, medan kön omfattar det rent biologiska synsättet på en man respektive kvinna. Valet av benämning har dock inte varit självskrivet, eftersom beteckningarna i EU-bestämmelserna inom detta område inte alltid är konsekventa. Detta nya dokument korresponderar emellertid med uttrycket kön relaterat till direkt diskriminering, på samma sätt som föreskrivs i Direktiv 2004/113/EC artikel 2 och Direktiv 2006/54/EC artikel 2(1) (a).¹⁰¹

3.5.4 Etnicitet och ”rastillhörighet”

”Racial origin” är ett kriterium som ACQP uppställer som förbud att använda i diskrimineringssyfte. Artikel 3:101 ACQP stipulerar denna inskränkning,¹⁰² men själva uttrycket ”racial origin” kan i sig ge upphov till en snedvriden uppfattning och enligt Jansen och Zimmerman tolkas som en acceptans av ”a crude theory of race”. Leible anser att Jansen och Zimmermans uttryck ”on racial grounds” vore en bättre vald formulering som kunde undvika villfarelser.¹⁰³ Thüsing finner det vara motsägelsefullt att DCFR avfärdar all slags rasteori men samtidigt förbjuder diskriminering relaterat till ”race”. Författaren menar att antingen måste bestämmelsen definiera vad som avses med uttrycket ”race” eller avlägsna hela formuleringen.¹⁰⁴ I primärrätten refereras likaså till uttrycket ”racial origin”, i artikel 19 EUF¹⁰⁵ stadgas: *Without prejudice to the other provisions of this Treaty and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.* Genom att istället bruka formuleringen ”racial grounds” i DCFR, menar emellertid Schulze att det inte kan misstolkas som att den europeiska privaträtten baseras på någon form av rastänkan.¹⁰⁶ I DCFR uttrycks likaledes explicit att formuleringen inte ska tolkas som att ett s.k. rastänkan rättsfärdigas, utan ska utläsas utifrån ett subjektivt synsätt, ur parten som vidtar den diskriminerande handlingens perspektiv.¹⁰⁷ Vidare tar artikel II. – 2:101 även upp etnisk diskriminering, med vilket avses handlingar då en person behandlas annorlunda p.g.a. sin gruppstillhörighet, kultur eller språk.¹⁰⁸

3.5.5 Trakasserier

”Harassment”, dvs. trakasserier, faller också under icke-diskrimineringsbestämmelserna i DCFR. Emellertid klassificeras

¹⁰¹ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.167.

¹⁰² Acquis group(ed) Principles of Existing EC Contract Law (cit. fn. 19) art 3:101 ACQP no.13.

¹⁰³ Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s. 132f.

¹⁰⁴ Wagner(ed.) The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics, 2009, s. 221.

¹⁰⁵ Art. 19 EUF motsvaras av tidigare art. 13 EG-fördraget. Se även avsnitt 3.1, 3.4 och 3.5.1 ang. art. 19 EUF.

¹⁰⁶ Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s. 133.

¹⁰⁷ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.167.

¹⁰⁸ ED, slog i Timishev v. Russia, 13 December 2005, fast att etnicitet *has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds.*

trakasserier per definition inte som diskriminering enligt artikel II.-2:102 1§, eftersom en trakasserad person de facto blir behandlad på samma sätt som övriga, men individen ifråga kan ändå inte ingå avtalsförhållandet utan att bli försatt i en hotfull, fientlig eller annars svår eller negativ situation. Artikelns 2§ definierar trakasserier som ett oönskat beteende, inkluderat sådan av sexuell natur, som kränker en persons värdighet, i synnerhet när detta skapar en hotfull, fientlig, förnedrande eller förödmjukande miljö, eller som strävar efter att göra det. Införandet av bestämmelsen om trakasserier inom avtalsrätten har gjorts för att få en koherent icke-diskrimineringslagstiftning och för att påvisa den närliggande relationen till utomobligatoriskt ansvar för skada.¹⁰⁹ Merparten av medlemsstaterna har antagit definitionen av trakasserier utifrån lydelsen som förekommer i samtliga icke-diskrimineringsdirektiv. Somliga stater har dock bl.a. sänkt kravet på att handlingen både måste kränka personens värdighet *och* skapa en fientlig miljö. Genom att införa *eller* istället för *och*, har den utsatta partens position stärkts.¹¹⁰ I svensk lagstiftning har kravet på att beteendet ska orsaka en hotfull miljö ersatts med att handlandet endast behöver kränka en persons värdighet. Vidare utelämnas motsvarigheten till termen ”unwanted” eftersom denna redan anses inbegripen i uttrycket ”trakasserier”.¹¹¹

3.5.6 Instruktioner att diskriminera någon

Slutligen omfattar tredje och sista punkten i artikel II.-2:102, instruktioner om att diskriminera någon. Sambandet mellan personen som utför den diskriminerande handlingen och parten som beordrar denna att agera diskriminerande har ingen betydelse.¹¹² Majoriteten av medlemsstater definierar inte vad ”instructions to discriminate” specifikt innebär, fränsett Bulgarien och Slovakien som ger viss vägledning. Sverige och Storbritannien däremot, uppställer som enda medlemsstater, ett krav på att instruktionerna ska ges till någon som står under ledning av eller i beroendeställning till denne.¹¹³

3.5.7 Undantag

I artikel II.-2:103 upptas undantagen som kan rättfärdiga en ojämlig behandling och således inte kategoriseras som diskriminering, om medlen för att uppnå målet är ändamålsenliga och nödvändiga. Därmed kan avtalsfriheten fortfarande garanteras så länge den inte inkräktar på den mänskliga värdigheten.¹¹⁴ Likaså möjliggör denna bestämmelse tillfälle att väga in ytterligare faktorer, för att på så sätt undvika en rutinmässig bedömning av diskriminerande handlingar.¹¹⁵ Undantaget tillståndar såväl

¹⁰⁹ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.178.

¹¹⁰ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.182.

¹¹¹ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.178ff.

¹¹² von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.177ff.

¹¹³ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.183.

¹¹⁴ Exempel på värden som inte får åsidosättas är skydd av privatlivet, religiös eller kulturell identitet. Ekonomiska faktorer kan även falla här under men endast i undantagsfall, exempelvis vid försäkringsavtal.

¹¹⁵ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.184.

förebyggande åtgärder som kompensande, även om dessa handlingar i sig kan utgöra diskriminering, dvs. positiv diskriminering.¹¹⁶ Artikel II.-2:102 avser inte att utvidga omfattningen av situationer då diskriminering kan rättfärdigas, utan det poängteras att undantag från huvudregeln ska tolkas restriktivt. Likaså kan positiv diskriminering relaterat till etnicitet och ursprung endast i mycket exceptionella fall anses vara berättigad.¹¹⁷ Vidare måste det kunna bevisas att den ojämlika behandlingen är det enda sätt som finns att uppnå det eftersträvade målet, och denna åtgärd är dessutom underställd ett proportionalitetskrav.¹¹⁸ Merparten av medlemsstater har dock valt att lagstifta om att endast indirekt diskriminering ska kunna rättfärdigas och således låtit direkt diskriminering falla utanför tillämpningsområdet för rättfärdigande undantag.¹¹⁹ Majoriteten av medlemsstater har även antagit ett uttryckligt undantag för ”Genuine occupational requirements”; om arbetet uppställer särskilda krav.^{120 121}

3.5.8 Icke-diskrimineringsbestämmelsernas omfattning

DCFR:s icke-diskrimineringsbestämmelser har kritiserats för att inte vara tillräckligt vittgående, exempelvis inbegrips inte diskriminering relaterad till religion eller trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder. Angående det sistnämnda uttalar Europadomstolen i Mangold¹²² att ålderdiskriminering måste anses vara en generell princip inom EU-rätten. Fauvarque-Cosson som hänvisar till S. Whittaker ställer sig dock frågande till om denna utveckling av icke-diskriminering till att omfatta samtliga privaträttsliga områden är korrekt och diskuterar också konsekvenserna härav. Skaparna av DCFR har medvetet avstått från att generalisera icke-diskrimineringsbestämmelserna i verket till att även inkludera bl.a. åldersdiskriminering, för att minimera de politiska konsekvenserna.¹²³ Flertalet direktiv inom anti-diskrimineringsområdet omfattar likaledes inte nationalitet, vilket även gäller för DCFR:s utformning.¹²⁴ Anledningen till att nationalitet inte tas upp i DCFR, är för att detta skulle bli en upprepning av EUF:s artikel 18.¹²⁵ Förbudet är direktivets Magna Charta, och då EU-

¹¹⁶ Se även avsnitt 3.3. ang. positiv särbehandling.

¹¹⁷ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.184.

¹¹⁸ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.185.

¹¹⁹ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.186.

¹²⁰ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.187.

¹²¹ Nämnas kan att stater såsom Sverige, Frankrike, Italien, Luxembourg, Slovenien och Slovakien i sina lagstiftningar har upprättat särskilda undantag för rättfärdigande av könsdiskriminering, även de tillvägagångssätten villkorade till att vara ändamålsenliga och nödvändiga.

¹²² C-144/04 Mangold. Domstolen fastslår i detta rättsfall från 2005, att principen om icke-diskriminering i relation till ålder, är att anses vara en generell princip inom EU-rätten. Detta uttalande ska dock delvis läsas i ljuset av Direktiv 2000/78/EC: ”the Directive on a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation”, samt, menar the Study Group, att trots att EUD må förespråka ett diskrimineringsförbud baserat på ålder inom samtliga områden inom privaträtten, skulle problemet gällande repressalier vid överträdelse ändå kvarstå. Således föreligger samma problem som vid en kränkning av art. 12 EUF. Se von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s. 166ff.

¹²³ Fauvarque-Cosson, (Kleineman(ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s. 64f.

¹²⁴ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s.166.

Se även avsnitt 3.5.1

¹²⁵ Art. 18 EUF motsvarar tidigare art. 12 EG-fördraget.

direktivet av majoriteten i doktrinen anses vara horisontellt tillämpbar erfordras således inte detta omnämmande.¹²⁶

Vidare bör det understrykas, att diskrimineringsgrunder som inte omfattas av DCFR, inte är direkt tillämpliga inom den allmänna avtalsrätten. Följaktligen är kapitel 2 i bok II inte applicerbart då diskriminering sker på grundval av dessa ytterligare kriterier. Det är dock en misstolkning att tro att nämnda former av diskriminering därför är tillåtna. Istället ska grunderna utanför DCFR beaktas när verkets regler appliceras, i synnerhet i samband med principerna om god tro och god sed. Ovanstående följer av 2§ artikel I.-1:102 ”interpretation and development”, som stipulerar att DCFR:s bestämmelser ska läsas i ljuset av de instrument som garanterar mänskliga rättigheter och fundamentala friheter.¹²⁷

Inom EU-rätten gäller likaledes att handlingar vidtagna i strid med artikel 18 och 19 EUF¹²⁸ kvalificeras som kränkande. Tolkning ska dock inte göras så att varje förekomst av ett sådant uppträdande de facto innebär en lagöverträdelse.¹²⁹ Om sanktioner infördes vid all form av diskriminering skulle detta leda till att alltför många konflikter med andra skyddsbara värden såsom personlig frihet, tankefrihet och avtalsfrihet uppkom. The Study Group menar att EU-lagstiftningen försöker finna en balans mellan ovan nämnda värden. Icke-diskrimineringsbestämmelserna i DCFR är utformade för att underlätta ändringar och utvidgande av dess omfattning. Beslutet om huruvida dessa revideringar ska ske är uteslutande politisk.¹³⁰ Thüsing uppmanar emellertid till en revidering av DCFR redan nu, med en omprövning av behovet och värdet av icke-diskrimineringsbestämmelser, i ljuset av följd effekterna på marknadseffektiviteten.¹³¹ Schiek menar att det rådande läget innebär en utmaning för den fortsatta utvecklingen av EU:s icke-diskrimineringslagstiftning och att varje medlemsstat måste ta tillfället i akt att bidra för att möjliggöra jämlikhetens framåtskridande.¹³²

3.6 Kompenserande åtgärder

Artikel II.-2:104 stadgar när kompensation aktualiseras för ett åliggande som inte har infriats under bok III, kapitel 3, vilket omfattar såväl ekonomisk som icke-ekonomisk skada. Poängteras bör att det många gånger är ytterst svårt att bevisa att ekonomisk skada har uppkommit för den utsatta parten. Problemet beror delvis på diskrimineringsfrågans särskilda beskaffenhet men främst på att diskrimineringen i sig kränker mänsklig värdighet och därmed orsakar en förlust som inte är av ekonomisk natur. Vidare har kretsen av skadeståndsberättigade personer till följd av diskriminering varit en omstridd fråga. Ersättning som kan aktualiseras är exempelvis gottgörelse i form av rätten att avsluta ett avtalsförhållande, (se

¹²⁶Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s. 133.

¹²⁷von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR).2009, s.166.

¹²⁸ Art. 18 och art. 19 EUF motsvarar tidigare art 12 resp. art. 13 EG-fördraget.

¹²⁹von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR),2009, s.166f.

¹³⁰von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR),2009, s.166f.

¹³¹Wagner(ed.), The Common Frame of Reference: A view from Law & Economics, 2009, s. 223.

¹³²Schiek och Chege(ed.) European Union Non-Discrimination Law, 2009, s.6.

bok III, kapitel 3, avsnitt 5) och rätten att kräva skadestånd, (se bok III, kapitel 3, avsnitt 7). I undantagsfall kan även kompensationen vara att en prestation genomdrivs, (se III.-3:302), vilket inbegriper rätten att kräva fullgörelse av ett kontrakt. Denna åtgärd ska tillämpas med stor försiktighet eftersom handlingen starkt inkräktar på principen om avtalsfrihet och många gånger anses ineffektiv för civilrättsliga kontrakt.¹³³ Samtliga kompenserande åtgärder som vidtas måste uppfylla kravet på proportionalitet och avskräckande effekt. Emellertid har en handling som gäller förändring av avtalsbestämmelser eller avslutande av ett avtalsförhållande ett mindre utrymme för avskräckande effekt. Denna inskränkning leder till att den förorättade parten även skulle kunna bruka hårdare åtgärder än vad som behövs för att eliminera resultatet av den diskriminerande handlingen, dock fortfarande med beaktande av proportionalitetsprincipen. Det nämnda kan t.ex. gälla i vissa fall när avslutande av ett avtalsförhållande tillerkänns, men då en annan åtgärd egentligen skulle vara mer effektiv för att avhjälpa diskrimineringseffekten, såsom modifiering av avtalsbestämmelserna. I synnerhet vid icke-ekonomisk förlust ska den avskräckande effekten tas i beaktande vid förlustuppskattningen och vid tillämpning av den allmänna regeln för skademätning som finns i III.-3:702. I Colson fallet uttalar EUD att ersättningen *must in any event be adequate in relation to the damage sustained*.¹³⁴ Domstolen menar att en för låg ersättning inte skulle komma att uppfylla effektivitetskravet. Vidare gäller att de olika vederlag som faller under artiklarna inte utgör en uttömmande förteckning. Det finns varierande former av diskriminering, liksom det finns vitt skilda situationer att bedöma en sakenlig ersättning utifrån. En fullständig lista eller liknande skulle dessutom kunna ge upphov till en motsatt effekt. Kompensationer som däremot kan härledas ur DCFR:s model rules är exempelvis nullitet av kontrakt enligt artikel II.-7:301 ”Contracts infringing fundamental principles”, tolkning av kontrakt eller implicerandet av en term till förmån för den kränkta parten i enlighet med artikel II.-8:102 § g ”Relevant matters” eller II.-9:101 ”Terms of a contract”. Fler exempel på åtgärder är åsidosättande av en otillåten avtalsbestämmelse jämlikt kapitel 9 del 4 i bok II, likväl som att tillämpa icke-diskrimineringsbestämmelserna på samtliga förpliktelser, således även förkontraktuella och sådana utfästelser som inte är avtalsbaserade, enligt III.-1:105 ”Non-discrimination” eller Bok VI ”Non-contractual liability for damage caused to another”.¹³⁵

¹³³ von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR),2009,s.188ff.

¹³⁴ Se Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, ECJ 10 April 1984, C-14/83, ECR1984, 1891, para. 23.

¹³⁵ För vidare läsning angående DCFR:s kompensatoriska artiklar se von Bar och Clive(ed.) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR), 2009, s. 188ff.

4 Avtalsfrihet

*Qui dit contractuel, dit juste.*¹³⁶

*Interferences with freedom of contract may be justified on the ground that they can serve to promote economic welfare if there is reason to think that because of some market failure (such as that caused by inequality of information) the agreement is less than fully efficient. Consumer protection rules, for example, can be seen not only as protective for the benefit of typically weaker parties but also as favourable to general welfare because they may lead to more competition and thus to a better functioning of markets.*¹³⁷

4.1 Inledning

Avtalsfriheten grundar sig på idén om en gemensam marknad, vars aktörer åtnjuter hög grad av självstyre. Denna princip genomsyrar avtalsrätten och understödjer ekonomisk effektivitet.¹³⁸ Skyddet för avtalsfriheten härstammar från speciellt reglerade fundamentala friheter samt från universella normer och konstitutionella traditioner som är gemensamma för medlemsstaterna, i enlighet med artikel 6 i EU-fördraget. Likaså framhäver den europeiska sekundärrätten avtalsfriheten som *a priori* grundläggande rättighet. Bestämmelser likt skyldigheten att tillhandahålla information, krav på kontraktsformaliteter, eller rätten att dra sig ur ett rättsförhållande, gäller endast mot bakgrund av avtalsfriheten. Nära relaterat till inrättandet av en gemensam marknad finns tillförsäkrandet av grundläggande friheter som ämnar säkerställa individuella möjligheter till personlig utveckling och avvärja statlig kontroll över ekonomiska och sociala frågor. EU blir därmed ”an area of freedom”, likt bestämmelsen i artikel 2 EU-fördraget.¹³⁹

4.2 Harmonisering

Många gånger åberopas den inre marknaden som anledning till varför lagstiftare inom avtalsrätten strävar efter att harmonisera bestämmelser. Harmoniseringen görs då i syfte att eliminera väsentliga skillnader som inte kan lösas på grundval av partsautonomi, och som därmed kan ge upphov till snedvriden konkurrens. Storme förespråkar ett mellanting genom en gemensam modellag som definierar kategorier och terminologier, samt har en full uppsättning av modellregler som nationella eller regionala lagstiftare kan avvika ifrån. En fullständig harmonisering med enhetliga tvingande

¹³⁶Fouillée, *La science sociale contemporaine*. 1880, s. 410.

¹³⁷von Bar och Clive(ed.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law–(DCFR)*, Outline edition, 2008, s. 97.

¹³⁸Taxell, *Avtalsrättens normer*, 1987, s. 30ff.

¹³⁹Neuner, *Protection Against Discrimination in European Contract Law*, 2006, s. 38f.

regler kan inte åstadkommas direkt, utan istället successivt genom en; som Storme uttrycker det, ”bit för bit harmonisering”. Denna modell bör sedan vara en tvingande referens för lagstiftare, även om de skulle besitta behörighet att frånga bestämmelserna. Sådana avvikelser bör emellertid vara tydligt utformade och samtidigt anpassas till strukturen i den gemensamma referensramen. Ett sådant tillvägagångssätt skulle delvis innebära motsatsen till nuvarande utgångspunkt, dvs. EU-rättens företräde framför nationell lagstiftning. För att möjliggöra denna förändring, måste staterna vara beredda att ifrågasätta den rådande prioritetsordningen, menar Storme.¹⁴⁰

Vidare uttalas i doktrinen att en i teorin harmoniserad europeisk lagstiftning i praktiken kommer att innebära stora skillnader, eftersom nationella och regionala domslut författade på olika språk med varierande förståelse och synsätt på denna samordnade lagstiftning, med nödvändighet kommer att leda till avvikelser. Storme påpekar således att *harmonisation does not equal uniformity*.¹⁴¹ Det är trots detta konstaterande, av största vikt att finna metoder för att samordna, inte utrota denna mångfald, för att hålla bestämmelserna inom föreskrivna ramar och i viss mån göra regleringen förutsägbar. Författaren menar att sådana åtgärder är grundläggande för avtalsrätten, åtminstone i anknytning till avtalsfriheten, eftersom samhället måste värna om att göra alla former av kontraktsbegränsande åtgärder förutsebara och med tydligt uppsatta gränser.^{142 143} Wilhelmsson påpekar att innebörden av europeiseringen onekligen är ett kontroversiellt ämnesområde som genererat otaliga uttalanden, vilket gjort det omöjligt att tillgodogöra sig samtlig information kring ämnet.¹⁴⁴ Storme menar även att ifrågasättande kan göras till vad som egentligen avses med ”uniform contract law”. I sin mest utpräglade form kan uttrycket tolkas som att nationell och regional avtalsrätt helt och hållet skulle ersättas och lagstiftningskompetensen överföras till en centraliserad europeisk institution. Utformningen och innebörden av en uniform avtalsrätt kan ta sig olika uttryck. Storme förespråkar en modell likt amerikanska UCC,¹⁴⁵ men menar i slutändan att den inte lämpar sig för EU:s splittrade uppbyggnad.¹⁴⁶

4.3 Två former av oklarhet

4.3.1 Oklarhet till följd av struktur

Hur ”uniform contract law” än väljs att definieras, menar Storme att problemet inte ligger i bredden av avtalsrätt som sådan, utan snarare i oklarheten och oförutsägbarheten av dess omfattning. Det finns två former

¹⁴⁰Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 4ff.

¹⁴¹Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 2.

¹⁴²Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 2.

¹⁴³Vogenauer menar att DCFR kan komma att fylla denna funktion och är i nuläget obenägen att avskrika verket som frivilligt instrument mellan näringsidkare, se Vogenauer, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?, 2010, s. 176.

¹⁴⁴Wilhelmsson, (Smits, J (ed.)) The Need for a European Contract Law, 2005, s. 123.

¹⁴⁵UCC är en modell som ger befogenhet till de nationella lagstiftarna att avvika från. Detta verk är inte en federal reglering utan antas av de enskilda staterna. På så sätt behåller staterna behörigheten att ändra modellen om så önskas, men i praktiken har nu denna uniforma reglering kommit att bli allmänt tillämplig.

¹⁴⁶Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 2.

av oklarhet och oförutsägbarhet. Den första kategorin relateras till oklarheter som beror på skillnader i strukturer. Denna form orsakas av det faktum att avtalsfrihetsbegränsande regler i olika jurisdiktioner kan ge upphov till skilda resultat. Konsekvenserna beror bl.a. på att bestämmelserna kan kvalificeras annorlunda och påträffas på varierande ställen med olika rubriksättning i enlighet med skilda teorier, även om de innehållsmässigt är desamma. Vidare kan problemet vara att ett fenomen som för en medborgare inom en jurisdiktion kan vara erkänt, inte är etablerat i en annan medlemsstat. Oklarheten i den avtalsfrihetsbegränsande regleringen kan även ligga i att den faller under olika kategorier. I somliga jurisdiktioner står regleringen att finna i avsnittet om avtalets formation, medan det hos andra faller under ogiltighetsfrågorna eller avtalets innehåll. Likaså återfinns vissa bestämmelser under generell avtalsrätt medan den hos andra har karaktären av specialreglering. Ytterligare exempel är regler som i några medlemsstater har upprättats i form av mycket specificerade och förutsägbara bestämmelser, medan de hos andra har dolts bakom vaga normer såsom god tro, rimlighet och public policy. Problemen med oklarhet och oförutsägbarhet anses ofta lika allvarliga som materiell skillnad i lagstiftningen, även om trångmålen troligtvis lättare kan avhjälpas. Förbättring kan vidtas genom att bruka en gemensam struktur och unisona kategorier inom avtalsrätten. Den enhetliga strukturen underlättar arbetet med att finna likheter och skillnader jurisdiktionerna emellan.¹⁴⁷ Storme menar dock att oklarheten kan avhjälpas och förutsägbarheten förbättras utan införande av enhetliga lösningar för nationella lagstiftande organ, under villkor att en gemensam struktur och terminologi erhålls.¹⁴⁸ Författaren är av uppfattningen att nationella och regionala lagstiftare bör behålla viss egenkompetens inom privaträtten, även inom avtalsrätten. Emellertid ska denna behörighet vara underställd villkoret att utövningen sker på ett mer transparent sätt, dvs. genom att använda en gemensam referensram bestående av samma struktur och terminologi jurisdiktionerna emellan. Således förespråkar Storme att nationella lagstiftare ska vara behöriga i fråga om hur de fyller ut innehållet inom ramarna medan de samtidigt förlorar kompetens avseende det övergripande systemet.¹⁴⁹

4.3.2 Oklarheter till följd av vaga normer och olikartad tolkning

Den andra formen av oförutsägbarhet är sammanlänkad med brukandet av vaga normer eller generella termer såsom god tro, god sed eller rimlighet. Ju vagare en norm är, desto större antal skilda tolkningar kan bestämmelsen ge upphov till, både nationellt och globalt. Dessa otydligheter, menar Storme, skapar en felaktig rättslig enhet inom vilken medborgaren invaggas i den falska tron att en viss regel gäller, när den i själva verket tolkas på ett annat sätt än vad personen ifråga förlitar sig till. Vidare har olika jurisdiktioner skilda traditioner gällande förhållandet mellan domare och rättsregler och

¹⁴⁷Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 2f.

¹⁴⁸Att identifiera dessa avvikelser och avhjälpa dem är ett av syftena med CFR, COM (2010)348 Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses.

¹⁴⁹Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 3.

det sätt på vilket domare tolkar och utvecklar lagstiftningen.¹⁵⁰ Genom att exempelvis klargöra innebörden av ”good faith” i DCFR och låta det tydligt framgå vilken befogethet t.ex. domaren har att utveckla lagen och dess principer, hade detta problem kunnat minskas.^{151 152}

4.4 Avtalsfrihetsbegränsande åtgärder

4.4.1 Avtalsrättens funktion

I diskussionerna kring begränsningar av partsautonomin och avtalsfriheten, bör ej förglömmas att en viktig funktion som avtalsrätten har, är att möjliggöra olika förfaranden så att marknadsparterna kan utbyta varor och tjänster på marknaden, inte att påtvinga vissa former av beteenden. Avtalsrätten gör således utbyten genomförbara, som annars inte skulle ägt rum, genom att ge säkerhet åt motpartens löfte. En fördel med avtalsrätten och att lämna bestämmandet av varor eller tjänster som ska traderas till marknadens aktörer, är att beslutsfattandet om sanktioner vid överträdelse inte centraliseras till regeringen eller domaren. Lagen fastställer inte innehållet i varje utbyte, utan skapar endast en ram, som gör att marknaden kan fungera självständigt. Härav följer dock inte att allt ska kunna bli föremål för marknadsmekanismerna och behandlas som en ren handelsvara. Traditionellt har många värden utestängts från marknaden, *extra commercium*, och således undantagits från parternas avtalsfrihet.¹⁵³ Under denna kategori kan icke-diskrimineringsbestämmelserna komma att falla.

4.4.2 Kategorier av begränsningar

Fem kategorier kan urskiljas som riskerar att inskränka avtalsfriheten i europeisk och nationell lagstiftning, enligt Storme. Dessa regler består av: (1) regler som skyddar tillit även om det avviker från parternas avsikt, (2) bestämmelser som skyddar integritet och medgivande, (3) allmänna principer om olaglighet, (4) särskilda tvingande regler om vissa typer av villkor i avtal i allmänhet, eller i vissa typer av avtal, (5) normer kring kontrakt gällande parter som inte är villiga att ingå ett avtal, eller kring extra transaktionskostnader, framför allt icke-diskrimineringsregler. Därmed måste hänsyn tas till såväl begränsning av friheten att träffa ett avtal, t.ex. inskränkningar i friheten att välja med vem en part vill, eller inte vill, ingå ett avtal,¹⁵⁴ som begränsningar av rätten att bestämma avtalsinnehållet.¹⁵⁵

¹⁵⁰Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 3.

¹⁵¹Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 4.

¹⁵²Storme poängterar att det stod klart för de som arbetade med DCFR att EU behöver tekniker som undviker förstening av lagen och som istället möjliggör utveckling av lagar genom rättspraxis.

¹⁵³Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 6f.

¹⁵⁴Principen att fritt ingå avtal är grundstenen i såväl avtalsfriheten som avtalsrätten, se bl.a. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 1995, s.17, och Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2007, s. 28ff.

4.4.3 Gränsdragningsproblem

För att lyckas med en kodifiering av den europeiska avtalsrätten måste ett antal elementära principer fastställas. Somliga rättsutövare med stark tilltro till avtalsfriheten fruktar att en harmonisering av avtalsrätten kommer att ge upphov till mer långtgående restriktioner för den kontraktuella partsautonomin, medan akademiker ofta tenderar att vilja främja utökad social rättvisa i den europeiska avtalsrätten.¹⁵⁶ Under det tjeckiska ordförandeskapet enades Europarådet kring tre fundamentala principer som skulle tas upp i CFR; 1. Avtalsfriheten, 2. Principen om god sed – innefattandes god tro och god sed, 3. Principen om rättssäkerhet inom det avtalsrättsliga området – inbegripet kontraktets bindande verkan.¹⁵⁷

Storme kritiserar brukandet av uttryck likt ”grundläggande principer” och att uppställa krav att åsidosättandet av sådana principer leder till ogiltigförklarande av avtalet. Denna alltför vida innebörd av benämningen riskerar att överlåta för mycket makt att begränsa grundläggande friheter såsom avtalsfriheten, till organ som inte har demokratiskt mandat, exempelvis till domstolar, vissa andra statliga organ eller icke-statliga organisationer. Likaså uppstår problem genom att somliga grundläggande principer är mer centrala än andra. Ett allmänt hållet begrepp likt ”grundläggande principer” återfinns i PECL, artikel 15:101, vars kommentarer hänvisar till en omfattande uppräknings av fundamentala principer där varje form av överträdelse leder till ogiltigförklarande av avtalet. Utifrån detta ämnar DCFR modifiera PECL:s motsvarande artikel, vilket Storme således stödjer.¹⁵⁸ Vidare kan intressekonflikter som uppstår de olika principerna emellan inte lösas genom grundsatserna själva, utan genom att upprätta bestämmelser om regelföreträde och genom att försöka finna en balans mellan de omtvistade grundprinciperna.¹⁵⁹

4.4.4 Transaktionskostnader

Förespråkare av en harmoniserad avtalsrätt inom EU hänvisar bl.a. till de höga transaktionskostnader som flera skilda avtalsrätter ger upphov till. Detta problem drabbar i synnerhet små och medelstora företag och stävjar således gränsöverskridande handel.¹⁶⁰ Kritikerna menar dock att införandet av en europeisk kod kommer att leda till kostnader i samband med enandet kring ett gemensamt regelverk samt vid antagandet av direktiv inom de områden som kommer att påverkas av det nya verket. Det finns inte heller några garantier för en likvärdig tolkning så länge ett nytt EU-omfattande domstolssystem inte införs.¹⁶¹ Likaså uppstår svårigheter när ny lagstiftning inte korresponderar med tidigare.¹⁶² Genom att bevara skillnaderna inom

¹⁵⁵Storme, *Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law*, 2005, s. 7.

¹⁵⁶Fauvarque-Cosson, (Kleineman(ed.)) *A Common Frame of Reference for European Contract Law*, 2011, s. 66.

¹⁵⁷Rasmusson, (Kleineman(ed.)) *A Common Frame of Reference for European Contract Law*, 2011, s. 106f.

¹⁵⁸Storme, *Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law*, 2005, s. 12f.

¹⁵⁹Storme, (Kleineman(ed.)) *A Common Frame of Reference for European Contract Law*, 2011, s. 148.

¹⁶⁰Kommissionen menar att CFR kan reducera transaktionskostnader och således gynna den inre marknaden., COM (2010) 348 Policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses, p.4.1.

¹⁶¹För vidare läsning se hänvisning till doktrin, Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 183.

¹⁶²Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 105.

avtalsrätten kan avtalsparterna själva avgöra vilket lands lag som ska tillämpas, även om det kan bli kostsamt att jämföra jurisdiktionernas olika fördelar.¹⁶³ Emellertid är det svårt att göra en fullständig ekonomisk bedömning av kostnaden för införandet av en uniform EU-rättslig civilkod. Svårigheten ligger bl.a. i att få fram de data som behövs för att ställa fördelar mot kostnader. Samtidigt finns det även en skepticism i synnerhet från de anglosaxiska länderna, mot att underställa sig en civilkod, när de är mer benägna att fortsätta tillämpa sin rättspraxis.¹⁶⁴

4.5 EU-domstolens roll i harmoniseringen

För att möjliggöra en europeisering av avtalsrätten kan ett bortseende inte göras från det inflytande som EU-domstolen har i denna process. EUD är huvudsakligen involverad vid två situationer inom avtalsrättens område: antingen vid avgivandet av ett förhandsavgörande enligt artikel 267 EUF på uppdrag av en nationell domstol, eller i samband med överträdelseavgöranden enligt fördragets artikel 258.¹⁶⁵ Förhandsavgörandet avser endast tolkning och tillämpning av EU-lagstiftningen. Inom det avtalsrättsliga området kan berörda direktiv inte behandla samtliga aspekter, varvid medlemsstaterna ges visst utrymme att öka lagstiftningens omfattning.¹⁶⁶ EUD ska likaledes kunna ge indikationer på hur berörda delar av EU-lagstiftningen relaterade till fallet kan tolkas och tillämpas, även om den påföljande åtgärden skulle falla utanför den nationella domstolens mandat.¹⁶⁷ Delar av doktrinen menar att EUD bidragit till att klargöra omfattningen av direktiven inom avtalsrättens domän och därmed intagit en central roll för harmoniseringen av avtalsrätten. Emellertid har domstolens uttalanden i vissa fall väckt fler frågor än vad som besvarats.¹⁶⁸ Vidare anser kritiker att EUD vid tillfällena har överskridit sina befogenheter och därmed vidgat EU-lagstiftningens omfattning.¹⁶⁹ Domstolen skulle då, istället för att enbart tolka lagstiftningen, de facto varit delaktig i dess nyskapande. I vilket fall, menar Twigg-Flesner, att EUD som tolkande organ starkt bidrar till europeiseringen av avtalsrätten.¹⁷⁰ ¹⁷¹ Vidare kan nämnas utmaningen för nationella domstolar att försöka göra en EU-konform tolkning samt ytterligare svårigheter att genomföra tolkningen om t.ex. direktiv inte blivit korrekt implementerat i lagstiftningen eller luckor finns som måste utfyllas. Har exempelvis ny terminologi tillkommit föreligger risken att domstolen gör en tolkning av dess innebörd som inte stöds av EUD, eller att en medlemsstat tar i beaktande hur andra stater dömt. En komparativ analys av medlemsstaterna innebär inte alltid en garanti att det korrekta och mest effektiva tillvägagångssättet för harmonisering ägt rum.¹⁷²

¹⁶³Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s.189.

¹⁶⁴Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s.185f.

¹⁶⁵Dessa artiklar motsvarar EG-direktivets artikel 234 respektive 226.

¹⁶⁶Denna utvidgning kan exempelvis ske genom att lagstiftningen tillämpas utanför direktivets omfång.

¹⁶⁷Se bl.a. C-28/95 *Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst* (1997).

¹⁶⁸Dörrförsäljningsdirektivet ges som ett exempel på när detta trångmål aktualiserats.

¹⁶⁹Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 43ff.

¹⁷⁰Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 49f.

¹⁷¹Ett rättsfall som exemplifierar det inflytande som EUD:s domslut haft på EU:s lagstiftning; *The Package Travel Directive 90/314/EEC*, artikel 7 med rättsfallet *Dillenkofer*, Case C-178/94.

¹⁷²Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 110f.

5 Avtalsfrihet kontra principen om icke-diskriminering

*Any move towards a comprehensive European contract law system therefore needs to consider where the balance should be struck between party autonomy (freedom of contract) and principles of social solidarity.*¹⁷³

5.1 Inledning

Den grundläggande principen att behandla sina medmänniskor likvärdigt kolliderar med en annan fundamental princip, gemensam för samtliga medlemsstater inom EU; avtalsfriheten. Partsautonomi och avtalsfrihet är grunden för medlemsstaternas privaträtt, på vilken unionsrätten är byggd. Likaså är det *conditio sine qua non* för åtnjutande av de fundamentala friheterna och möjliggörande av den fria marknaden. Det är otänkbart, menar Leible, att ha ett system som bygger på principer om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens men samtidigt inte tillerkänna självbestämmanderätten vid avtalslut. Leible menar att utgångspunkten måste vara att avtalsfriheten tolkas som en formell regel för skydd mot ingripande. Genom att göra detta står det klart att en privatperson kan välja sin avtalspartner, upprätta avtalsvillkor eller vägra att ingå ett avtal på godtyckliga grunder. Kortfattat har en avtalspart, eller mer korrekt en blivande sådan, stor frihet att välja vad denne vill göra. Avtalsfriheten är vida omfattande, men samtidigt kan partsautonomin inte tillåtas vara fullständigt oreglerad. Lagstiftaren besitter rätten att fylla ut detaljerna kring inskränkningarna av partsautonomin. En av dessa begränsningar är som tidigare nämnts diskrimineringsförbudet.¹⁷⁴ Hittills har det ålegat nationella lagstiftare att begränsa avtalsfriheten, men denna uppgift har alltmer kommit att förflyttas till unionsrätten, i synnerhet gällande området som rör anti-diskrimineringslagstiftningen. Detta faktum försöker sedermera ACQP¹⁷⁵ liksom DCFR redogöra för.¹⁷⁶

5.2 Icke-diskriminering som ett problem inom avtalsrätten

5.2.1 DCFR

Regleringen i DCFR ämnar utvidga icke-diskrimineringslagstiftningen från att tidigare endast ha gällt anställningsförhållanden till att även omfatta avtal

¹⁷³Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 165.

¹⁷⁴Schulze, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2009, s. 127.

¹⁷⁵Acquis Group (ed) *Principles of Existing EC Contract Law – Contract I: Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair terms*, 2007, s. 105ff.

¹⁷⁶Schulze, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2009, s. 128.

inom privaträttens domän, samt tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster. Från DCFR:s helhetsstruktur kan slutledning dras att rätten till icke-diskriminering implicit omfattar en skyldighet för motparten att inte diskriminera.¹⁷⁷ Detta åliggande verkar som grund för åtgärderna i DCFR. Leible anser att det vore ett stort misstag att uteslutande fokusera på skadeståndsrätten, vilken är närbesläktat med icke-diskrimineringsbestämmelserna, och inte ta hänsyn till kontraktsrätten. Författaren hänvisar till DCFR:s inledande not 31 som stipulerar att: *Private law must contribute to the protection of human rights and human dignity. In contract law and in pre-contractual relations, for instance, the rules on non-discrimination serve this purpose.*¹⁷⁸

Vidare, att bestämmelserna om icke-diskriminering måste upprätthållas inte enbart vid verkställande av kontrakt, utan även vid deras förhandlingar kan tolkas in i uttrycket ”in relation to a contract” i artikel II.-2:101 i bok II DCFR. Samtidigt ska omnämmandet i art.III.-1:105 DCFR klargöra att skyldigheten att inte diskriminera inte enbart är begränsad till det förkontraktuella stadiet utan reglerar hela kontraktsprocessen.¹⁷⁹

5.2.2 När icke-diskrimineringsprincipen är legitim

Principen om icke-diskriminering är en allmänt vedertagen grundsats för offentliga tjänster och för tjänster som tillhandahålls av monopolister. I dessa fall rättfärdigas principen av det faktum att det inte föreligger någon annan valmöjlighet. Förekommer ett monopol rörande en viss tjänst, borde dess leverantör vara skyldig att erbjuda denna service likvärdigt till samtliga samhällsmedborgare. Således är det själva monopolet i sig som rättfärdigar denna likabehandling. Likabehandlingen är dock endast motiverad för varor och tjänster, som marknaden inte själv kan tillhandahålla; ett undantag då centraliserad planering och beslutsfattande anses bättre än decentraliserad sådan, fattad av marknadsaktörerna.¹⁸⁰

Diskrimineringsbestämmelser inom privaträtten kan rättfärdigas främst genom att de upprättar ett skydd mot social utestängning grundad på viss privat information. Ju fler personliga egenskaper som skyddas, desto mer utjämnande resultat. Neuner menar att teoretiskt sett skulle alla typer av särbehandling baserad på personliga egenskaper kunna vara förbjudet, vilket därmed skulle leda till slutet på avtalsfriheten och upplösningen av den fria företagsamheten. Framförallt anses ekonomisk ojämlikhet med tillhörande diskriminering vara företeelser inom en fri marknadsekonomi som inte kan tas från marknaden utan att radera den. Neuner menar således att

¹⁷⁷Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s.128.

¹⁷⁸Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s.129.

¹⁷⁹Schulze, Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2009, s.129.

¹⁸⁰Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 13f.

diskriminering är en viktig beståndsdel i en marknadsekonomi och att den utgör kärnan i privat autonomi. Ett universellt förbud mot diskriminering skulle vara oförenligt med unionsrätten och skulle innebära en förändring av systemet till en strikt materialistisk och frihetsfientlig egalitär regim. Skydd mot diskriminering på lagstiftande väg, anser Neuner endast vara motiverat när risken för betydande utestängning av en marknadsaktör är förhanden.¹⁸¹

5.2.3 När principen om icke-diskriminering kan skapa färre istället för fler möjligheter

Storme menar att en påtvingad regel att behandla alla samhällsmedborgare lika, för en marknadsaktör som varken innehar en dominerande ställning eller monopol, ger upphov till negativa konsekvenser för samtliga parter. Orsaken är en följd av att lika möjligheter i allmänhet innebär *färre* möjligheter istället för fler.¹⁸² Medborgare med varierande behov och önskemål får med detta synsätt inte möjlighet att bestämma vilka egenskaper de vill efterfråga, alternativt utesluta, hos andra marknadsaktörer i samband med avtalsförhandlingar. Detta beslut kommer istället att läggas hos lagstiftaren eller domaren, något som Storme motsätter sig.¹⁸³ Storme menar att avgöranden och överväganden därmed helt kommer att centraliseras till domaren. På en välfungerande öppen marknad kommer däremot irrationell diskriminering att straffa sig själv genom marknadens beslutsprocesser, anser Storme. Dessa processer blir då mer demokratiska och skapar större möjligheter för marknadsaktörerna.¹⁸⁴ ¹⁸⁵ Om inget monopol råder och fritt tillträde till marknaden föreligger, kommer det alltid att finnas tjänsteleverantörer som överbrygger den motsättning som uppstår när irrationell diskriminering sker. Storme och Epstein menar att problemet i själva verket ligger i vad lagstiftaren eller domaren anser falla under icke-diskrimineringskategorin, nationalitet, etnicitet, kön etc., medan författarna finner att dessa diskrimineringsgrunder kan vara av väsentlig betydelse att tillämpa i enskilda fall: *The factors regarded by anti-discrimination law as irrelevant for decision making are in fact highly relevant.*¹⁸⁶

5.2.4 När principen om icke-diskriminering motsäger sitt syfte

Genom att införa en skyldighet att inte diskriminera, anser Storme, att medborgarna invaggas i en falsk trygghet om att likabehandling tillförsäkras dem. Han menar t.o.m. att det är en förtäckt form av sociala trakasserier som

¹⁸¹Neuner, Protection Against Discrimination in European Contract Law, 2006, s. 44f.

¹⁸²Epstein, Equal Opportunity or More Opportunity? The Good Thing about Discrimination, 2002, s 13ff.

¹⁸³Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 14.

¹⁸⁴Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 14.

¹⁸⁵Epstein, Equal Opportunity or More Opportunity? The Good Thing about Discrimination, 2002., s. 19.

¹⁸⁶Epstein, Equal Opportunity or More Opportunity? The Good Thing about Discrimination, 2002., s. 13.

understöds av lagen, vilket leder till ojämlika rättigheter för vissa grupper visavi andra.¹⁸⁷ Resultatet blir ojämlikt av två anledningar. Den första är relaterad till det faktum att det enbart blir tjänsteleverantörer, säljare eller arbetsgivare som åläggs en skyldighet, medan övriga parter på marknaden lämnas fritt utrymme att diskriminera, *maybe not in theory but in all cases in practise*¹⁸⁸, enligt Storme. Den anställde har möjligheten att utföra diskriminerande handlingar gentemot sin arbetsgivare genom att välja att ta ett jobb eller inte, vilket arbetsgivaren inte kan göra. Detta menar Storme, ger uttryck för *a form of unequal treatment under the guise of equal treatment*.¹⁸⁹ Den andra anledningen till den ojämlika påföljden är att anti-diskrimineringsbestämmelser i praktiken endast skyddar en viss kategori, exempelvis kvinnor i vissa sammanhang och män i andra situationer. Storme förklarar de senaste decenniernas utveckling av anti-diskrimineringslagstiftningen med att välfärdsstaten har utgett fler löften än vad den kunnat hålla: *The welfare state has promised heaven on earth to all citizens, and it is impossible to deliver on these promises because, in order for this to be done, taxes should have been doubled*.¹⁹⁰ Eftersom staten varken kan eller vill finansiera utfästelserna, lönar det sig ändå att fortsätta utlova reformer som makthavarna i slutändan likväl inte kan genomföra.¹⁹¹

5.2.5 När principen om icke-diskriminering hämmar den inre marknaden

Icke-diskrimineringslagstiftningen tillkom för att skydda mänsklig värdighet genom att motverka särbehandling av vissa utsatta grupper. Motiven var således inte ekonomiska, poängterar Thüsing och Horler, utan snarare etiska.¹⁹² Denna etiska bevekelsegrund menar författarna är av stor vikt, och om det är statens skyldighet *to provide a counterbalance to the social contrasts, and with that, an equitable social order*¹⁹³ är det därmed nödvändigt att integrera icke-diskrimineringsbestämmelserna i civilrätten såväl som i arbetsrätten. Författarna ställer sig dock frågande till i vilken utsträckning icke-diskrimineringslagar främjar välfärden samt påpekar att samhällsekonomi och regleringar inte alltid korrelerar. Rättvisa kan ibland få stå tillbaka till förmån för effektivitet och vice versa. Vidare betonas att anti-diskrimineringslagstiftningen är på frammarsch och att dessa bestämmelser integreras alltmer i rättssystemet. Av den anledningen efterfrågar författarna en debatt inom EU om de ekonomiska konsekvenserna av denna integrering.¹⁹⁴

¹⁸⁷Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 14.

¹⁸⁸Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 14.

¹⁸⁹Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 15.

¹⁹⁰Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 15.

¹⁹¹Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 15.

¹⁹²Thüsing och Horler(Wagner(ed.))The Common Frame of Reference:A View from Law&Economics,2009,s.208.

¹⁹³Citatet kommer ur Bundesverfassungsgericht of 18th July 1967, BverfGE 22, 180, 204, som hänvisas till av Wagner, s. 208.

¹⁹⁴Thüsing och Horler(Wagner(ed.))The Common Frame of ReferenceA View from Law&Economics,2009,s208ff.

Storme anser att staten genom att ha tillerkänt sina medborgare rätten att inte bli diskriminerade, samtidigt har rättfärdigat *the right to attack and harass other citizens who are active in markets or civil society*,¹⁹⁵ och på så sätt bekämpas den inre marknaden och det öppna samhället istället för att gynnas. Detta resultat är en följd av att de svagare parterna inte får tillgång till varor och tjänster utan tvärtom hindras från att nå marknaden. Bland riskaversiva parter kommer dessa konsekvenser i synnerhet att märkas, då dessa investerare kommer att avstå från att offentliggöra erbjudanden om uppköp och istället rikta sig till privata nätverk. Genom att hålla sig inom inofficiella sammanslutningar behöver aktören således inte riskera att utsättas för, som Storme uttrycker det, *social harassment based on anti-discrimination laws*¹⁹⁶, utan kommer att anslå exempelvis jobberbjudandet inom en utvald krets. ”De svagare parterna” som lagstiftningen egentligen är till för att skydda, riskerar att drabbas hårdare eftersom anti-diskrimineringslagstiftningen kommer att ge upphov till färre arbetsmöjligheter istället för fler, enligt den här teorin. För att denna förkunnelse inte ska inträffa måste *the state intervenes with even more totalitarian policies, interfering even in the strictly private spheres and networks*,¹⁹⁷ som Storme beskriver det. Eftersom diskrimineringslagstiftningen då leder till begränsade möjligheter att erhålla varor och tjänster och följaktligen är ett problem, måste transparenta lösningar skapas som är mer jämlika och rättvisa och därmed mindre inkräktande på rättssäkerheten. För att tillfredsställa denna efterfråga på transparens, menar Storme att dessa lösningar måste leda till bättre tillgång till marknaden för nytillkomna tillhandahållare av produkter och tjänster. Vidare måste en spridning av den sociala risken ske genom öppen beskattning samt utdelning av skatteförmåner till de som drabbas hårdast av detta sociala ansvar. Storme anser nämligen att anti-diskrimineringslagstiftningen är en form av dold beskattning som dessutom är orättvist fördelad, vilket leder till rättsosäkerhet och stimulerar sociala trakasserier.^{198 199}

5.2.6 DCFR:s relation till andra regelverk²⁰⁰

Bonell förespråkar att DCFR i första hand ska fokusera på konsumenttransaktioner framför B2B. Anledningen till detta är att utvecklingen inom EU främst har inriktats mot just det konsumenträttsliga området medan B2B-transaktioner dominerats av den angloamerikanska rättens syn på avtal. Detta förhållningssätt har gett upphov till en icke-europeisk utgångspunkt vid skapande och tillämpning av bindande instrument såsom CISG eller soft law likt INCOTERMS och ICC Model Contracts eller det allmän avtalsrättsliga UNIDROIT Pr. Därmed, menar

¹⁹⁵Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 15.

¹⁹⁶Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 15.

¹⁹⁷Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 15.

¹⁹⁸Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, 2005, s. 15.

¹⁹⁹För vidare läsning bl.a. relaterat till ekonomiska effekter och skyddet för den underlägsna parten, se exempelvis Cherednychenko, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions, 2007.

²⁰⁰DCFR:s effekt på den inre marknaden kan till stor del påverkas av huruvida produkten transformeras från soft law instrument till bindande regelverk, samt hur stor del av DCFR som kommer ligga till grund för CFR.

Bonell, borde EU ta tillfället i akt att sätta en europeisk prägel på området och således även kunna reducera transaktionskostnaderna för bolag inom unionen.²⁰¹ Somliga författare menar att DCFR aldrig kommer att tjäna som modell ur ett globalt perspektiv och tycker att fokus istället borde ligga på att utveckla CISG och stärka dess roll inom den europeiska köprätten för att Europa ska bibehålla sin ledande ställning i dess progression. Skulle emellertid en harmonisering av någon form ske, menar samma författare att CISG måste lämnas opåverkad.²⁰² Andra delar av doktrinen, anser istället att CISG i en sådan situation måste revideras och att DCFR inte inkräktar på detta arbete, även om produkten borde minska sitt omfång.²⁰³

Vogenauer är av åsikten att DCFR och UNIDROIT Pr. kommer att kunna verka sida vid sida, och därmed inte kommer att konkurrera om samma utövare. Emellertid menar författaren att DCFR troligtvis är överflödigt inom det handelsrättsliga området, eftersom UNIDROIT Pr. anses vara tillräcklig inom denna domän. Dock kan just kravet på gränsöverskridande handel, eller åtminstone en transaktion med någon form av internationell karaktär, begränsa UNIDROITS Pr.:s omfång. Rent nationella transaktioner omfattas inte, varvid Vogenauer menar att DCFR därför kan fylla ett syfte.²⁰⁴ Vidare kan UNIDROIT Pr. endast tillämpas på B2B-transaktioner och lämnar således B2C- och C2C-kontrakt utanför. Dessa avtal kommer DCFR att fånga upp, då verket omfattar samtliga tre transaktionstyper.²⁰⁵ Vogenauer menar emellertid att det är svårt att förutse hur marknaden kommer att reagera och hur pass tillmötesgående parterna kommer att vara med att byta den någorlunda förutsebara nationella lagstiftningen mot osäkerheten kring ett nytt juridiskt instrument.²⁰⁶ Ur ett konsumenträttsligt perspektiv skulle detta nya verk generellt kunna leda till ett mer omfattande skydd än nuvarande nationella lagstiftningar. Vogenauer menar dock, med stöd av annan doktrin²⁰⁷, att om DCFR görs till ett frivilligt instrument kommer affärlivet att välja denna reglering endast i fall då den anses vara mer lämpad än nationell lagstiftning för B2B-transaktioner.²⁰⁸ ²⁰⁹ Ett scenario som därmed torde undvikas är att den enskilde näringsidkaren ställs att välja mellan obligatoriska bestämmelser inom konsumenträtten å ena sidan och den övergripande principen om avtalsfrihet å andra sidan. Graf von Westphalen menar att det bästa tillvägagångssättet för att försöka lösa konflikten är att skapa tvingande skyddsregler för den svagare parten och samtidigt upprätthålla den allomfattande principen om avtalsfrihet genom att parterna lämnas att fritt bestämma hur de bäst försvarar sina intressen.²¹⁰

²⁰¹Bonell(Kleineman(ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s. 38.

²⁰²Schwener och Hachem(Kleineman(ed.))A Common Frame of Reference for European Contract Law,2011,s.125.

²⁰³Lando(Kleineman(ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s. 91.

²⁰⁴Vogenauer(Kleineman(ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s.155ff.

²⁰⁵Vogenauer(Kleineman(ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s. 161.

²⁰⁶Bl.a. menar Vogenauer att DCFR inte skapats för stora företag och individuellt förhandlande avtal, utan att bestämmelserna istället tenderar att gälla standardiserade kontrakt riktade till konsumenter och småföretagare. Vogenauer(ed. Kleineman, J), s. 188.

²⁰⁷Se t.ex. Abbiati(Kleineman(ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s.12ff.

²⁰⁸Vogenauer(Kleineman(ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s. 165 och Vogenauer, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?, s. 176.

²⁰⁹Likväl anser Vogenauer att DCFR kan komma att fylla en viktig funktion som frivilligt instrument mellan näringsidkare, se Vogenauer, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?, 2010, s.176.

²¹⁰Graf von Westphalen(Kleineman(ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s. 77.

Det som uppstår när minimibestämmelser tillämpas beskrivs ibland som en juridisk gråzon eftersom medlemsstaternas legislativa frihet aldrig har prövats av EU-domstolen. Detta osäkra rättsläge kan vara en anledning till att EU-lagstiftningen alltmer går mot en fullständig harmonisering.^{211 212}

5.3 Social rättvisa

5.3.1 Integration

EU:s anti-diskrimineringsområde är en del av den europeiska integrationen främst genom lagstiftning inom unionen. Som sådan är den föremål för en särskild dynamik, och i bästa fall, menar Schiek, löst förbunden med de socio-politiska ambitioner som jämställdhetslagstiftningen innebär. Kompetensområdet "social policy" har alltid varit fragmenterat inom EU. Integrationsprojektet inleddes på 1950-talet, baserat på den optimistiska tron att upprättandet av en gemensam marknad skulle leda till social sammanhållning och en stadig höjning av levnadsstandarden, utan ytterligare gemenskapspolitiska åtgärder och lagstiftning. Denna tro övergavs visserligen i och med Maastrichfördragets ikraftträdande, men den europeiska integrationen fortsatte att inta ett starkt ekonomiskt förhållningssätt. För att vinna allmänhetens stöd för integrationsprojektet införlivades sociala aspekter i allt högre utsträckning, framför allt inom ramen för EEG. Schiek menar att en bidragande orsak till att icke-diskriminering och jämlikhet blev en viktig del av integrationsarbetet var att medlemsstaterna hade ett heltäckande social policy-projekt som även omfattade dessa områden. Ytterligare en anledning, anser Schiek, var att skapandet av en inre marknad blev beroende av likabehandling av något slag.²¹³ Med ett nyliberalt förhållningssätt, kunde stater förlita sig på likabehandling av varor och tjänster och låta personer konkurrera på grundval av olika "sociala kostnader". EU har dock alltid valt en annan väg, på vilken likabehandling av personer istället åtföljs av den fria rörligheten för arbetskraft och fri etableringsrätt. Således, vad som först skulle förstås som en rättslig ram för integration av marknaden, utvecklades sakta till en grund för krav från enskilda medborgare om lika behandling på arbetsmarknaden och att få tillgång till olika länder, exempelvis genom tillerkännande av sina kvalifikationer även i andra medlemsstater.^{214 215}

5.3.2 Att mäta social rättvisa

Det är i princip omöjligt att mäta graden av social rättvisa i DCFR. Det finns otaliga men sinsemellan oförenliga teorier etablerade som rör området social

²¹¹Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, 2008, s. 105.

²¹²Oberoende av vilken status DCFR kommer uppnå eller om delarna kommer antas i sin helhet, menar The Study group att produkten utformats så enskilda avsnitt ska kunna tillämpas fristående. Detta uttalande ifrågasätter dock Schulze och Wilhelmsson som menar att verkets utförande isåfall måste revideras. Schulze och Wilhelmsson, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*, 2008, s. 164f.

²¹³Schiek och Chege, *European Union Non-Discrimination Law*, 2008, s. 7.

²¹⁴Schiek och Chege, *European Union Non-Discrimination Law*, 2008, s. 8.

²¹⁵C-120/78 Cassis, är exempel på en dom som bidrog till integration, genom principen om ömsesidigt erkännande.

rättvisa. Dessa åskådningar ger inga svar på rättvisefrågorna inom privaträtten och de tillhandahåller inte heller någon måttstock för att objektivt kunna mäta social rättvisa i DCFR.²¹⁶ Wagner poängterar dock den nära relation som föreligger mellan rättvisa och jämlikhet genom att beskriva att Aristoteles såg jämlikhet som en förutsättning för rättvisa, medan Kant uppfattade rättvisa som härrörande från en känsla av jämlikhet.²¹⁷ Således belyser Wagner betydelsen av icke-diskrimineringslagstiftningens tillämpning, oberoende av betraktarens ståndpunkt i frågan.

5.3.3 Förkastande av social rättvisa eller oreglerad kapitalism genererar ej personlig frihet

Hayek²¹⁸ som var en utpräglad liberalist, avvisade helt tanken på social rättvisa och varnade enträget för att varje ingrepp på den fria marknaden som utgick från någon form av social rättvisa skulle leda till en totalitär stat, i vilken individuell frihet skulle vara helt avskaffad. Denna dystopiska profetia uppfylldes dock aldrig och Hayek lyckades inte heller framskaffa några bevis för dess närliggande förverkligande. Hesselink menar dessutom att Hayeks påstående är falska.²¹⁹ Hesselink påpekar att det faktum som Hayek bortser från, är att individer i fungerande välfärdsstater i själva verket åtnjuter större frihet än i många andra renodlade kapitalistiska stater. Det finns inga bevis för ett positivt samband mellan oreglerad kapitalism och personlig frihet.²²⁰ Lando uttrycker detta enligt följande: *Experience seems to show that societies, which build on a market economy combined with solidarity, fairness and loyalty, fare better than those where the law of the jungle governs.*²²¹

5.3.4 Olikartade tillämpningar och synsätt

Hesselink förutspår att varje medlemsstat liksom enskilda medborgare kommer att applicera DCFR på olika sätt, men att detta måste accepteras om europeiseringen av privaträtten ska kunna genomföras. Olikheterna bottenar i EU-medborgarnas avvikande intressen, preferenser och åsikter relaterat till de ämnen som DCFR behandlar samt inställningen till social rättvisa i den europeiska privaträtten. DCFR har strävat efter att minska detta problem kring samstämmighet genom att engagera ett hundratal jurister från samtliga medlemsstater vid utformningen av denna gemensamma referensram.²²² Rasmusson²²³ menar att DCFR:s bestämmelser måste integreras i vardagen för att få genomslagskraft: *Our main objective is to take this great work and to translate it into something that can be of practical use to the citizens of*

²¹⁶Hesselink, Common Frame of Reference & Social Justice, 2008, s. 253f.

²¹⁷Wagner(ed.) The Common Frame of Reference: A view from Law&Economics, 2009, s. 207.

²¹⁸Hayek har t.ex. tilldelats nobelpriset i ekonomi år 1974.

²¹⁹Hesselink, Common Frame of Reference & Social Justice, 2008, s. 253.

²²⁰Hesselink, Common Frame of Reference & Social Justice, 2008, s. 254.

²²¹Lando, The structure and the legal values of the Common Frame of Reference (CFR), 2007, s. 245ff.

²²²Hesselink, Common Frame of Reference & Social Justice, 2008, s. 254ff.

²²³Tanja Rasmusson är politisk rådgivare vid svenska Justitiedepartementet.

*Europe in their everyday lives – be they individuals, businesses, students or legislators.*²²⁴ Rasmusson är dock väl medveten om att ett sådant införlivande är en utmaning och att DCFR, oavsett vilken officiell status produkten uppnår, kommer att ta lång tid att genomföra.²²⁵

5.3.5 Motiv till diskriminering

I merparten av fall ägnar juristen sig inte åt att reflektera kring varför en part väljer att fatta ett diskriminerande beslut, utan riktar snarare in sig på om det exempelvis är direkt eller indirekt diskriminering som varit för handen. Thüsing och Horler menar att de bakomliggande anledningarna till diskrimineringen måste fastställas för att kunna påvisa den ekonomiska effekt som icke-diskrimineringslagstiftningarna ger upphov till. Motiven till handlingarna kan grovt delas in i fördomar, förmyndarmentalitet och ekonomisk effektivitet.²²⁶

Själva diskrimineringen kan i sin tur härröra från ofullständig information eller bristfällig bearbetning av densamma. Emellertid kan t.ex. arbetsgivaren välja att bortse från korrekt information som delgivits och frångå den ekonomiska jämställdheten till förmån för sina egna preferenser, även om en ekonomisk förlust kan bli följd. I det fallet strävar personen ifråga efter en nyttomaximering, där delar av nyttomaximeringen inte är av ekonomisk natur. Icke-diskrimineringsbestämmelsernas inverkan på händelseförloppet kan då komma att tolkas olika. Argumentationen kan föras utifrån att en arbetsgivare som tvingas följa likabehandlingsbestämmelser måste bära en större, om än inte ekonomisk, kostnad. Därmed kommer varje vinst inte nödvändigtvis leda till nyanställning, då vinstmarginalen efter att summan av ekonomisk och icke-ekonomisk kostnad sammanställts kommer att vara alltför liten. Författarna menar således att anti-diskrimineringsregleringen kan ge upphov till färre arbetstillfällen. Intas däremot ett annat förhållningssätt till icke-diskrimineringsbestämmelserna, kan tolkning göras med utgångspunkt i att dessa kostnader istället fortare minskar antalet arbetsgivare på marknaden med en diskriminerande inställning, då dessa arbetsgivare kommer att frysas ut.²²⁷

Thüsing och Horler menar vidare att en möjlig tolkning av icke-diskrimineringsbestämmelserna är att den ojämlika behandlingen utförd av arbetsgivaren ska bedömas utifrån huruvida handlingen gjorts med hans eller hennes ekonomiska intresse i fokus eller ej. Överensstämmer den personliga vinsten för arbetsgivaren med den ekonomiska, eftersom inga fördomar eller ekonomiska kostnader har funnits med i beräkningen, kan presumtion göras att beslutet som fattats av arbetsgivaren och den anställde ömsesidigt syftar till att öka vinsten och därmed är det mest effektiva för den totala sociala välfärden. Den ekonomiska jämvikten skulle då rubbas av

²²⁴Rasmusson(Kleineman (ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s. 108.

²²⁵Rasmusson(Kleineman (ed.)) A Common Frame of Reference for European Contract Law, 2011, s. 108.

²²⁶Thüsing och Horler(Wagner(ed.))The Common Frame of ReferenceA View from Law&Economics,2009,s.209f.

²²⁷Thüsing och Horler(Wagner(ed.))The Common Frame of Reference:A View from Law&Economics,2009,s.212.

en rättslig inverkan.²²⁸ Ett annat förhållningssätt som kan intas till bestämmelserna är att anti-diskrimineringslagstiftningen ger upphov till mycket skilda utslag på effektiviteten av arbetsförhållandet, beroende på vilken typ av ojämlikt beteende som ska bekämpas. Detta resultat uppkommer i synnerhet fall då ekonomiska intressen är den bakomliggande orsaken till varför arbetsgivaren, försäljaren, hyresvärden etc. utför en diskriminerande handling. Argumenten som används gällande icke-diskrimineringsbestämmelserna får ställas mot effektiviteten av statlig inblandning i avtalsförhållandet, enligt Thüsing och Horler.²²⁹

5.3.6 Skönsmässig bedömning

Nuvarande icke-diskrimineringslagstiftning ämnar skydda grupper som uttryckligen nämns i direktiven inom området och DCFR, varvid Thüsing och Horler menar att privatpersoner per se inte omfattas. Därmed åsidosätts individtänkandet till förmån för kollektivet, vilket i sig kan vara kränkande.²³⁰ Vidare påpekar författarna gränsdragningsvårigheterna för icke-diskrimineringsbestämmelsernas omfattningsområde och menar dessutom att trots att diskriminering är en skymf mot mänsklig värdighet är den generellt sett inte moraliskt förkastlig. Istället måste en åtskillnad göras mellan godtycklig och icke-skönsmässig diskriminering.^{231 232}

5.3.7 Positiva effekter på samhället

Sammanfattningsvis avser icke-diskrimineringsbestämmelserna att skydda människovärdet genom att begränsa friheten för en privaträttslig aktör till förmån för en annan sådan parts möjlighet till utveckling.²³³ Vidare är skyddet mot diskriminering i första hand till för den enskilde medborgaren.²³⁴ Dock tjänar inte bara vederbörande eller grupper på diskrimineringsskyddet, utan hela samhället i stort gagnas. Ett samhälle som utestänger vissa grupper av befolkningen ”äventyrar sin egen inre frid”, som Neuner uttrycker det, eftersom handlingen väcker motstånd från de som undantas, liksom motsvarande solidaritet från tredje part. Dessutom blir det demokratiska statsskicket, vilket bygger på individens frihet, endast effektivt om möjligheter att delta i samhället finns tillgängliga för samtliga medborgare.²³⁵

²²⁸Thüsing och Horler(Wagner(ed.))The Common Frame of Reference:A View from Law&Economics,2009,s.213.

²²⁹Thüsing och Horler(Wagner(ed.))The Common Frame of Reference:A View from Law&Economics,2009,s.214.

²³⁰Detta problem kan uppstå exempelvis för personer som finns upptagna i brottsregistret. Inom EU klassificeras än så länge inte f.d. lagöverträdare som en stigmatiserad grupp, vilket de bl.a. gör i vissa amerikanska och australiensiska delstater, varvid diskriminering relaterat till ex-brottslingar i dessa stater är förbjudet. Under förutsättning att kravet inte är väsentligt för jobbet i fråga.

²³¹Det sistnämnda kan illustreras av krav på storleksbegränsningar som flygplansbesättningen måste uppfylla för att smidigt kunna passera genom planets gångar. Villkoret är godtagbart eftersom bestämmelsen inte hindrar personen ifråga från att bli individuellt bedömd och kan påvisa ett objektiva skäl till dess tillämpning. Åtskillnaden anses därmed vara rimlig och nödvändig för att fatta ett ansvarsfullt beslut. Således karaktäriseras skönsmässig diskriminering av att omständigheter som tagits med i bedömningen varit irrelevanta för situationen ifråga.

²³²Thüsing och Horler(Wagner(ed.))The Common Frame of ReferenceA View from Law&Economics,2009,s.214f.

²³³Neuner, Protection Against Discrimination in European Contract Law, 2006, s. 43.

²³⁴Neuner, Protection Against Discrimination in European Contract Law, 2006, s. 42.

²³⁵Neuner, Protection Against Discrimination in European Contract Law, 2006, s. 43.

6 Avslutande analys

6.1 DCFR – ett alltför omfattande verk eller snarare för snävt?

Delar av doktrinen menar att DCFR är ett alltför ambitiöst verk och att produkten istället borde utformas bättre och fokusera på ett mindre område. Exempelvis anser Thüsing och Horler att DCFR bör revideras för att beakta de marknadseffekter som anti-diskrimineringsregleringen ger upphov till, men dock ges inga förslag på tillvägagångssätt. Avsaknaden av propåer är symptomatiskt, eftersom det är ett mångfacetterat område som berörs med otaliga perspektiv att ta i beaktande. Andra delar av doktrinen uppfattar istället DCFR som snäv, då bl.a. sociala hänsynstagande i för liten utsträckning gjorts. Huruvida DCFR:s omfattning är alltför stort är svårt att avgöra. Det kan å ena sidan tyckas eftersträvansvärt att verket är gediget utformat så att vissa frågetecken kan rätas ut, men å andra sidan kan nya problem ha skapats. Ska bestämmelserna implementeras i sin helhet kan produkten tyckas vittgående, men kommer DCFR endast att få karaktären av uppslagsverk, borde produkten tacksamt tas emot. Emellertid uppstår det problem kring att minimera omfattningen, då flertalet ämnesområden överlappar och påverkar varandra. Vidare visar DCFR likaledes att regelverk såsom UNIDROIT Pr., PECL och CISG, på ett eller annat sätt är sammanlänkade och om inte kompletterande så åtminstone inspirerade av varandra. Svårigheten ligger bl.a. i att finna rätt balans för att minimera intressekonflikter. Jag anser dock att DCFR tydliggör att prioritet ska läggas på att lyfta fram solidaritet, jämlikhet och icke-diskriminering på ett sätt som tidigare inte gjorts inom privaträtten. Således införs ett synsätt som förut främst fallit under bestämmelser gällande mänskliga rättigheter. Tillkomsten av DCFR skulle därmed fylla ett tomrum och bringa dessa annars relativt tydligt separerade ämnesområden betydligt närmre varandra.

6.2 Frivilligt eller tvingande instrument

DCFR har till stor del utvecklats utifrån ett konsumenträttsligt perspektiv. Nu åligger det politikerna att öka eller minska det konsumenträttsliga skyddet. Denna åtgärd kan bl.a. ske genom att DCFR görs till ett fakultativt instrument. Ett sådant beslut skulle troligtvis minska konsumentskyddet. Ett annat alternativ är anta DCFR i dess nuvarande utformning och transformera produkten till ett tvingande regelverk. Det är den politiska viljan som avgör huruvida konsumenten eller storföretagen kommer att ges tolkningsföreträde. Majoriteten i doktrinen menar att marknadsaktörer kommer avtala bort DCFR:s reglering att applicera på B2B-kontrakt om verket alltför långtgående kommer begränsa parternas avtalsfrihet. Därmed är det av vikt att DCFR utformas så att bestämmelserna får stöd av så stor andel av marknadsaktörerna som möjligt. Tillvägagångssättet kan ske på

frivillig eller tvingande basis. Om, som somliga författare menar, tendensen bland storföretagen blir att DCFR kommer avtalas bort, måste lagstiftarna avgöra om de multinationella företagen eller B2C-och C2C-transaktionerna ska främjas. Vidare har små - och medelstora företag vanligen inte tillgång till juridisk kompetens i samma utsträckning som storföretagen, varvid de per se hamnar i underläge. De mindre bolagen har därmed ett större skyddsbehov, vilket jag tror att DCFR till viss del kan tillfredsställa. Somliga i doktrinen menar även att DCFR med dess model rules delvis påminner om ett standardavtal, vilket därmed kan medföra lägre transaktionskostnader. Denna utformning kan även skapa större insyn och transparens i avtalsförhållandet eftersom avvikelser måste klargöras.

6.3 Vikten av en välförankrad lagstiftning

Vid utformningen av DCFR har tonvikten legat på att ha en mångsidig beredningsgrupp. Denna komposition har åstadkommit genom att involvera ett stort antal representanter, både yrkesverksamma jurister och akademiker, med spridning över de 27 medlemsstaterna. Anledningen till denna breda sammansättning av företrädare görs för att eftersträva en sådan koherent bild som möjligt av olika synpunkter och aspekter rörande de lagrum som avhandlas. När beslut om nya bestämmelser tas inom EU är det av stor vikt att det nya regelverket är väl förankrat inom så många samhällsnivåer som möjligt. Det är inte enbart 27 olika uppfattningar som ska tas hänsyn till, utan om det hårddras miljontals förmenande, vilket per se blir omöjligt att tillfredsställa samtliga ståndpunkter. Det är därför väsentligt att lagstiftaren ger stort utrymme för åsikter från ett betydande antal remissinstanser för att kunna ställa synpunkter, aspekter och överväganden mot varandra. Till följd därav, kommer, förhoppningsvis, den bästa lösningen nås och med detta resultat vinna opinionens stöd genom en verklighetsförankrad lagstiftning.

Jag sympatiserar med den ambitiösa utformningen av the Study Group, men skulle gärna se en ännu större spännvidd genom att engagera ytterligare yrkeskategorier såsom ekonomer, samhälls- och statsvetare m.fl., inte bara som remissinstanser, utan även i själva lagstiftningsutformningen, dvs. som medlemmar i the Study Group. Genom att ytterligare bredda kompetensen i arbetsgrupperna skulle troligtvis en bättre konsekvensanalys av bestämmelsernas inverkan på samhället kunna göras och de olika intressena balanseras. Jag är av åsikten att det till viss del är positivt att involvera flertalet aktörer vid regelutformning under förutsättning att avkall aldrig får göras från rättssäkerheten. Om exempelvis näringslivet får för stort inflytande över beslutsprocessen riskerar detta tillförlitligheten, samtidigt som det är angeläget att många parter får komma till tals genom remissyttranden och dylika förfaranden. Emellertid är det i slutändan av största vikt att det är EU-parlamentet som lägger lagförslaget som EU-kommissionen och Ministerrådet sedan måste godkänna. Samtidigt kan tillämpningen bli bättre och resultatet likaså, om det är en väl genomarbetad proposition som presenteras med stark förankring i samhället. Då undvikes i möjligaste mån regelkrångel, onödiga kostnader och tidsförlust, för att nämna några av alla de olägenheter som kan uppkomma.

Forskning behöver stimulans för att utvecklas och för att skapa nydanande lösningar. Jag efterlyser mer vittgående utredning på området rörande vilka effekter DCFR kommer att ge upphov till, för såväl den enskilda medborgaren som den inre marknaden. Det måste finnas en interaktion mellan aktörer på marknaden, politiker och samhället i övrigt med dess medborgare i spetsen. Missriktade och undermåliga bestämmelser försvagar stadgandens verkningsgrad och ett marknadsmisslyckande kan uppstå till följd av underhållig forskning kring lagstiftningens konsekvenser. Emellertid inser jag svårigheten med denna granskning p.g.a. det dilemma som uppstår vid t.ex. en kostnads-intäktskalkyl när storheternas likvärdighet ska bedömas. I vilken utsträckning kan t.ex. risken för att människor kommer till skada jämföras med exempelvis företags- eller samhällskostnader.

6.4 Diskriminering utifrån enskilda bedömningar

Det är i varje enskild stat som arbetet för jämställdhet och mot diskriminering måste börja, vilket stora delar av doktrinen bekräftar. Var och en av EU:s medlemmar måste fortsätta verksamheten, vare sig det gäller implementering av direktiv eller fullfölja arbetet med att efterleva de uppsatta riktlinjerna om icke-diskriminering. Jag ser dock en fara med att alltför frekvent införa nya direktiv, eftersom detta förfarande kan leda till en urvattning av de redan existerande bestämmelserna. Det är av stor vikt, anser jag, att fokusera på vad som finns idag genom redan uppsatta lagar och direktiv och bearbeta, vidareutveckla och utvärdera dessa innan alltför mycket nytt implementeras. Risken finns annars att ny reglering kan leda till en försämring snarare än en förbättring och fler kan i slutändan bli drabbade av exempelvis icke-diskrimineringsbestämmelserna än vad som från början ämnades skyddas. Som delar av doktrinen hävdar kan DCFR:s bestämmelser de facto leda till en försvagning av individens position i samhället, varvid en alltför kategorisk inställning till icke-diskrimineringslagstiftningens innebörd måste undvikas. Epstein och Storme är två förespråkare av tillämpning av diskriminering i enskilda fall, dvs. inte allmänt hållet, och menar att det kan vara ”perfectly rational and/or perfectly relevant” att göra så. Detta förordande av individuell bedömning anser jag i teorin vara mycket god för att möjliggöra beaktande av särskilda omständigheter etc. I praktiken tror jag emellertid att tillämpningen riskerar att bli alltför rättsosäker då förutsägbarheten åsidosätts till förmån för en alltför skönsmässig bedömning. Sammanfattningsvis förespråkar Storme ett avskaffande av anti-diskrimineringsbestämmelser för medborgare som inte upprätthåller ett monopol och anser att ett misstroendesamhälle skapas genom icke-diskrimineringslagarna. Jag är obenägen att instämma med dessa uttalanden, då icke-diskrimineringslagstiftningen fyller en oerhört viktig funktion i samhället och att det tvärtom skapar en känsla av gemenskap och nära samhörighet individer emellan med bestämmelsernas närmast upplysnings karaktär. Icke-diskriminering blir istället en förutsättning för integrationen såväl nationellt som internationellt.

6.5 Staternas engagemang motarbetar status quo

Samtliga medlemsstater måste som tidigare nämnts bidra till att utvecklingen, både gällande lagharmonisering och icke-diskriminering inom EU, inte ska stagnera. I samband med detta arbete är det viktigt att ställa sig frågor gällande bl.a. utifrån vem utvärderingen egentligen ska göras. Utifrån en samlad bedömning av samtliga medlemsstater, utifrån varje enskilt land eller utifrån olika gruppindelningar där länderna indelas beroende på hur väl lagharmoniseringen och icke-diskrimineringsarbetet fortskridit? Vidare kan frågas vem eller vad ska granskas i denna utredning? Är det ekonomiskt välstånd, enskilda individers välbefinnande eller medlemsstatens välfärd? Vad som ska mätas, hur detta bör göras på ett rättvist sätt och var fokus bör läggas inbegriper bl.a. socio-politiska, rättsekonomiska och rättsfilosofiska aspekter. Avvägningar är svåra att göra eftersom det kan ifrågasättas vad som egentligen är jämförbara storheter. En diskussion bör föras kring hur långt individens självbestämmanderätt kan inskränkas. Hur mycket kan staten och EU som institution beblanda sig i dessa angelägenheter? Vad ska väga tyngst: den fria marknadsekonomins avtalsfrihet eller icke-diskrimineringsprinciperna? Avtalsfriheten är en oerhört viktig grundpelare varpå EU vilar. Ursprungstanken för den europeiska gemenskapen var en ekonomisk kollaboration och utan en välfungerande ekonomi fungerar varken en individuell medlemsstat, eller än mindre, ett samarbete.

Emellertid kan en stat som Sverige, med en lång och gedigen jämställdhetstradition inte invänta en medlemsstat som kanske inte i lika stor omfattning haft förmågan att implementerat de lagar som EU instiftat. En snedvridning av lagstiftningen, som EU på senare år alltmer strävar efter att göra koherent, kan komma att ske. Som tidigare nämnts sker det omfattande arbetet med att skapa en samstämmig lagstiftning inom EU på många plan inom unionen, nu senast inom avtalsrätten. Frågan är dock på vems bekostnad ett jämlikt samhälle på nationell nivå skapas. Ur ett EU-perspektiv kan det förefalla enkelt att uttrycka en önskan och strävan efter en koherent reglering, medan det på nationell nivå kan vara betydligt svårare att acceptera ett sådant regelverk. Ska medlemsstater med tradition att alltid fullfölja sina åtaganden, införlivandet och efterlevnaden av bestämmelser, åter igen göra detta på bekostnad av enskilda individers intressen, beroende av vilken ståndpunkt som intas i frågan angående icke-diskriminering å ena sidan och avtalsfrihet å andra. Oanade konsekvenser kan bli följden, sämre utgångsläge för handel och avtal osv. Likaså kan detta förfarande direkt eller indirekt, leda till en försämrad ekonomisk utgångspunkt och i slutändan en försvagad välfärdsstat, då de medlemsstater som införlivat EU-bestämmelser inte står sig lika starka i den globala konkurrensen. Ska dessa ekonomiska värden åsidosättas för de ”sociala värdena”? Ska dessa medlemsstater, som så många gånger förr, stå som, förhoppningsvis stolta, förebilder och vara en strävan för övriga stater att uppnå? Ska dessa stater under tiden fortsätta den vidareutveckling av lagstiftning och utvärdering utifrån de ”ambitiösa” och de ”mindre ambitiösa” staterna göras? Dessa

skilda tillvägagångssätt leder således till en gruppering och att en acceptans i så fall får göras då staterna är olika i en sådan grad att ett fullkomligt samspel aldrig kommer äga rum, i vart fall inte i denna takt. Men är det då alltid mest gynnsamt för den enskilde individen att sätta icke-diskriminering i första hand. Jag nämnde tidigare den ekonomiska aspekten. Om detta förhållningssätt intas, menar jag, likt somliga i doktrinen, att denna ståndpunkt inte behöver leda till att människor försätts i ett sämre utgångsläge. I själva verket kan fullkomlig prioritering av de sociala aspekterna leda till en försämring istället för en förbättring, då icke-diskrimineringsbestämmelserna de facto kan leda till mer diskriminering, i vart fall undanskymd sådan. Det svar som gavs för fem eller drygt tio år sedan, då icke-diskrimineringsprinciperna åter kom på tal respektive deadline för införlivandet av de nya direktiven inföll, kan troligtvis, enligt mig, skilja sig från det svar som ges idag. En bidragande faktor kan vara den nuvarande ekonomiska recessionen. I en period av dålig ekonomisk tillväxt måste prioriteringar inom offentlig sektor göras. Frågan är om en koherent avtalsrätt inom EU kan gynna den ekonomiska utvecklingen eller om denna harmonisering måste komma i andra hand efter de problem som bedöms som mest akuta att lösa för att komma till rätta med de ekonomiska problemen inom unionen. Vad består emellertid dessa prioriteringar av? Ska EU:s avtalsrätt ändras enbart på ytan och innehållet endast stannar kvar i doktrin och på kommissionens politiska bord, för att genom populistiska uttalanden värva röster? Vidare kan frågas om de stater som efterlever den nya regleringen ska få bekosta att andra inte fullföljer sina åtaganden. Ska de stater som skonats från krisens värsta framfart börja tillämpa det nya regelverket och sedan får de efterkommande staterna anpassa sig?

6.6 Tolkningssvårigheter

Implementeringen av DCFR kan leda till skilda utfall i staterna om tolkningen av bestämmelserna inte är enhetlig. Denna diskrepans kan exempelvis illustreras genom att Frankrike har valt att inte använda den definitionen av indirekt diskriminering men deklarerar ändå en sådan handling illegalitet, Storbritannien å sin sida har en snävare bedömning av termens innebörd medan Sverige och Österrike har avlägsnat referensen till andra personer eller grupper. Det är svårt att dra någon slutsats om vad tolkningsskillnaderna i slutändan får för konsekvenser. För att bringa klarhet i frågan krävs det en omfattande utredning i samtliga medlemsländer, vilket otvivelaktigt är både tids- resurs- och kostnadskrävande. Vidare kan rent lingvistiska svårigheter orsaka problem då ord och begrepp kan ha skilda innebörd i olika stater, vilket i uppsatsen illustreras av termen ”kontrakt”. Detta språkliga problem försvårar skapandet av en enhetlig avtalslagstiftning och riskerar att fördröja dess framskridande avsevärt. Skaparna av DCFR har emellertid försökt avhjälpa detta trångmål genom att arbeta utifrån ett enhetligt draftingspråk och därmed strävat efter att minimera risken för olika tolkningar av verket. Samtidigt understryks i DCFR vikten av att stimulera EU:s mångfald genom att bl.a. översätta produkten till samtliga officiella språk. Författarna markerar således att ett fullkomligt enhetligt regelverk troligen aldrig kommer att kunna

åstadkommas eftersom utförandet skulle hämma unionens pluralism. Denna ståndpunkt sympatiserar jag med. Vidare anser jag att utredningar kring den komparativa rätten bör understödjas, dels för att åskådliggöra skillnader och likheter för att kunna integrera och anpassa ny lagstiftning på mest fördelaktiga sätt, dels för att ge fortsatt stimulans till EU:s multikulturella stater. Uppbyggnaden av DCFR:s regelverk med hänvisningar till staternas nationella lagstiftningar efter varje avhandlat avsnitt är ett föredömligt exempel. Åtskillnaden länderna emellan kommer troligtvis och förhoppningsvis alltid att finnas kvar, eftersom staterna inte är homogena. Även om den EU-rättsliga lagstiftningen strävar efter en harmonisering, nu på avtalsrättens område, torde det alltid förekomma avvikelser i staternas tillämpning, implementering och tolkning.

6.7 Minimireglering eller full harmonisering

När direktiv utarbetas under lång tid kan detta skapa olägenheter eftersom samhället genomgår en ständig förändring. Otaliga områden, både rent juridiska och andra, berörs av DCFR. Det är av stor vikt att undvika förstening av lagstiftningen, men samtidigt som lagstiftarna inte torde inta ett alltför konservativt förhållningssätt till att förändra lagstiftningen, precis som samhället utvecklas, borde även regleringarna anpassas. Denna modifiering av bestämmelser får emellertid inte ske tvångsmässigt. Tillvägagångssätten för att bringa överensstämmelse är många och det finns för- och nackdelar med minimireglering respektive full harmonisering. Somliga i doktrinen menar att en minimireglering blir mer rättssäker eftersom större utrymme för tolkningar av regelverket lämnas, vilket kan komma att ge upphov till en ”spretig” lagstiftning. Minimireglering ger staterna ett större ansvar att själva upprätthålla och vidareutveckla en mer långtgående lagstiftning. En fråga som uppkommer är, om de stater som tillämpar mer omfattande bestämmelser kommer att inta ett sämre utgångsläge. Paradoxalt nog finns tendenser att det som en medlem anser ”fungera” i hela EU inte gör det i den egna staten; det förslag som kommissionen framlägger tycks endast verka i teorin men inte fullt ut i praktiken. Någonstans i beslutsprocessen fallerar upphovstanken, i synnerhet när regleringen ska implementeras i den egna staten. Det är oroväckande om en medlem kan ”gömma sig” bakom en EU-lagstiftning men när implementeringen aktualiseras blir det likväl en minimireglering som träder ikraft. I vilket fall är det av stor vikt att problemet avhjälpas i så stor utsträckning som möjligt, exempelvis genom att bruka konsekventa benämningar av definitioner och terminologi, vilket DCFR också syftar till. Ur ett strikt harmoniseringsperspektiv vore det självfallet önskvärt att produkten transformeras från soft law instrument till ett bindande regelverk.

6.8 Detaljerad reglering kontra flexibilitet

Vid utformningen av regleringar är det av stor vikt att de inte blir alltför detaljerade, eftersom uttömmande uppräknings eller dylikt kan leda till uteslutande av skeenden m.m. som lagstiftaren de facto ämnar omfatta. Upphovsmännen till DCFR har haft ovanstående i åtanke bl.a. genom att

bestämmelserna utformats så att ytterligare diskrimineringsgrunder kan infogas. En mindre detaljerad lagstiftning blir således mer flexibel och torde löpa mindre risk att bli obsolet. En flexibel lagstiftning ställer däremot, som tidigare nämnts, högre krav på bl.a. kompetens och skicklighet bland utövarna än ett mer detaljstyrt regelverk. Dessa krav kan leda till att ett stort ansvar åläggs domstolar, myndigheter osv., vilket kan skapa rättsosäkerhet. En annan företeelse som kan skapa rättsosäkerhet är relaterad till advokaternas roll. Graf von Westphalen föreslår att intressekonflikten löses medelst upprättandet av bindande skyddsregler för den svagare parten samtidigt som avtalsfrihetens övergripande princip vidmakthålles. Tillvägagångssättet sker genom att parterna ges utrymme att avgöra hur de mest fördelaktigt kan värna sina egna intressen. Jag menar dock att detta förfarande kan riskera att skapa ett rättsosäkert samhälle, då för mycket ansvar åläggs den enskilda individen samt att advokaternas roll blir oerhört viktig för att tillvarata klienternas intressen. Således anser jag att problemet inte elimineras utan bara förskjuts, vilket kan ge upphov till segregering.

6.9 Social rättvisa och DCFR:s vardagsintegration

Åtskilliga rättspolitiska frågor aktualiseras i diskussionen kring DCFR. Dessa frågor diskuteras inte närmare i uppsatsen p.g.a. utrymmesbrist, men bör ändå ha i åtanke. Det kan självfallet uppkomma positiva konsekvenser till följd av påtryckningar från opinionen, men det är oundvikligt att somliga gynnas mer av en lagstiftning än andra. Är det som utilitarismens fader Bentham uttryckte ”största möjliga lycka åt störst antal individer” som ska eftersträvas av lagstiftaren, eller är det ett samhälle utan alltför strikta regleringar som ska prioriteras för att inte marknadsekonomin ska falla, vilket Hayek förespråkade. DCFR intar delvis det liberalistiska förhållningssättet då den sociala skyddslagstiftningen integreras i avtalsrättens område. Vidare finns det otaliga teorier om vad rättvisa innebär. Hesselink nämner några och påvisar samtidigt det orimliga i att försöka finna en oklanderlig bedömningsgrund för att fastställa hur DCFR uppfyller kraven på social rättvisa. Fouillée däremot, menar att den upprättade kontraktshandlingen i sig betecknar rättvisa. Wagner refererar till Aristoteles och Kants syn på det starka samband som föreligger mellan jämlikhet och rättvisa och illustrerar således vikten av icke-diskrimineringslagstiftningens funktion, oavsett var åskådarens sympatier ligger.

Vidare anser Rasmussen att DCFR:s principer bör integreras i vardagslivet, dock har författaren inte fastställt tillvägagångssättet för detta inkorporerande. Andra delar av doktrinen intar samma ståndpunkt och betonar vikten av ”parallel action” i samhället för att möjliggöra DCFR:s införlivande i vardagen. Jag sympatiserar med denna uppfattning och menar att det inte enbart är på ett EU-rättsligt och ett nationellt plan som integreringsarbetet måste föras. Insatserna måste göras ända ner på individnivå för att bestämmelserna ska få den genomslagskraft som fordras. Följaktligen menar jag att icke-diskrimineringsstadgarnas tydliga inträde

inom avtalsrättens område genom DCFR kan lägga en god grund till detta integreringsarbete. Vidare är det fundamentalt för att uppnå en så koherent tillämpning som möjligt av DCFR att det finns en fungerande interaktion mellan EUD och de nationella instanserna. Förhoppningsvis kommer ärendehantering inte komma i skymundan av den tidigare inställningen med tydligt avskilda ämnesområden, utan det är med myndigheternas hjälp som DCFR:s termer såsom ”solidaritet” och ”socialt ansvar”, kan bli mer än just beteckningar och genomsyra även privaträttens domän. Kortsiktigt kan det emellertid anses ekonomiskt rationellt att gynna avtalsfriheten framför icke-diskrimineringsprincipen. Storme hårddrar ståndpunkten genom uttalandet att välfärdsstaten likväl inte kan uppfylla sina utlovade löften utan istället invaggar medborgarna i en falsk trygghet. Vidare hävdas i delar av doktrinen att alltför hård reglering kan leda till stagnation eller ge upphov till motsatt effekt på den sociala skyddslagstiftningen. Emellertid tror jag att icke-diskrimineringsbestämmelserna långsiktigt främjar samhället i stort. Jag hänvisar till Landos konklusion att samhällen uppbyggda kring en marknadsekonomi i kombination med solidaritet, rättvisa och lojalitet är mer välfungerande än sådana med frånvaro av sociala komponenter.

6.10 Avslutande betraktelser

Slutligen konstaterar jag att upprättandet av en allomfattande avtalsrätt inom EU skulle kunna skapa känslan av en europeisk identitet å ena sidan, men å andra sidan motsäga det som Europa kännetecknas av; kulturell och språklig mångfald. Icke-diskrimineringsbestämmelserna ska värna om just denna pluralism. Europeiseringen är komplex och omfattar såväl nationella avtalsrätter som EU-rättslig lagstiftning och komparativ rätt. Många områden kommer, som tidigare nämnts, således att påverkas vid införandet av DCFR:s bestämmelser, såväl strikt juridiska som socio-politiska och ekonomiska, kanske rent av levnadsvillkoren för medborgarna. Det kan vara svårt att förutse hur starkt socialt rättviseskydd som DCFR kommer att kunna skapa eller vart gränsen mellan liberala och sociala komponenter ska dras inom avtalsrätten. Det är dock av yttersta vikt att söka finna en balansgång i regleringen, samtidigt som prioriteringar oundvikligt måste göras. DCFR framhäver de sociala rättigheterna, och integrerar icke-diskrimineringsparadigmen i avtalsrätten. Om den bakomliggande anledningen är ett politiskt utspel för att vinna gillande är egentligen mindre relevant, då jag anser att det är samhället tillgodo att detta diskrimineringsproblem synliggörs och tas upp till diskussion, såväl på högsta politiska nivå som i gemene mans vardagsrum. Denna insats krävs eftersom det är strukturen i samhället som måste förändras för att icke-diskriminering ska genomsyra det dagliga livet och beslutsfattandets samtliga instanser. DCFR kan då komma att bli ett viktigt redskap för att understödja att det mångkulturella samhället stimuleras, olikheter premieras och integration främjas. Införlivandet av icke-diskrimineringsbestämmelsernas i privaträttens sfär kan förhoppningsvis komma att bidra till en mer emanciperad och integrerad europeisk union och en avtalsrätt med social prägel.

Källförteckning

Litteratur

- Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 2002.
- Alber, Jens och Gilbert, Neil (ed.), *United in Diversity?: Comparing Social Models in Europe and America*, Oxford University Press Inc., Oxford, 2010.
- Cherednychenko, Olha, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party, A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, European Law Publishers GmbH, München, 2007.
- Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press in association with Blackwell Publishing Ltd, 1990.
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte och Mazeaud, Denis, *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, European Law Publishers, München, 2008.
- Fouillée, Alfred, *La science sociale contemporaine*, Hachette, Paris, 1880.
- Kleineman, Jan (ed.), *A Common Frame of Reference for European Contract Law*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2011.
- Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2007.
- Schiek, Dagmar och Chege, Victoria, *European Union Non-Discrimination Law, Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Cavendish Publishing, London och New York, 2009.
- Schiek, Dagmar och Waddington, Lisa samt Bell, Mark, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination law*, Hart Publishing, Oxford och Portland, 2007.
- Schulze, Reiner, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2u, European Law Publishers GmbH, München, 2009.
- Smits, Jan (ed.), *The Need for a European Contract Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005.
- Taxell, Lars Erik, *Avtalsrättens normer*, Åbo akademis förlag, Åbo, 1987.
- The Acquis Group (ed), *Principles of Existing EC Contract Law*, European Law Publishers GmbH München, 2007.

Twigg-Flesner, Christian, *The Europeanisation of Contract Law*, Cavendish och Routledge Publishing, London och New York, 2008.

Von Bar, Christian och Clive, Eric (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition, European Law Publishers GmbH, München, 2008.

Von Bar, Christian och Clive, Eric (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, European Law Publishers GmbH, München, 2009.

Wagner, Gerhard (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, European Law Publisher GmbH, München, 2009.

Artiklar

Beale, Hugh, *The future of the Common Frame of Reference*, European Review of Contract Law, nr 3, 2007.

Epstein, Richard, *Equal Opportunity or More Opportunity? The Good Thing about Discrimination*, Civitas Institute for the Study of Civil Society, London, 2002.

Hesselink, Martijn, *Common Frame of Reference & Social Justice*, Amsterdam, 2008.

Lando, Ole, *The structure and the legal values of the Common Frame of Reference (CFR)*, European Review of Contract Law, n 3, 2007.

Neuner, Jörg, *Protection Against Discrimination in European Contract Law*, European Review of Contract Law, 2006.

Schulze, Reiner och Wilhelmsson, Thomas, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*, European Review of Contract Law, nr. 2, 2008.

Storrie, Matthias, *Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law*, Antwerpen, 2005.

Vogenauer, Stefan, *Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?*, European Review of Contract Law, nr. 2, 2010.

Offentligt tryck

- COM (2001) 398 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *On European Contract Law*.
- COM (2003) 68 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A More Coherent European Contract Law- An Action Plan*.
- COM (2004) 651 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *European Contract Law and revision and the revision of the acquis the way forward*.
- COM (2006) 744 *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*. (Presented by the European Commission).
- COM (2008) 426 *Proposal for a Council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*. (Presented by the European Commission).
- COM (2009) 0262 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council- *An area of freedom, security and justice serving the citizen*.
- COM (2010) 348 *Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*.

Rättsfallsförteckning

C-152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, 12 februari 1974.

C-33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 3 december 1974.

C-43/75 *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, 8 april 1976.

C-120/78 ”Cassis de Dijon” *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 februari 1979.

C-129/79, *McCarty Ltd. V. Wendy Smith*, 27 mars 1980.

C-14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, 10 april 1984.

C-450/93 *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, 17 oktober 1995.

C-178/94 *Erich Dillenkofer and other v Federal Republic of Germany*, (i förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94), 8 oktober 1996.

C-28/95 *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst*, 17 juli 1997.

C-409/95 *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*. 11 november 1997.

C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, 30 november 1995.

C-168/00 *Simone Leitner v TUI Deutschland*, 12 mars 2002.

C-144/04 *Werner Mangold. v. Rüdiger Helm*, 22 november 2005.

Application Nos. 55762/00 and 55974/00 *Timishev v. Russia*, 13 december 2005.