

Juridisk kandidatspeciale

Anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter
Hvornår kan de påberåbes over for medkontrahtenten?



**AALBORG
UNIVERSITET**

Maj 2021
Aalborg Universitet
Udarbejdet af Heidi Grubbe Koch
Antal anslag: 137.830

Juridisk kandidatspeciale

Anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter
Hvornår kan de påberåbes over for medkontrahenten?

Engelsk titel:

The application of standard terms in international contracts
When can they be invoked against the other party?

Forfatter og studienummer:

Heidi Grubbe Koch
20153627

Vejleder:

Thomas Neumann
Lektor, Juridisk Institut

Aalborg Universitet
Aalborg, 2021

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
1. Indledning.....	2
2. Problemformulering	4
3. Afgrænsning	6
4. Metode	7
4.1. CISG	8
4.2. Travaux préparatoires	10
4.3. Retspraksis.....	11
4.4. Retslitteratur	12
5. Internationale købsaftalers indgåelse	14
5.1. Art. 14 CISG.....	14
5.2. Art. 18 CISG.....	16
5.3. Art. 19 CISG.....	17
5.4. Delkonklusion	18
6. Standardvilkårs vedtagelse.....	20
6.1. The making available test	21
6.1.1. Fremsendelse til medkontrahenten	24
6.1.2. Gjort tilgængelig på anden måde end ved fremsendelse	24
6.1.2.1. Tilgængelighed under møde.....	24
6.1.2.2. Tilgængelighed online	25
6.1.2.3. Implicit inkorporering.....	27
6.1.2.4. Overraskende og byrdefulde vilkår	28
6.1.3. Opsummering	28
6.2. Formkrav til standardvilkårenes indhold.....	29
6.3. Tidspunktet for standardvilkårenes tilgængelighed.....	31
6.4. Battle of forms	31
6.4.1. The last shot rule	33
6.4.1.1. Konsensusbaseret "last shot"-løsning.....	33
6.4.1.2. Passivitetsbaseret "last shot"-løsning.....	34
6.4.2. The knock out rule	35
6.4.3. The first shot rule	39

6.4.4. Udtryk for homeward trend	39
6.4.5. Hvilken løsning bør anvendes?	41
6.4.5.1. Den rigtige løsning.....	41
6.4.5.2. Den foretrukne løsning.....	43
6.4.5.3. Refleksion	45
6.5. Delkonklusion	46
7. Fortolkning af internationale kontrakter med standardvilkår	48
7.1. Fortolkningsprincipper	50
7.1.1. Favor contractus.....	50
7.1.2. Forrang for forhandlede vilkår	51
7.1.3. Contra proferentem	51
7.2. Delkonklusion	52
8. Standardvilkårs gyldighed	53
9. Konsekvenser ved anvendelsen af standardvilkår	56
9.1. Delkonklusion	57
10. Konklusion	59
Litteraturfortegnelse	61
Lovgivning.....	61
Forarbejder.....	61
Retspraksis.....	61
Danmark	61
Frankrig.....	61
Schweiz	61
Tyskland.....	61
Ungarn	61
USA	61
Østrig	62
Litteratur.....	62
Bilag 1: Domme	64
Bilag 2: Sidetal	65

Abstract

Over the years, it has become more and more common to implement standard terms in international contracts. According to this the purpose of this master thesis is to examine what it takes for a party to invoke its standard terms against the other party.

On this basis, the main question is divided into smaller subjects. First, a contract must be concluded. But what does it take to do that, and what does it take for standard terms to be incorporated in that contract? If both parties want to include each of their standard terms in the contract the questions rises whether the contract has been concluded on the seller's or the buyer's conditions. This is the so called "*battle of forms*"-conflict. To determine whether a party can invoke its standard terms against the other party or not it is necessary to interpret the contract. For a party to invoke its standard terms against the other party it is a requirement that the terms be valid according to national law according to art. 4(a) CISG. Finally, it is being examined whether there are some consequences to the use of standard terms in international contracts.

This thesis is based on terms prepared unilaterally by one party. Those terms are prepared in advance and is therefore not subject to negotiation. The CISG does not explicitly state the application of standard terms in international contracts in accordance with the decision taken under the preparatory work. For this reason, attempts are made to find answers to some of the above-mentioned questions in CISG case law. Furthermore, the thesis applies legal literature as an interpretative contribution to the understanding.

Certain minimum requirements must be met for a contract to be concluded according to art. 14 CISG. For a party's standard terms to be part of the contract between the parties, it is furthermore required that the user has made his standard terms available to other party according to the "*making available test*". In practice, two solutions to an international "*battle of the forms*" conflict are applied – "*the last shot rule*" and "*the knock out rule*". The study of this thesis shows, that "*the knock out*" rule is gaining ground, but no uniformity has been achieved in the solutions of "*battle of the forms*" conflicts. Since standard terms are prepared in advance and therefore not subject to negotiation, a subjective interpretation pursuant to art. 8(1) CISG is not always sufficient. Most often an objective interpretation must apply and to this some principles of interpretation should be taken into consideration. The validity of a contract – and thereby standard terms – must be determined in accordance with domestic law according to art. 4(a) CISG. Standard terms cannot be considered valid if this will conflict with the core values of CISG. It has its advantages to apply standard terms in international contracts, but there are also disadvantages in doing so. One of the biggest issues is the risk of "*homeward trend*" which threatens the uniformity.

On basis of the above, it should be considered to resume the work on the CISG.

1. Indledning

Indeværende speciale tager udgangspunkt i internationale transaktioner mellem erhvervsdrivende. De Forenede Nationer¹ fandt det nødvendigt at skabe ensartede regler i internationale køb, hvorfor de i 1980 vedtog United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods^{2,3} CISG trådte i kraft den 1. januar 1988⁴ og blev publiceret i seks autentiske versioner svarende til de officielle FN-sprog⁵. CISG byggede på og afløste Købeaftalelovkonventionen af 1964 (ULF) og Købelovskonventionen af 1964 (ULIS), som havde begrænset succes.⁶

CISG er umiddelbart anvendelig, såfremt anvendelsesbetingelserne, jf. art. 1-5 CISG, er opfyldt i de konkrete sager, og såfremt parterne ikke har valgt at fravige CISG eller dele af den i medfør af art. 6 CISG.⁷ Det bemærkes hertil, at en sådan fravigelse efter omstændighederne kan kræve, at parterne eksplicit angiver, at de ikke ønsker, at CISG skal finde anvendelse på aftalen.⁸ I medfør af art. 1(1) CISG, finder CISG anvendelse, såfremt parterne i den pågældende sag begge har deres respektive forretningssteder i hver sin CISG medlemsstat, jf. art. 1(1)(a) CISG, eller såfremt kun den ene part har sit forretningssted i en CISG medlemsstat, forudsat at "*the rules of private international law*" peger i retning af at anvende de nationale regler i det land, hvor denne part har sit forretningssted, jf. art. 1(1)(b) CISG. Det er altså et krav, at en grænseoverskridende handel finder sted. Det er endvidere en forudsætning, at begge parter handler som led i deres erhverv, jf. art. 2(a) CISG, e.c. Det er et krav for anvendelsen af CISG, at der er tale om "*overdragelse af ejendomsretten til en løse genstand mod et vederlag i penge*".⁹ Det er herefter kun løse køb, der er omfattet af konventionen. Omfattet er derfor ikke tjenesteydelser, jf. art. 3(2) CISG. Skal en vare tilvirkes eller fremstilles, er købet omfattet af CISG, medmindre køber selv leverer en væsentlig del af de til tilvirkningen eller fremstillingen nødvendige materialer, jf. art. 3(1) CISG. Ifølge art. 4(a) og (b) CISG skal spørgsmål om kontraktens gyldighed eller aftalens virkning på ejendomsretten ikke behandles i

¹ Herefter FN.

² United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (vedtaget 11. april 1980, trådt i kraft 1. januar 1988) UNTS 1489 (p.3) (herefter CISG).

³ Schlechtriem, Peter og Schwenger, Ingeborg (2005), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2. udgave, Oxford, Oxford University Press, s. 1 f. (herefter Schlechtriem og Schwenger).

⁴ Schlechtriem og Schwenger, s. 3.

⁵ Schlechtriem og Schwenger, s. 14.

⁶ Schlechtriem og Schwenger, s. 1 f.

⁷ Steensgaard, Kasper (2010), *Standardbetingelser i internationale kontrakter, Særligt om vedtagelse under CISG og andre internationale regelsæt*, 1. udgave, 1. oplag, København, Thomson Reuters Professional A/S, s. 28, rn. 10 (herefter Steensgaard).

⁸ Bang, Morten (2011), *Contracting In and Out of the CISG Essentials on Derogations, Opt-ins and Exclusions of the CISG when Drafting Contracts for International Sales of Goods*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift, side 6 (ET.2011.181).

⁹ Gomard, Bernhard og Henschel, René (2014), *International købelov (CISG) med kommentarer*, 1. udgave, 1. oplag, København K, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 71 (herefter Gomard og Henschel).

overensstemmelse med CISG. CISG finder imidlertid ikke anvendelse ved afgørelsen af, om sælger kan holdes ansvarlig for en anden persons død eller tilskadekomst på grund af de solgte genstande, jf. art. 5 CISG. Spørgsmål vedrørende art. 4 og 5 CISG skal behandles efter de nationale regler i overensstemmelse med *"the private international law rules"*.

Det er imidlertid ikke alle problemstillinger, CISG tager udtrykkeligt stilling til. Af sådanne problemstillinger kan nævnes de tilfælde, hvor parterne ønsker at gøre brug af standardvilkår i deres kontrakter. Standardvilkår defineres som vilkår, der er udarbejdet på forhånd, og som dermed ikke har været genstand for forhandling.¹⁰ Denne definition finder også anvendelse i indeværende speciale. Det er med årene nærmere blevet reglen end undtagelsen at implementere standardvilkår i internationale kontrakter.¹¹ Ifølge art. 7(2) CISG skal der skelnes mellem, om anvendelsen af standardvilkår er *"governed but not settled"*, eller om det er *"not governed"*. Det er derfor relevant først og fremmest at undersøge, om vedtagelsen af standardvilkår er omfattet af CISG, eller om det er en problemstilling, der helt falder uden for CISG's anvendelsesområde. Dernæst skal det undersøges, hvilke krav der stilles til vedtagelsen af standardvilkår. Det fremgår af art. 4(a) CISG, at prøvelsen af internationale kontrakters gyldighed ikke er omfattet af CISG. Ifølge art. 7(2) CISG er det derfor en problemstilling, der skal belyses ud fra anvendelsen af nationale køberetlige regler i overensstemmelse med *"private international law rules"*.

Det sker, at forhandlingerne mellem parterne kun angår genstanden, betalingsbetingelserne og leveringstidspunktet.¹² Standardvilkår kan indeholde flere andre aspekter, men det er ikke altid, at der bliver forhandlet om vilkårene. Spørgsmålet er herefter, om vilkår, der ikke er blevet forhandlet, kan anses for at være en del af aftalen, - altså et spørgsmål om hvorledes aftalen skal fortolkes.

Ifølge præamblen til CISG, er CISG's medlemsstater af den overbevisning, at implementeringen af ensartede regler på området for internationale kontrakter, vil *"[...] contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade"*. På denne baggrund vil det blive undersøgt, om anvendelsen af standardvilkår spiller ind på den ensartethed, som FN med vedtagelsen af CISG har haft et ønske om at opnå.

¹⁰ Steensgaard, s. 530, rn. 3 og TransLex-Principles nr. IV.3.1 (b) – findes på trans-lex.org (herefter TransLex-Principles).

¹¹ Steensgaard, s. 3 og Schwenzer, Ingeborg (2016), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4. udgave, Oxford, Oxford University Press, s. 289, rn. 38 (herefter Schwenzer).

¹² Legislative History (1980 Vienna Diplomatic Conference), *Summary Records of Meetings of the First Committee, 10th meeting*, tirsdag den 18. marts 1980, rn. 88 (A/CONF.97/C.1/L.90) og Steensgaard, Kasper (2015), *Battle of the forms under the CISG – one or more solutions?*, Internationales Handelsrecht, s. 89 (herefter One or more solutions).

2. Problemformulering

Specialet er udarbejdet på baggrund af følgende problemformulering:

Hvad skal der til, for at en aftalepart i en international kontrakt kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten?

Specialet har således til formål at udlede retsstillingen ved anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter. Specialet ønsker at undersøge, hvornår en aftalepart kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten. På denne baggrund behandles først kravene vedrørende indgåelsen af internationale kontrakter. For at en aftalepart skal kunne påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten, kræver det først og fremmest, at der er indgået en bindende aftale, hvori standardvilkårene er indeholdt. For at en aftale kan siges at være indgået, skal den opfyldte betingelserne i kapitel 1, part II CISG. Er en aftale ikke indgået, kan parterne selvsagt ikke kræve, at medkontrahenten opfylder visse forpligtelser, idet disse forpligtelser vel at mærke ikke eksisterer. Opgiver parterne derimod forhandlingerne af en kontrakt, uden at have indgået kontrakten, kan spørgsmålet imidlertid være, om parterne alligevel har pligt til at svare erstatning over for modparten for mistede omkostninger i forbindelse med forhandlingerne – såkaldt *“precontractual liability”*.

Det vil dernæst være væsentligt at undersøge, om en parts standardvilkår er vedtaget, samt hvilken parts standardvilkår, der er vedtaget i tilfælde af en *“battle of the forms”*-konflikt. Anses standardvilkårene ikke for at være vedtaget, er aftalen indgået i overensstemmelse med de almindelige kontraktuelle regler i CISG, idet CISG finder umiddelbar anvendelse, jf. art. 6 CISG, såfremt betingelserne i art. 1-5 CISG er opfyldt. Herved kan anvenderen ikke påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten. Er vilkårene derimod vedtaget, vil det sandsynligvis udelukke anvendelsen af visse bestemmelser i CISG. Ligeså kan vedtagelsen af standardvilkår i internationale aftaler udelukke anvendelsen af CISG helt, såfremt en lovvalgsklausul anses for at være vedtaget. Det vil derfor være relevant at undersøge, hvilket regelsæt, der finder anvendelse på den pågældende aftale mellem parterne. Der er visse krav til vedtagelsen af standardvilkår, idet de er udarbejdet ensidigt.¹³ Der er imidlertid ingen udtrykkelig regulering i CISG vedrørende anvendelsen af standardvilkår,¹⁴ hvorfor disse krav – og dermed retsstillingen – må udledes af retspraksis, ligesom det findes beskrevet i retslitteraturen.

¹³ Schwenzer, s. 172, rn. 56; Schlechtriem og Schwenzer, s. 136, rn. 53; Schwenzer, s. 173, rn. 58; CISG Advisory Council (2013), *CISG Advisory Council Opinion no. 13, Inclusion of Standard Terms Under the CISG*, Pennsylvania, USA (herefter CISG AC Opinion no. 13) samt *Machinery case*, CISG-online 617.

¹⁴ United Nations, Official Records, *Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees* (Wien, 10 March - 11 April 1980), s. 96 (herefter A/CONF.97/19).

Fastlæggelse af standardvilkårenes indhold vil kræve en fortolkning af aftalen – herunder også en fortolkning af anvenderens hensigt med anvendelsen af standardvilkårene.¹⁵ Fortolkningen af kontrakten har indflydelse på, hvilket indhold, der skal lægges til grund, og dermed også hvilket indhold, anvenderen kan påberåbe sig over for medkontrahenten.¹⁶ En fortolkning af standardvilkårene, kan medføre, at de må falde bort enten helt eller delvist, eller at medkontrahenten opnår en gunstigere retsstilling, end det var anvenderens hensigt, jf. princippet om "*contra proferentem*". Det er derfor relevant at undersøge, hvorledes standardvilkår fortolkes, idet de som oftest er udarbejdet ensidigt.

Såfremt standardvilkår skal kunne gøres gældende, skal de ikke blot være vedtaget, - de skal også være gyldige.¹⁷ Dette er imidlertid et nationalt anliggende, jf. art. 4(a) CISG. Der kan dermed være forskellige forudsætninger for at anse standardvilkårene for at være gyldige. Derfor er det relevant at undersøge, hvilke krav, der stilles til gyldigheden af standardvilkår i internationale kontrakter samt at undersøge, hvorledes gyldigheden prøves i praksis.

Afslutningsvis vil det blive undersøgt, hvorledes anvendelsen af standardvilkår er foreneligt med ønsket om at skabe ensartethed i forbindelse med internationale købsaftaler og dermed opnå vedtagelsen af flere internationale kontrakter.¹⁸ Flere og flere internationale kontrakter indeholder standardvilkår,¹⁹ hvorfor det vurderes, at parterne på visse områder ikke ønsker at anvende CISG's bestemmelser. Det kan herved antages, at parterne anser det for at være en ulempe at anvende CISG's udgangspunkt på disse områder. Spørgsmålet er imidlertid, om det ikke også kan have sine ulemper at anvende standardvilkår i internationale kontrakter. Dette kan have relevans for, hvorvidt parterne ønsker at anvende standardvilkår, eller om de alene ønsker, at CISG skal finde anvendelse på aftalen.

Ovenstående lægger op til følgende spørgsmål, som ønskes besvaret:

- Hvordan indgås internationale købsaftaler?
- Hvornår er standardvilkår vedtaget?
- Hvilke standardvilkår er vedtaget?
- Hvordan fortolkes internationale kontrakter med standardvilkår?
- Hvornår er standardvilkår gyldige?
- Hvilke konsekvenser er der ved anvendelsen af standardvilkår?

¹⁵ Schlechtriem og Schwenger, s. 124, rn. 29; Schwenger, s. 157, rn. 30; UNCITRAL Digest, art. 8, rn. 23 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 4.4.

¹⁶ Lookofsky, Joseph (2017), *Understanding the CISG*, 5. udgave, København, DJØF Publishing, s. 175 f. (herefter Lookofsky).

¹⁷ Lookofsky, s. 173.

¹⁸ CISG's Præambel.

¹⁹ Schwenger, s. 289, rn. 38.

3. Afgrænsning

Standardvilkår kan inddeles i parternes egne vilkår, branchevilkår og *"agreed documents"*.²⁰ Specialet vil tage udgangspunkt i parternes egne standardvilkår – såkaldte adhæsionskontrakter. Det må antages, at det er her, de største problematikker kan opstå, da parterne med rimelighed kan antages at være bekendt med branchevilkår og *"agreed documents"* i medfør af art. 8(2) CISG, idet disse har opnået stor international udbredelse.²¹ En part kan derimod ikke antages at have stiftet bekendtskab med medkontrahentens egne standardvilkår i medfør af art. 8(2) CISG e.c.²²

Idet specialet alene undersøger anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter, er det nærliggende at anvende internationale retskilder og retspraksis i denne sammenhæng. Nationale retskilder og domme afgjort på baggrund af national lovgivning vil derfor ikke blive anvendt. Det vil særligt være CISG, CISG AC Opinion no. 13 og cases fra UNCITRAL Case Law Digest²³, der vil blive anvendt til at belyse problemstillingen vedrørende anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter.

Specialet omhandler kontraktens tilblivelse ved anvendelsen af standardvilkår, hvorfor hovedsageligt kapitel 1, part II CISG vil blive behandlet. Det skal først og fremmest undersøges, hvorledes internationale kontrakter i almindelighed indgås, hvortil art. 14, 18 og 19 CISG vil blive inddraget. Til undersøgelsen af, hvorledes internationale kontrakter fortolkes, vil art. 8 og 9 CISG blive inddraget. Når gyldigheden af kontrakten skal fastlægges, vil det ske i overensstemmelse med art. 4(a) CISG. De øvrige bestemmelser i CISG vil kun blive inddraget, såfremt det findes nødvendigt til besvarelsen af problemformuleringen.

Da specialet har til formål at undersøge, hvornår en part kan påberåbe sig sine standardvilkår, afgrænser det sig fra at beskrive de enkelte former for klausuler og koncentrerer sig i stedet om at undersøge kravene til vedtagelsen, fortolkningen og gyldigheden af standardvilkår.

CISG tager alene sigte på kontrakter indgået mellem erhvervsdrivende, jf. art. 2(a) CISG, hvorfor specialet udelukkende behandles på baggrund af aftaler indgået mellem erhvervsdrivende.

²⁰ Steensgaard, s. 287.

²¹ Steensgaard, s. 291, rn. 39 og Schwenger, s. 301, rn. 60.

²² Steensgaard, s. 287, rn. 31.

²³ United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 2016 (herefter UNCITRAL Digest).

4. Metode

Specialet har til formål at undersøge, hvornår en aftalepart kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten. Til at fastlægge, om en part kan påberåbe sig sine standardvilkår, er der flere elementer, der skal undersøges. Det skal først og fremmest undersøges, om der er indgået en bindende aftale i overensstemmelse med CISG. Dernæst skal det undersøges, om partens standardvilkår er inkorporeret i aftalen – herunder hvilke krav, der er til inkorporeringen af standardvilkår. Dernæst vil det blive undersøgt, hvilken parts vilkår, der gælder, såfremt begge parter har forsøgt at inkorporere deres standardvilkår. Slutteligt skal det undersøges, hvorledes standardvilkårene skal fortolkes, samt om vilkårenes indhold i det hele taget kan siges at være gyldige. Specialet har altså til formål at analysere og beskrive gældende ret – også kaldet "*de lege lata*". På denne baggrund finder retsdogmatisk metode anvendelse.²⁴ Til at beskrive retstilstanden vedrørende anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter, inddrages international lovgivning og retspraksis i specialets udarbejdelse.²⁵

Det er begrænset, hvad der er af kildemateriale på området, som er udarbejdet på dansk. Derudover er det nødvendigt at tage hensyn til sproglige barrierer. Derfor anvendes som udgangspunkt kildemateriale udarbejdet på engelsk – og så vidt muligt også dansk. Flere engelsksprogede værker er udarbejdet af forfattere fra forskellige lande, og det vurderes derfor at være muligt at få et bredt indblik i, hvorledes anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter behandles på internationalt plan. Til oversættelse af retspraksis, som ikke kan findes på engelsk, anvendes Google Translate. Det er klart, at der er en risiko for, at noget vil gå tabt i en oversættelse. For at minimere denne risiko, oversættes dommene alene til engelsk ved brug af Google Translate, idet det antages, at der vil gå mindst tabt ved udelukkende at oversætte dommene til engelsk.

For at være mest mulig tro mod de ord og begreber, som CISG og andre retskilder anvender, vil de ikke alle blive oversat til dansk. Det skyldes, at de kan miste deres betydning ved en oversættelse eller måske sættes i forbindelse med et lignende dansk begreb, som ikke har samme betydning eller anvendelighed i praksis. Da langt de fleste kilder er på engelsk og anvender enslydende sætningskonstruktioner, anvendes de pågældende sætninger i deres originale form for bedst muligt at kunne sammenligne kilderne. Det vil dog langt hen ad vejen være muligt at oversætte begreber og ord, uden at de mister deres betydning, og hvor det er muligt, vil en dansk oversættelse finde anvendelse. Hvor der i værker er henvist til kilder udarbejdet på et andet sprog end dansk eller engelsk, vil disse kilder som udgangspunkt ikke blive undersøgt nærmere.

²⁴ Munk-Hansen, Carsten (2018), *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, København K, Djøf Forlag, s. 64 (herefter Munk-Hansen).

²⁵ Munk-Hansen, s. 65.

Visse bestemmelser i CISG anses for at være af væsentlig betydning for specialets udarbejdelse. Til fortolkning af konventionsteksten, anvender specialet den autonome fortolkningsmetode i art. 7(1) CISG, hvorfor bestemmelserne i CISG vil blive fortolket i overensstemmelse med UNCITRAL Digest.²⁶ Dertil vil kommenterede udgaver af CISG finde anvendelse.

Det skal først og fremmest undersøges, om spørgsmålet om vedtagelsen af standardvilkår er omfattet af CISG, eller om det er en problemstilling, der helt falder uden for CISG's anvendelsesområde. Til at undersøge dette, vil retslitteratur omfattende blandt andet kommenterede udgaver af CISG blive anvendt, og ligeledes vil CISG-cases blive analyseret. Når det skal undersøges, om vilkår, der ikke er blevet forhandlet, kan anses for at være en del af kontrakten, vil art. 19 CISG og CISG AC Opinion no. 13 blive behandlet. Retspraksis vil desuden blive analyseret, når det skal undersøges, hvilket resultat der oftest anses for at være det rigtige ved en såkaldt "*battle of forms*"-konflikt samt til undersøgelsen af, hvilke krav der stilles til standardvilkårs gyldighed. Til at undersøge, hvorledes aftalen skal fortolkes, tages der udgangspunkt i art. 8 CISG.

De enkelte retskilder og fortolkningsbidrag samt deres retskildemæssige værdi vil blive gennemgået i det følgende.

4.1. CISG

Emnet for dette speciale er "*standardvilkår i internationale kontrakter*". Internationale kontrakter reguleres af CISG, såfremt der er tale om en grænseoverskridende handel, hvor begge parter forretningssteder befinder sig i lande, der er CISG medlemslande, jf. art. 1(1)(a) CISG, eller hvor den ene parts forretningssted befinder sig i et CISG-medlemsland, og reglerne for "*private international law*" angiver, at det er medlemslandets regler, der skal finde anvendelse, jf. art. 1(1)(b) CISG. Art. 1(1)(b) CISG finder imidlertid kun anvendelse, såfremt medlemslandet ikke har taget et forbehold efter art. 95 CISG. Et land anses for at være et CISG-medlemsland, såfremt det har implementeret CISG, og herefter er konventionen umiddelbar anvendelig, såfremt anvendelsesbetingelserne i art. 1-6 CISG er opfyldt. Konventionen opstiller ikke krav til, hvordan implementeringen skal foregå.²⁷

Idet specialet har til formål at undersøge, hvornår en aftalepart kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten, vil det være nødvendigt at undersøge elementerne vedrørende aftaleindgåelse. Hertil finder kapitel 1, part II CISG anvendelse, hvorfor specialet tager afsæt i denne del af CISG.

²⁶ Se i øvrigt afsnit 4.1.

²⁷ Steensgaard, s. 28, rn. 10.

Art. 7 CISG skal anvendes til fortolkning af konventionsteksten. Formålet med bestemmelsen er at opnå en ensartet fortolkning og udfyldning af konventionsteksten og så vidt muligt undgå brugen af nationale begreber og lovgivning.²⁸

I art. 7(1) CISG findes den autonome fortolkningsmetode. At fortolkningsmetoden er autonom, betyder, at man skal fortolke konventionen internationalt og ikke fortolke dens bestemmelser i overensstemmelse med national ret.²⁹ Fortolkes konventionsteksten i overensstemmelse med national ret, mister den sin internationale karakter, og da de forskellige landes lovgivning ikke har samme tilgang til løsningen af diverse problemstillinger, vil det medføre, at en bestemmelse i CISG kan blive anvendt forskelligt i forskellige lande, hvorved konventionen mister den retsenhed, det var ønsket at opnå med udarbejdelsen af CISG.³⁰ Det fremgår blandt andet, at når konventionsteksten skal fortolkes, skal der være "[...] *observance of good faith in international trade*". Under forhandlingen af CISG var henvisningen til "*good faith*" omstridt³¹, ligesom der til stadighed er debat om, hvorvidt der også skal gælde en "*good faith*" forpligtelse mellem parterne.³² Princippet om "*good faith*" er alene udtrykkeligt nævnt i art. 7(1) CISG, som vedrører fortolkning af konventionen. Imidlertid anvendes princippet dog også på parternes opførelse.³³ Der kan argumenteres for, at "*good faith*" er et "*generel principle*" i CISG, idet der indirekte er henvist til princippet i flere af konventionens bestemmelser.³⁴ Der er imidlertid ikke en ensartet måde at anvende princippet på, idet der ikke er nogen "*common core of the concept*" på tværs af landegrænserne.³⁵ Såfremt der ikke gælder en "*good faith*"-forpligtelse mellem parterne, kan der opstå risiko for, at den ene part handler illoyalt over for medkontrahenten og derved pålægger medkontrahenten unødvendige udgifter. Spørgsmålet vil herefter være, om medkontrahenten kan kræve disse omkostninger dækket af den anden part på baggrund af "*precontractual liability*".

Det er omdiskuteret, hvorvidt "*precontractual liability*" kan siges at være omfattet af CISG.³⁶ Der er ingen regler i CISG, der direkte regulerer problemstillingen. Det følger af TransLex-Principles nr. IV.8.1 (a), at parterne har frihed til at forhandle deres kontrakter, og at de ikke er ansvarlige overfor

²⁸ Gomard og Henschel, s. 91.

²⁹ Schlechtriem, s. 96, rn. 11; Schwenzer, s. 122, rn. 8 og *Frozen pork case*, CISG-online 999.

³⁰ Schlechtriem, s. 97, rn. 13.

³¹ Gomard og Henschel, s. 96.

³² Neumann, Thomas (2018), *The Roots and Fruits of Good Faith in Domestic Court Practice*, Aalborg Universitet, s. 66 (herefter Neumann).

³³ Schwenzer, s. 121, rn. 6; TransLex-Principles nr. I.1.1 (a), kommentar nr. 1 og UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016, art. 1.7 (1) (herefter UNIDROIT PRINCIPLES).

³⁴ UNCITRAL Digest, art. 7, rn. 9 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 1.7, kommentar nr. 1.

³⁵ Neumann, s. 68 f.

³⁶ Rossen, Anne, Pedersen, Marie Hummelshøj og Neumann, Thomas (2020), *How Far Does the Dynamic Doctrine Go? Looking for the Basis of Precontractual Liability in the CISG*, Nordic Journal of Commercial Law, s. 3 (herefter Rossen, Anne et al.).

medkontrahenten, hvis en endelig aftale ikke kan opnås. Dog er en part ansvarlig for medkontrahentens tab, såfremt vedkommende afbryder forhandlingerne i *"bad faith"*.³⁷ Således kan kravet om en *"good faith"*-forpligtelse mellem parterne danne grundlag for *"precontractual liability"*.³⁸ Nogle forfattere mener, at art. 16(2) CISG vedrørende forkert tilbagekaldelse af tilbud kan danne grundlag for *"precontractual liability"*.³⁹ Såfremt *"precontractual liability"* ikke kan anses for at høre under CISG's anvendelsesområde, vil det være op til de nationale domstole at afgøre sager herom.⁴⁰ Dette må siges at udgøre en risiko, idet parterne således ikke kan forudse deres retsstilling. På denne baggrund kan der argumenteres for, at såfremt ønsket om ensartethed skal opnås, vil det være af største interesse at lade en bestemmelse om *"precontractual liability"* indarbejde i CISG.

Der er nogle grundlæggende fortolkningsmetoder, der kan anvendes, når CISG skal fortolkes i medfør af art. 7(1) CISG. Først og fremmest skal CISG's bestemmelser fortolkes ud fra ordlyden i én af de seks autentiske versioner. Det skal dog i den forbindelse bemærkes, at ved uoverensstemmelse mellem den engelske version og de andre versioner, har den engelske version forrang, eftersom engelsk blev anvendt af *"the drafting committee"*.⁴¹ Andre nationale oversættelser har ingen selvstændig retskildeværdi, og de kan derfor kun anvendes vejledende.⁴² Dernæst kan *"travaux préparatoires"* – forarbejderne – anvendes, men det er herved væsentligt at have in mente, at der på området for internationale løsørekontrakter er sket en hurtig udvikling siden 1970'erne.⁴³

Art. 7(2) CISG indeholder en *"gap filling rule"*.⁴⁴ Det er altså en bestemmelse, der anvendes til at udfylde de *"huller"*, der måtte være i konventionen. Der skelnes mellem *"internal gaps"* og *"external gaps"*. *"Internal gaps"* er de huller, der er omfattet af CISG, uden at CISG direkte tager stilling til dem. Til at udfylde disse huller anvendes de grundlæggende principper, som CISG er baseret på. *"External gaps"* er de huller, der ikke er omfattet af CISG. Til udfyldning af disse anvendes national lovgivning i overensstemmelse med reglerne for *"private international law"*.⁴⁵ National lovgivning skal dog anvendes som sidste løsning.⁴⁶

4.2. Travaux préparatoires

Forarbejderne til CISG vil blive anvendt som fortolkningsmateriale i det omfang, det er muligt. De er dog ikke særlig lettilgængelige, og de er omfangsrige, spredt over flere publikationer og dårligt struktureret,

³⁷ TransLex-Principles nr. IV.8.1 (b).

³⁸ Rossen, Anne et al., s. 29.

³⁹ Rossen, Anne et al., s. 3.

⁴⁰ Rossen, Anne et al., s. 3.

⁴¹ Schlechtriem, s. 101, rn. 22 og Schwenzer, s. 129, rn. 21.

⁴² Steensgaard, s. 25, rn. 5.

⁴³ Schwenzer, s. 129 f., rn. 22.

⁴⁴ Schlechtriem, s. 102, rn. 27 og Schwenzer, s. 132, rn. 27.

⁴⁵ Schlechtriem, s. 102, rn. 27 og Schwenzer, s. 132, rn. 27.

⁴⁶ Schlechtriem, s. 109, rn. 35 og Schwenzer, s. 141, rn. 42.

hvorfor de har en ringe praktisk værdi.⁴⁷ Forarbejderne kan imidlertid sjældent afklare, hvorledes bestemmelserne i CISG skal fortolkes.⁴⁸ Der findes i øvrigt ingen officielle bemærkninger til CISG.⁴⁹

Forhandlingerne af CISG giver udtryk for medlemsstaternes egne politisk prægede holdninger, hvilket er værd at have in mente, når de inddrages i specialet.⁵⁰ De har derfor ikke nogen selvstændig retskildemæssig værdi.

4.3. Retspraksis

Det fremgår af art. 7(1) CISG, at konventionens internationale karakter skal tillægges betydning, når konventionen skal fortolkes. Det er derfor relevant at inddrage retspraksis, da det viser, hvorledes konventionens bestemmelser anvendes i de forskellige medlemslande. Det kan være svært at anvende international retspraksis, fordi det ikke altid er tydeligt, hvordan denne retspraksis skal findes. Der findes nationale domsdata-baser, som er udarbejdet på forskellige sprog, men det er ikke sikkert, at de kan tilgås af domstole fra andre lande. Derudover er der databaser, hvor dommene oversættes til andre sprog end det oprindelige, og der opstår spørgsmålet, om man kan være sikker på, at der er sket en korrekt oversættelse. Uden en international domsdatabase vil det være nødvendigt at kontakte domstolene i forskellige lande for at få tilsendt domme, således at de kan inddrages ved foru-landets domstol for at fortolke bestemmelser i CISG i overensstemmelse med konventionens internationale karakter. Imidlertid er UNICTRAL oprettet. Dette er en database, hvor domme og voldgiftskendelser vedrørende CISG fra alle lande samles og oversættes til andre sprog.⁵¹ UNICTRAL Digest gengiver alene domstolens afgørelser. UNICTRAL Digest har ikke beføjelser til selv at kommentere på rigtigheden af en dom.⁵² På denne baggrund antages UNICTRAL Digest at give et retvisende billede af, hvordan de forskellige medlemslandes domstole forholder sig til CISGs bestemmelser.

UNICTRAL Digest inddrages på baggrund af den autonome fortolkningsmetode i art. 7(1) CISG, for at vurdere ensartetheden i anvendelsen af CISG. Disse cases vil endvidere være omdrejningspunktet i afsnit 6.4. vedrørende "*battle of forms*". Det skyldes, at det er relevant at undersøge, hvilke krav, forskellige medlemslandes domstole stiller til inkorporeringen af standardvilkår for derved at kunne klarlægge, hvorvidt der må antages at gælde et "*knock-out*"-princip eller en "*last shot rule*" ved anvendelsen af

⁴⁷ Steensgaard, s. 40 og Lookofsky, Joseph (2005), *Hensynet til fremmed retspraksis ved fortolkning af CISG*, Karnov Group Denmark A/S, s. 46 (herefter UfR 2005B.45).

⁴⁸ Lookofsky, s. 31.

⁴⁹ Lookofsky, s. 31.

⁵⁰ Schlechtriem, s. 96, rn. 11 og Schwenger, s. 122, rn. 8.

⁵¹ Schlechtriem, s. 98, rn. 14 og Schwenger, s. 123 f., rn. 11.

⁵² Schlechtriem, s. 98, rn. 14 og Schwenger, s. 124, rn. 12.

standardvilkår i internationale kontrakter. Dette vil bidrage til at fastlægge, hvornår en part kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten.

Cases fra andre lande er imidlertid ikke bindende. De kan dog være af så overbevisende karakter, at andre landes domstole vælger at tillægge dem betydning i deres afgørelse af lignende sager.⁵³ Der findes ingen supranational domstol – en CISG-domstol så at sige, – der kan afgøre CISG-dommes præjudikatsværdi.⁵⁴ Hvilke faktorer, der spiller ind på CISG-dommes præjudikatsværdi, er derfor, i det følgende, udledt af retslitteratur. Ifølge Lookofsky spiller både materielle og formelle faktorer ind på en doms præjudikatsværdi. Det har betydning, om dommens resultat fremstår materielt korrekt for forumdomstolen. Herunder spiller resultatets begrundelse en rolle. Formelt set skal det overvejes, hvilken instans der har afsagt dommen, samt hvorvidt dommen bakkes op af domme fra andre medlemslandes domstole.⁵⁵ På denne baggrund antages det, at såfremt eksempelvis det tyske "*Bundesgerichtshof*" er kommet frem til en afgørelse, som senere har dannet baggrund for resultatet i domme i andre lande, så har den tyske dom høj præjudikatsværdi.

4.4. Retslitteratur

I tilfælde af et "*internal gap*" vil regler, udviklet på baggrund af generelle principper, kunne inddrages som supplement til de internationale kontrakter, jf. art. 7(2) CISG.⁵⁶ Herunder kan UNIDROIT PRINCIPLES, TransLex-Principles og CISG AC Opinion no. 13 inddrages. UNIDROIT PRINCIPLES, TransLex-Principles og CISG AC Opinions er litteratur udgivet af en række forfattere, lærere og professorer fra forskellige lande.⁵⁷ UNIDROIT PRINCIPLES er ikke alene en gengivelse af gældende ret men er på nogle områder vidtgående i den forstand, at de indeholder ændringer til eksisterende regler eller helt skaber nye regler.⁵⁸ TransLex-Principles er principper udarbejdet på baggrund af en sammenligning af teori og praksis.⁵⁹ CISG AC analyserer cases kritisk for at foreslå, hvordan retstilstanden bør være for at skabe ensartethed.⁶⁰ CISG AC Opinions nyder stor anerkendelse pga. panelets internationale sammensætning med højt respekterede

⁵³ Schlechtriem, s. 99 f., rn. 14.

⁵⁴ Steensgaard, s. 33 f.

⁵⁵ UfR 2005B.45, s. 48.

⁵⁶ Schlechtriem og Schwenger, s. 122, rn. 26 og Schwenger, s. 156, rn. 27.

⁵⁷ Oser, David (2008), *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?*, Holland, Martinus Publishers Nijhoff, s. 3 (herefter Oser) og Gomard og Henschel, s. 96.

⁵⁸ Oser, s. 4.

⁵⁹ Berger, Klaus Peter, *The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles*, rn. 63 ([The Lex Mercatoria \(Old and New\) and the TransLex-Principles | Trans-Lex.org](#), senest tilgået 11. maj 2021).

⁶⁰ Schlechtriem, s. 98, rn. 14 og Schwenger, s. 124, rn. 12.

retslærde.⁶¹ Hverken UNIDROIT PRINCIPLES, TransLex-Principles eller CISG AC Opinions kan anses for at udgøre bindende retskilder.⁶² Herudover anvendes bøger og artikler som fortolkningsbidrag.

Idet forfattere ikke er legitimerede til at fastlægge gældende ret, kan retslitteratur ikke udgøre en retskilde.⁶³ Specialet vil dog anvende retslitteratur som et fortolkningsbidrag.

⁶¹ Gomard og Henschel, s. 96.

⁶² Steensgaard, s. 45, rn. 40 og Oser, s. 11.

⁶³ Munk-Hansen, s. 372.

5. Internationale købsaftalers indgåelse

Af artikel 23 fremgår det, at en aftale er endelig på det tidspunkt, hvor accepten af tilbuddet bliver *"[...] effective in accordance with the provisions of this Convention."* Det vil sige på det tidspunkt, hvor en, med tilbuddet, overensstemmende accept kommer frem til tilbudsgiveren inden for rette tid, jf. art. 18(2) CISG og art. 24 CISG. Indgåelsen af en international købsaftale må derfor, som udgangspunkt, siges at kræve, at der foreligger et tilbud og en accept.

Udgangspunktet om, at der skal foreligge et tilbud og en accept, fraviges, såfremt én af parterne er erhvervsdrivende i et land, der har taget et art. 92-forbehold vedrørende part II CISG.

Det skal imidlertid også erindres, at CISG kan fraviges helt eller delvis i medfør af art. 6 CISG, idet bestemmelsen angiver, at *"[t]he parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions."* Parterne kan således bestemme, at en aftale skal indgås på anden måde end ved tilbud og accept. Såfremt parterne ønsker at fravige CISG helt eller delvist, kræver det, ifølge adskillige domstole, en klar og utvetydig aftale mellem dem. Ifølge enkelte domstole er det imidlertid tilstrækkeligt, at parterne har indskrevet en lovvalgsklausul i kontrakten, eller at den ene part gør indsigelse mod anvendelsen af CISG.⁶⁴ Aftalen om at fravige CISG kan være enten eksplicit eller implicit, såfremt parternes intentioner om at fravige CISG er klar og reel. Nogle domstole tillader dog imidlertid ikke en implicit fravigelse af CISG, idet denne mulighed ikke fremgår af konventionsteksten.⁶⁵ Gyldigheden af en sådan aftale om (delvist) at fravige CISG skal afgøres efter national lovgivning, jf. art. 4(a) CISG. En henvisning til en parts egne standardbetingelser kan medføre, at der sker en fravigelse af CISG.⁶⁶

5.1. Art. 14 CISG

Et tilbud er et nødvendigt element, for at indgå en kontrakt og fastlægge kontraktens indhold.⁶⁷ Af art. 14(1) CISG fremgår det, at *"[a] proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price."* Der er således visse mindstekrav til et fremsat forslag, såfremt det skal kunne anses for at være et tilbud, jf. art. 14(1) CISG. Mindstekravene skal som udgangspunkt alle være til stede, for at der kan være tale om et tilbud. Dette kræver, at mindstekravene

⁶⁴ UNCITRAL Digest, art. 6, rn. 2.

⁶⁵ UNCITRAL Digest, art. 6, rn. 7 og 9.

⁶⁶ UNCITRAL Digest, art. 6, rn. 7.

⁶⁷ Schlechtriem og Schwenzler, s. 199, rn. 16.

er gyldige ifølge national lovgivning, og at en fortolkning af dem kan klarlægge deres betydning.⁶⁸ Mindstekravene vil blive gennemgået i det følgende.

Et tilbud skal adresseres til én eller flere specifikke personer samt indikere tilbudsgivers intentioner om at være bundet af aftalen, såfremt tilbuddet accepteres. Det handler ikke om tilbudsgivers forpligtelser som følge af "*precontractual liability*" eller om, hvorvidt tilbudsgiver er bundet af sit tilbud.⁶⁹ Som udgangspunkt er reklame ikke et tilbud men en opfordring til modtageren om at gøre tilbud. Det indikerer som udgangspunkt ikke, at tilbudsgiver ønsker at være bundet af denne opfordring. Der kan dog, afhængigt af omstændighederne i det konkrete tilfælde, alligevel være tale om et egentligt tilbud.⁷⁰ Hvorvidt tilbudsgiver har intentioner om at være bundet af aftalen, skal blandt andet afgøres ud fra en analyse i overensstemmelse med art. 8 CISG.⁷¹ Det er "*the objective meaning of the offer*" der er afgørende for, hvorvidt der reelt er tale om et tilbud, hvorfor selv fremsættelsen af en joke kan opfattes som værende et tilbud i det konkrete tilfælde.⁷² Er det pågældende forslag ikke adresseret til én eller flere specifikke personer, anses det for at være en opfordring til at gøre tilbud, medmindre det tydeligt fremgår, at der er tale om et egentligt tilbud, jf. art. 14(2) CISG.

Tilbuddet skal være "*sufficiently definite*", således at forpligtelserne kan håndhæves i retten, såfremt tilbuddet accepteres.⁷³ Af art. 14(1), 2. pkt. CISG fremgår det, at tilbuddet er "*sufficiently definite*", såfremt det angiver de varer, tilbuddet vedrører, samt udtrykkeligt eller implicit fastsætter prisen for og kvantiteten af varerne. Disse oplysninger anses for at være "*essentialia negotii*" – altså essentielle for aftaleindgåelsen.⁷⁴ Der vurderes ikke at blive stillet strenge krav til fastsættelsen af mængden, såfremt den er angivet implicit, og begge parter antages at have kendskab hertil.⁷⁵ En implicit fastsættelse af prisen antages at foreligge, hvor den er blevet fremsat under forhandlingerne eller ved fortolkning af aftalen i medfør af art. 8(2) CISG.⁷⁶ Fremgår meningen med et mindstekrav imidlertid så tvetydigt, at det ikke kan klarlægges ved fortolkning i medfør af art. 8 CISG, er mindstekravene til et tilbud ikke opfyldt, og det kan derfor ikke klassificeres som et tilbud.⁷⁷ Også tidspunktet og stedet for levering kan være "*essentialia negotii*", men det afhænger af de konkrete omstændigheder i den enkelte aftale samt af parternes "*prior*

⁶⁸ Schlechtriem og Schwenger, s. 189, rn. 2 og Schwenger, s. 272, rn. 6.

⁶⁹ Schlechtriem og Schwenger, s. 196, rn. 12 og Schwenger, s. 282, rn. 25.

⁷⁰ Schlechtriem og Schwenger, s. 197, rn. 13 og Schwenger, s. 284, rn. 29.

⁷¹ UNCITRAL Digest, art. 14, rn. 5.

⁷² Schlechtriem og Schwenger, s. 196 f., rn. 12 og Schwenger, s. 282 f, 26.

⁷³ Schlechtriem og Schwenger, s. 188, rn. 2 og Schwenger, s. 269, rn. 2.

⁷⁴ Eiselen, Sieg og Bergenthal, Sebastian K. (2006), *The battle of forms: A comparative Analysis*, Institute of Foreign and Comparative Law, s. 215 (herefter Eiselen og Bergenthal).

⁷⁵ UNCITRAL Digest, art. 14, rn. 9.

⁷⁶ Schlechtriem og Schwenger, s. 190, rn. 3 og Schwenger, s. 272 ff., rn. 8-12.

⁷⁷ Schwenger, s. 274, rn. 10.

practice".⁷⁸ Det er imidlertid ikke nødvendigt at være specifik omkring varernes kvalitet, for at opfylde mindstekravene, jf. *Chinchilla furs case*, hvor køber bestilte "*chinchillapelse af middel eller bedre kvalitet*".⁷⁹ Kan parterne dog ikke blive enige om kvaliteten, anses en kontrakt ikke for at være indgået, jf. *Glass test tubes case*, hvor parterne var uenige om, hvilken kvalitet de leverede reagensglas skulle være af, selvom kvaliteten havde været genstand for parternes forhandling.⁸⁰

I art. 55 CISG findes reglerne om "*open price term*". Bestemmelsen angiver, at "[w]here a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned." Et tilbud kan således være "*sufficiently definite*" og dermed gyldigt, selvom prisen ikke er fastlagt, og ligeledes kan de enkelte bestemmelser, som nævnt i afsnit 5, fraviges i medfør af art. 6 CISG. Det fremgår da også af *Plotters case*, at et tilbud er "*sufficiently definite*", uanset den manglende fastsættelse af prisen, hvis tilbuddet indikerer, at tilbudsgiver ønsker at være bundet af aftalen, såfremt tilbuddet accepteres.⁸¹ Ifølge art. 55 CISG skal prisen herefter fastlægges ud fra markedsprisen på det tidspunkt, hvor aftalen blev indgået. I *Pratt & Whitney v. Malév Hungarian Airlines* blev det fastslået, at såfremt der ikke er en markedspris for den pågældende genstand, kan art. 55 CISG ikke anvendes.⁸² Der kan stilles spørgsmål ved, om man kan antage, at tilbudsgiver, hvis denne ikke har angivet en bestemt pris i sit tilbud, har ønsket, at art. 55 CISG skal finde anvendelse, således at prisen kan siges at være fastsat ud fra art. 55 CISG, eller om tilbudsgiver i så fald skulle have henvist til art. 55 CISG eksplicit eller ordlyden heraf i sit tilbud. Dette kommer tilsyneladende an på omstændighederne ved den enkelte aftale.⁸³ Da dette ligger uden for specialets område, vil det dog ikke blive undersøgt yderligere.

5.2. Art. 18 CISG

Ifølge art. 23 CISG gælder det, at "[a] contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention." En aftale indgås altså ved en accept af tilbuddet. En accept kan være "[a] statement made by or other conduct of the offeree [...]", jf. art. 18(1) CISG. En accept kan altså foreligge enten udtrykkeligt eller implicit. Ofte foreligger accepten implicit.⁸⁴ En accept foreligger eksempelvis implicit, når sælger sender varerne, når sælger begynder at bearbejde eller

⁷⁸ Schlechtriem og Schwenger, s. 189, rn. 2 og Schwenger, s. 271 f., rn. 5.

⁷⁹ CISG-online 117.

⁸⁰ CISG-online 137.

⁸¹ CISG-online 245.

⁸² CISG-online 63.

⁸³ UNCITRAL Digest, art. 14, rn. 15.

⁸⁴ Schlechtriem og Schwenger, s. 218, rn. 2 og Schwenger, s. 332, rn. 2.

producere varerne, såfremt det sker i overensstemmelse med ordren, eller når køber betaler for varerne, uden at der forinden foreligger en udtrykkelig accept.⁸⁵

Svaret skal indikere "*assent to an offer*", jf. art. 18(1) CISG. Det skal altså vise, at acceptanten har intentioner om at være bundet af accepten. Hvorvidt dette er tilfældet kan afgøres i medfør af art. 8 CISG.⁸⁶ Medmindre tilbudsgiver kræver, at tilbudsmodtager opfylder visse formkrav i sin accept, kan acceptanten udarbejde sin accept på den måde, han finder det mest hensigtsmæssigt, idet der er formfrihed, jf. art. 11 CISG.

Det er et krav for indgåelsen af en bindende aftale, at tilbuddet accepteres inden for tidsrammen, jf. art. 18(2), 2. pkt. CISG. Indeholder tilbuddet et tidspunkt, indenfor hvilket det skal accepteres, er accepten kun gyldig, såfremt den kommer frem til tilbudsgiver inden for den pågældende tidsfrist, jf. art. 18(2), 2. pkt. CISG. Er der tale om et skriftligt tilbud uden en fastsat tidsfrist for accept, skal accepten være kommet frem til tilbudsgiver inden for rimelig tid, jf. art. 18(2), 2. pkt. CISG. Hvad der anses for at være rimelig tid, afhænger af aftalens kompleksitet, udsving i markedsprisen, varernes fordærvelighed, muligheden for at fremskaffe oplysninger, forhandlinger med underleverandører, kommunikationsformen etc.⁸⁷ Er der tale om et mundtligt tilbud uden en fastsat tidsfrist for accept, skal det accepteres straks efter fremsættelsen af tilbuddet, medmindre omstændighederne indikerer andet, jf. art. 18(2), 3. pkt. CISG. Sådanne omstændigheder kan fremgå af parternes forhandlinger eller af nødvendigheden af at kunne undersøge muligheden for at indgå aftalen etc.⁸⁸

Stilhed eller inaktivitet kan ikke i sig selv udgøre en bindende accept, jf. art. 18(1), 2. pkt. CISG, som angiver, at "*[s]ilence or inactivity does not in itself amount to acceptance.*" På denne baggrund må det antages, at det kan udgøre en bindende accept, såfremt andre omstændigheder er til stede samtidig. Denne antagelse understøttes af retspraksis.⁸⁹ Parternes "*prior practice*" eller "*agreed usage*" i medfør af art. 9(1) og (2) CISG kan udgøre en bindende accept uagtet tilbudsmodtagers stilhed eller inaktivitet.⁹⁰ Det sker ofte i praksis, at en medkontrahent ikke reagerer på præsentationen af standardvilkår.⁹¹ Spørgsmålet er derefter, om standardvilkårene alligevel kan gøres gældende.

5.3. Art. 19 CISG

Af art. 19(1) CISG fremgår det, at "*[a] reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.*" Ifølge

⁸⁵ UNCITRAL Digest, art. 18, rn. 6.

⁸⁶ UNCITRAL Digest, art. 18, rn. 3.

⁸⁷ Schlechtriem og Schwenger, s. 227, rn. 15 og Schwenger, s. 343 f., rn. 28.

⁸⁸ Schlechtriem og Schwenger, s. 227 f., rn. 16 og Schwenger, s. 345, rn. 31.

⁸⁹ UNCITRAL Digest, art. 18, rn. 7.

⁹⁰ UNCITRAL Digest, art. 18, rn. 7.

⁹¹ Schwenger, s. 172, rn. 56.

art. 19(1) CISG er der dermed ikke tale om en accept men derimod en afvisning og et modtilbud, såfremt svaret på det oprindelige tilbud indeholder tilføjelser, begrænsninger eller andre modifikationer. Accepten skal altså som udgangspunkt stemme overens med tilbuddet, jf. art. 19(1) CISG. Med andre ord skal accepten "*mirror the offer*".⁹² Artikel 19(2) CISG indeholder dog modifikationer til dette udgangspunkt.

Er det imidlertid et svar, der indeholder ændrede vilkår, men som ikke væsentligt ændrer vilkårene i tilbuddet, er der tale om en accept, medmindre tilbudsgiver protesterer uden unødigt forsinkelse, jf. art. 19(2) CISG. I de tilfælde, hvor accepten ikke væsentligt ændrer vilkårene i tilbuddet, er der altså indgået en bindende aftale, når accepten kommer frem til tilbudsgiveren i rette tid, jf. art. 18(2) CISG, medmindre tilbudsgiver protesterer. Art. 19(3) CISG oplister nogle vilkår, hvis ændringer anses for at være væsentlige. Disse vilkår vedrører "[...] *the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extend of one party's liability to the other or the settlement of disputes [...]*", jf. art. 19(3) CISG. Listen er ikke udtømmende.⁹³ Spørgsmålet er herefter, hvilke ændringer, der ikke kan anses for at være væsentlige. Dette afhænger af den enkelte sag, men normalt vil en henvisning til standardvilkår blive anses for en væsentlig ændring.⁹⁴ Ifølge Schlechtriem og Schroeter skyldes forskellen mellem tilbud og accept næsten altid vedtagelse eller forsøg på vedtagelse af standardvilkår i aftalen.⁹⁵

Er der tale om en ændring af et væsentligt element i medfør af art. 19(2) og (3) CISG, der alene udvider acceptantens ansvar, er det ifølge retspraksis ikke en egentlig væsentlig ændring, og der er dermed ikke noget krav om, at ændringen skal accepteres udtrykkeligt.⁹⁶ Det samme gælder, såfremt ændringen er irrelevant for tilbudsgiver.⁹⁷

5.4. Delkonklusion

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at indgåelsen af en international købsaftale i medfør af CISG som udgangspunkt kræver tilstedeværelsen af et tilbud og en modsvarende accept, jf. art. 23 CISG. Dette udgangspunkt kan imidlertid fraviges i medfør af art. 6. CISG eller helt udelukkes som et krav, såfremt den ene part er hjemmehørende i et land, der har taget et art. 92-forbehold.

Der er visse mindstekrav til et tilbud, der som udgangspunkt skal være opfyldt. Dog kan et tilbud alligevel være "*sufficiently definite*", selvom der ikke er angivet nogen specifik pris eller mængde. Det afhænger af det enkelte tilbud og omstændighederne herved, om det kan anses for at være "*sufficiently definite*". Er en

⁹² Schwenger, s. 351, rn. 1 og 3.

⁹³ UNCITRAL Digest, art. 19, rn. 3.

⁹⁴ Schlechtriem og Schwenger, s. 237, rn. 9 og Schwenger, s. 358 f., rn. 17.

⁹⁵ Schlechtriem og Schwenger, s. 241, rn. 19 og Schwenger, s. 363, rn. 31.

⁹⁶ UNCITRAL Digest, art. 19, rn. 4.

⁹⁷ UNCITRAL Digest, art. 19, rn. 4.

pris ikke fastlagt, kan art. 55 CISG finde anvendelse, hvorefter prisen er markedsprisen på tidspunktet for kontraktens indgåelse, medmindre der ikke er nogen markedspris for den pågældende genstand.

En aftale indgås, når tilbuddet bliver accepteret enten udtrykkeligt eller implicit. Accepten skal indikere, at acceptanten ønsker at være bundet af aftalen. Såfremt accepten kommer frem til tilbudsgiver inden tidsfristen, er den bindende for acceptanten. Stilhed eller inaktivitet fra tilbudsmotagers side kan kun gøres gældende som en accept, såfremt andre omstændigheder er til stede samtidig.

Ifølge art. 19(1) CISG skal accepten være i overensstemmelse med tilbuddet, for at en bindende aftale etableres. Imidlertid beskriver art. 19(2) CISG, at der er tale om en bindende accept, såfremt accepten ikke afviger væsentligt fra tilbuddet. En henvisning til en parts egne standardvilkår vil normalt blive anset for at være en væsentlig ændring, og da forskellen mellem tilbud og accept næsten altid skyldes en henvisning til parternes standardvilkår, vil det være relevant at undersøge, hvornår standardvilkår kan anses for at være vedtaget.

6. Standardvilkårs vedtagelse

Anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter er i dag hovedreglen, og de har derfor opnået stor praktisk betydning.⁹⁸ På denne baggrund er det relevant at undersøge, hvad der skal til, for at en part kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahtenten.

For at en part kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahtenten, skal de være vedtaget af parterne. Dernæst skal de fortolkes for at fastlægge kontraktindholdet. Slutteligt er det et krav, at standardvilkårene er gyldige.⁹⁹

Standardvilkår kan være parternes egne standardvilkår, branchevilkår eller "*agreed documents*".¹⁰⁰ Standardvilkår er oftest udarbejdet ensidigt af den ene part på forhånd.¹⁰¹ Når dette er tilfældet, har vilkårene ikke været genstand for forhandling.¹⁰² Formålet med at anvende standardvilkår kan være af økonomisk eller konkurrencemæssig betydning. En ensidig fastlæggelse af aftalens vilkår vil kunne være langt mere kosteffektiv, idet der ikke skal forhandles om alle detaljer og enkeltheder. Der bliver i stedet tale om rutinetransaktioner, som lavere bemyndiget personale kan indgå på grundlag af standardbetingelserne. Det vil herved være muligt at reducere udgifterne i forbindelse med forhandlingerne.¹⁰³ En part, der anvender standardvilkår vil kunne sælge til en lavere pris, idet han ikke behøver at indregne samme risici, som hvis han ikke havde anvendt sine standardvilkår i kontrakten. Med andre ord vil han kunne lave en mere præcis risikokalkule.¹⁰⁴ En aftalepart, der anvender sine egne standardvilkår, har altså mulighed for at skabe sin egen retsstilling, og standardvilkår udarbejdes da også oftest i overensstemmelse med partens egne interesser.¹⁰⁵

Først og fremmest er spørgsmålet, om vedtagelsen af standardvilkår er omfattet af CISG. Under forhandlingerne til CISG's udformning foreslog Belgien, at CISG skulle indeholde en bestemmelse specifikt vedrørende vedtagelsen af standardvilkår, hvilket blev afvist.¹⁰⁶ I CISG kan man altså ikke finde nogen bestemmelser, hvor "*standard terms*" udtrykkeligt er nævnt. Dette fremgår i øvrigt også af UNCITRAL

⁹⁸ Schwenger, s. 289, rn. 38.

⁹⁹ Lookofsky, s. 173.

¹⁰⁰ Steensgaard, s. 10, rn. 23.

¹⁰¹ Steensgaard, s. 9, rn. 22 og Bech-Bruun (2014), *Kommercielle kontrakter*, s. 1

(http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7-HncmPaQEEJ:www.bechbruun.com/~media/Files/Videncenter/Nyhedsbreve/Corporate/2014/Kommercielle%2520kontrakter_marts_web.pdf+&cd=2&hl=da&ct=clnk&gl=dk, senest tilgået 8. marts 2021).

¹⁰² UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.19, stk. 2.

¹⁰³ Steensgaard, s. 11, rn. 26.

¹⁰⁴ Steensgaard, s. 11, rn. 27.

¹⁰⁵ Eiselen og Bergenthal, s. 215.

¹⁰⁶ A/CONF.97/19, s. 96.

Digest.¹⁰⁷ CISG kan derfor heller ikke umiddelbart siges at indeholde specifikke krav til inkorporeringen af standardvilkår. Ifølge Schroeter og Ulrich Magnus¹⁰⁸ er selve vedtagelsen af standardvilkår dog omfattet af CISG's bestemmelser om "*formation of contracts*" i part II CISG sammenholdt med art. 8 CISG.¹⁰⁹ Dette understøttes i øvrigt af retslitteratur¹¹⁰ og af retspraksis, som vil blive inddraget herunder, når det skal fastlægges, hvilke krav der stilles til vedtagelsen af standardvilkår i internationale kontrakter.

For indgåelsen af en kontrakt og fastlæggelse af dens indhold er et tilbud nødvendigt ifølge Schroeter.¹¹¹ Det kræver en udtrykkelig henvisning til standardvilkårene, hvis man vil inkorporere dem i kontrakten.¹¹² Den, der ønsker at inkorporere sine standardvilkår i aftalen, skal gøre dette klart over for medkontrahtenten. Foreligger der ikke en sådan henvisning, kan standardvilkårene ikke anses for at være inkorporeret.¹¹³ Gør medkontrahtenten gældende, at denne ikke ønsker, at de pågældende standardvilkår skal finde anvendelse på parternes aftale, anses vilkårene ikke for at være inkorporeret.¹¹⁴ Standardvilkår anses for at være inkorporeret i aftalen, uagtet at medkontrahtenten ikke kendte til eller forstod indholdet af dem, såfremt denne eksplicit accepterer anvendelsen af vilkårene.¹¹⁵

Det er uvist, om der er en pligt for en part til at gøre sine standardvilkår tilgængelige for medkontrahtenten, eller om det er tilstrækkeligt blot at henvise til dem.¹¹⁶ Imidlertid stiller den tyske Højesteret krav om, at standardvilkårene bliver gjort tilgængelige for medkontrahtenten.

6.1. The making available test

Den 31. oktober 2001 behandlede Tysklands Bundesgerichtshof, som er landets højeste instans, en sag omhandlende inkorporering af standardvilkår i medfør af art. 8 og 14 CISG.¹¹⁷ Dommen antages at være én af de førende på området, idet den nævnes i adskillige værker, anvendes i flere andre afgørelse og på flere punkter anvendes til at fastlægge kravene til vedtagelsen af standardvilkår for at fastslå retsstillingen

¹⁰⁷ UNCITRAL Digest, s. 80, rn. 11.

¹⁰⁸ Professor of Law, University of Hamburg, Tyskland.

¹⁰⁹ Schwenger, s. 226, rn. 5 og Magnus, Ulrich (2008), *Incorporation of Standard Terms under the CISG* i Camilla B. Andersen og Ulrich G. Schroeter, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (Wildy, Simmonds & Hill Publishing 2008), s. 304 f.

¹¹⁰ Eiselen, Sieg (2011), *The Requirements for the Inclusion of Standard Terms in International Sales Contracts*, Potchefstroom electronic law journal, s. 3 (herefter Eiselen) samt CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 1.

¹¹¹ Schwenger, s. 289, rn. 38.

¹¹² Schwenger, s. 172, rn. 56.

¹¹³ Schwenger, s. 172, rn. 56.

¹¹⁴ CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer punkt 1.6.

¹¹⁵ Schwenger, s. 172, rn. 56 og CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 1.6, jf. regel 2.

¹¹⁶ Schlechtriem og Schwenger, s. 136, rn. 53 og Schwenger, s. 173, rn. 58.

¹¹⁷ *Machinery case*, CISG-online 617.

herved.¹¹⁸ Dommen vil derfor blive gennemgået i indeværende afsnit og, sammen med andre domme, danne baggrund for udarbejdelsen af de følgende underafsnit i afsnit 6 vedrørende standardvilkårs vedtagelse samt i afsnit 7 om fortolkningen af internationale kontrakter med standardvilkår.

Sagen omhandler en tysk virksomhed, der havde solgt en computerstyret valsemaskine til et spansk selskab. Sælger havde i sin accept henvist til sine standardvilkår men havde ikke fremsendt disse sammen med accepten. Standardvilkårene indeholdt en ansvarsfraskrivelsesklausul, hvorefter sælger ikke hæftede for mangler ved det solgte. Det viste sig, efter levering, at den solgte genstand led af en mangel. Spørgsmålet var herefter, om sælger kunne påberåbe sig ansvarsfraskrivelsesklausulen over for køber. Hertil bemærkede domstolen, at CISG ikke indeholder nogen specifik reference til inkorporeringen af standardvilkår. Derfor skulle art. 14 CISG om kontraktindgåelse og art. 8 CISG om fortolkning af kontrakten finde anvendelse på spørgsmålet om, hvorvidt sælgers standardvilkår kunne anses for at være inkorporeret i aftalen mellem parterne. Domstolen fastslog, at køber skulle gives en rimelig chance for at overveje standardbetingelserne, for at de kunne blive en del af aftalen. Det var derfor et krav, at køber blev gjort opmærksom på sælgers intentioner om at inkorporere standardvilkårene, og at "[...] *the offeree is sent the standard conditions or otherwise given the opportunity to read them.*" Ifølge domstolen er det altså tilbudsgiver, som ønsker at inkorporere sine standardvilkår i aftalen, der har ansvar for at fremsende standardvilkårenes indhold til medkontrahenten. Det er således ikke medkontrahenten selv, der skal bede om at få fremsendt standardvilkårene. Dette skyldes, at standardvilkår ofte er forskellige fra land til land. Da det er nemt for den, der vil anvende sine standardvilkår, at fremsende disse til medkontrahenten, vil det, ifølge domstolen, være i strid med princippet om "*good faith*" i art. 7(1) CISG at inkorporere standardvilkår, som medkontrahenten ikke har kendskab til, eller som medkontrahenten selv skal bede om at få tilsendt. Sælgers standardvilkår fandtes ikke inkorporeret i parternes aftale, og sagen blev herefter henvist til fornyet behandling i appelretten.

Det bemærkes imidlertid, at domstolen antages at have forudsat, at der gælder en "*good faith*" forpligtelse mellem sagens parter, og at princippet ikke blot anvendes til fortolkning af konventionsteksten i medfør af art. 7(1) CISG. Som nævnt i afsnit 4 er der til stadighed debat om, hvorvidt der kan opstilles et krav om, at der skal foreligge en sådan forpligtelse mellem parterne. Tysklands lovgivning indeholder et generelt princip om "*good faith*". Det er derfor muligt, at det er den nationale opfattelse af begrebet, der er blevet anvendt i afgørelsen. Det er dog ikke alle lande, der har indoktrineret princippet i deres nationale lovgivning.¹¹⁹ Der kan herefter stilles spørgsmål ved, om

¹¹⁸ Schwenger, Ingeborg og Spagnolo, Lisa (2017), *The electronic CISG*, Eleven International Publishing, Holland, s. 110 (herefter *The Electronic CISG*).

¹¹⁹ Neumann, s. 71.

lande, der ikke anvender princippet om "good faith" i deres nationale lovgivning, ville være nået frem til det samme resultat. Dette er imidlertid ikke en del af specialet, hvorfor det ikke vil blive undersøgt nærmere.

Ifølge afgørelsen er medkontrahenten gjort bekendt med standardvilkårene, såfremt disse fremsendes til medkontrahenten, eller hvis de på anden måde er gjort tilgængelige for medkontrahenten. Dette krav kaldes, ifølge Schroeter, "*the making available test*".¹²⁰ Der stilles således ikke i sagen nogen krav til, hvordan standardvilkårenes indhold gøres tilgængeligt for medkontrahenten, hvis blot denne har rimelig mulighed for at gøre sig bekendt med indholdet, og såfremt muligheden opstår på tilbudsgivers initiativ. Kravet blev i øvrigt senere lagt til grund i *Ground mace case*¹²¹, hvoraf det fremgår, at standardvilkårene ikke kunne anses for at være inkorporeret i parternes aftale, fordi "[n]either the text of the N.V.S. Conditions nor the text of the seller's general conditions were ever transmitted to the buyer." Den tyske Højesteret anses derfor ikke for at have ændret kravet. Modsat finder nogle domstole og forfattere det tilstrækkeligt, at tilbudsmottager har muligheden for at få kendskab til medkontrahentens standardvilkår, således at tilbudsgiver blot skal henvise til dem, og så må det være op til tilbudsmottager at bede om dem.¹²²

Flere andre CISG-medlemsstater har imidlertid taget den tyske tilgang til sig, hvorved også de har den holdning, at tilbudsgiver skal sikre sig, at modtager har haft rimelig mulighed for at gøre sig bekendt med standardvilkårenes indhold.¹²³ Også CISG AC følger denne tilgang, jf. CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 2 sammenholdt med regel nr. 3.¹²⁴ Det følger således af CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 2, at "[s]tandard terms are included in the contract where the parties have expressly or impliedly agreed to their inclusion at the time of the formation of the contract and the other party had a reasonable opportunity to take notice of the terms." På denne baggrund kan det konkluderes, at størstedelen af domstole og forfattere kræver, at tilbudsgiver forsikrer sig, at tilbudsmottager er gjort opmærksom på indholdet af de standardvilkår, som tilbudsgiver ønsker at inkorporere, – altså at tilbudsmottager gør standardvilkårenes indhold tilgængeligt for medkontrahenten på eget initiativ.¹²⁵ Medkontrahenten anses for at have haft mulighed for at gøre sig bekendt med standardvilkårene, såfremt én af betingelserne i CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 3 er opfyldt.

¹²⁰ Schwenger, s. 297, rn. 50.

¹²¹ CISG-online 5488.

¹²² Schwenger, s. 294 f., rn. 47.

¹²³ Schwenger, s. 295, rn. 47.

¹²⁴ Schwenger, s. 295 f.

¹²⁵ Schwenger, s. 295, rn. 47.

6.1.1. Fremsendelse til medkontrahtenten

Såfremt standardvilkårenes fulde tekst indgår i tilbuddet, anses tilbudsmotageren for at være gjort bekendt med indholdet af medkontrahtentens standardvilkår. Dette gælder f.eks., såfremt der er henvist til den fulde tekst på tilbuddets forside, og den fulde tekst samtidig er trykt på tilbuddets bagside, jf. CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 3.1. Sammenholdt hermed fremgår det af retspraksis, at det ikke er tilstrækkeligt at trykke standardvilkårenes indhold på tilbuddets bagside, såfremt der ikke er henvist til dem på forsiden.¹²⁶ I overensstemmelse hermed må det altså være et krav, at der henvises til standardvilkårene på forsiden af tilbuddet, samtidig med at deres indhold er trykt på bagsiden, såfremt indholdet skal anses for at være gjort tilgængeligt for medkontrahtenten.

Er standardvilkårene vedhæftet i en e-mail til medkontrahtenten, anses medkontrahtenten desuden for at have haft rimelig mulighed for at gøre sig bekendt med indholdet, jf. CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 3.3. Det er dog et krav, at standardvilkårene er vedhæftet i et format, som enhver medkontrahtent sædvanligvis vil have mulighed for at åbne, og at de er læselige.¹²⁷ Mailen er kommet frem til modtager, når den ligger på modtagers server, således at modtager har adgang til mailen, og det er modtager selv, der bærer risikoen for problemer med dennes system.¹²⁸ Spørgsmålet er imidlertid, om en mail kan anses for at være kommet frem til modtager, såfremt den ligger på serveren men ikke er kommet ind i modtagers indbakke. Ifølge Schroeter skal der skelnes mellem, om det er afsenders eller modtagers forhold, der gør, at mailen ikke er at finde i modtagers indbakke.¹²⁹

6.1.2. Gjort tilgængelig på anden måde end ved fremsendelse

Ovenstående henviser alene til de tilfælde, hvor standardvilkårenes indhold er sendt til medkontrahtenten. Imidlertid fremgår det af *Machinery case*,¹³⁰ at medkontrahtenten også kan gøres bekendt med standardvilkårenes indhold på anden måde end ved specifik fremsendelse af dem.

6.1.2.1. Tilgængelighed under møde

Såfremt standardvilkårenes indhold vises under et møde mellem parterne, således at medkontrahtenten kan gennemgå dem under mødet, anses medkontrahtenten for at være gjort bekendt med indholdet.¹³¹ Det følger imidlertid af en afgørelse fra Oberster Gerichtshof, som er Østrigs øverste instans, at såfremt standardvilkårenes indhold alene vises til medkontrahtenten under et møde, uden at medkontrahtenten har

¹²⁶ *Isea industrie S.p.A. et al. v. Lu SA et al.*, CISG-online 312.

¹²⁷ The Electronic CISG, s. 127.

¹²⁸ Schwenzer, s. 404, rn. 24 og The Electronic CISG, s. 127.

¹²⁹ Schwenzer, s. 404 f., rn. 24.

¹³⁰ CISG-online 617.

¹³¹ Schwenzer, s. 299, rn. 55 og CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 3.2.

mulighed for at læse dem under mødet, og der ikke fremsendes en kopi af dem til medkontrahenten efterfølgende, så er det ikke tilstrækkeligt til, at medkontrahenten kan siges at være gjort bekendt med indholdet.¹³² Af dommen fremgår det, at aftalen skulle indgås på sælgers standardvilkår. Parterne forhandlede aftalen via fax og telefonsamtaler. I en indledende telefonsamtale fremlagde sælgeren sine standardvilkår ud fra en brochure. Køber havde herved ikke mulighed for at gennemgå brochuren og dermed gøre sig bekendt med brochurens indhold, og da sælger ikke kunne bevise, at køber var gjort bekendt med indholdet af standardvilkårene, kunne de ikke anses for at være inkorporeret i aftalen.

6.1.2.2. Tilgængelighed online

Om en aftale er forhandlet og indgået elektronisk, eller om den er forhandlet og indgået på traditionel vis¹³³, ændrer ikke på kravene til inkorporeringen af standardvilkår.¹³⁴ I overensstemmelse med art. 14 CISG, skal standardvilkårene være en del af tilbuddet, og ifølge art. 18 CISG skal dette tilbud – inklusiv standardvilkårene – accepteres, for at udgøre en bindende aftale, hvori standardvilkårene er inkorporeret. Standardvilkårene er en del af tilbuddet, såfremt der henvises til dem i tilbuddet, og de gøres tilgængelige for medkontrahenten.¹³⁵ En part kan altså, i tilbuddet eller under forhandlingerne, henvise til sine standardvilkår på internettet. Der er debat om, hvorvidt det er tilstrækkeligt for inkorporeringen af standardvilkår at de er tilgængelige på anvenderens hjemmeside.¹³⁶ Spørgsmålet er herefter, hvornår standardvilkår, der er henvist til på nettet, kan siges at være gjort tilgængelige for medkontrahenten, og om medkontrahenten kan siges at være gjort bekendt med standardvilkårene og tilbudsgivers ønske om at inkorporere dem i aftalen, såfremt de blot er tilgængelige på hjemmesiden. Det bør under alle omstændigheder være tilbudsgiver, der sørger for, at medkontrahenten har rimelig mulighed for at få kendskab til standardvilkårene, uden at denne selv skal opsøge dem.¹³⁷

Er der tale om en kontrakt, der indgås via sælgers hjemmeside, er det tilstrækkeligt, at standardvilkårene gøres tilgængelige på hjemmesiden eller ved et link til en anden side på nettet.¹³⁸ Det afhænger blandt andet af hjemmesidens udformning og indhold, om medkontrahenten kan anses for at være gjort bekendt med standardvilkår på hjemmesiden. Herunder har det betydning, om standardvilkårene eller et link til

¹³² *Propane gas case*, CISG-online 224.

¹³³ Via f.eks. telefonen eller samtaler ansigt til ansigt.

¹³⁴ *The Electronic CISG*, s. 95.

¹³⁵ *Machinery case*, CISG-online 617 og CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 3.3.

¹³⁶ *Schwenzer*, s. 175, rn. 62 og *The Electronic CISG*, s. 128 f.

¹³⁷ *The Electronic CISG*, s. 116.

¹³⁸ *The Electronic CISG*, s. 125 og CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 3.4.

dem er tydeligt fremhævet.¹³⁹ For at standardvilkårene kan siges at være gjort tilgængelige for medkontrahtenten, er det endvidere et krav, at de kan printes og gemmes til senere brug.¹⁴⁰

Såfremt aftalen indgås via e-mail, anses *"the making available test"* for at være opfyldt, når standardvilkårene fremgår af hjemmesiden, såfremt visse supplerende krav er opfyldt. Det er herunder et krav, at hjemmesiden er lettilgængelig for medkontrahtenten, og at det med tydelighed fremgår, hvilket sæt standardvilkår, der ønskes inkorporeret. At standardvilkårene kan downloades, gemmes eller printes er sædvanligvis også et krav, ligesom det vil være det, såfremt aftalen indgås via hjemmesiden.¹⁴¹

E-mailen bør indeholde et link til hjemmesiden eller specifikt til det sted på hjemmesiden, hvor standardvilkårene kan findes, for at der henviser korrekt til dem.¹⁴² Idet hjemmesider ofte indeholder mange informationer, antages det imidlertid ikke altid at være tilstrækkeligt blot at vedhæfte et link til hjemmesiden med en henvisning til, at standardvilkårene kan findes derinde. I nogle sager vil det være et yderligere krav, at den, der ønsker at inkorporere sine standardvilkår i kontrakten, vedhæfter disse i sin e-mail til medkontrahtenten.¹⁴³

Når en aftale indgås på traditionel vis, anses det sædvanligvis ikke for at være tilstrækkeligt at henvise til standardvilkår, der alene fremgår af en hjemmeside. Dette skyldes, at det vil pålægge medkontrahtenten en ekstra byrde også at skulle tage internettet i brug, når selve aftaleindgåelsen ikke kræver det.¹⁴⁴ Samtidig stilles der spørgsmålstejn ved, om standardvilkårene har været tilgængelige for medkontrahtenten inden aftalens indgåelse.¹⁴⁵ Modsætningsvis anser nogle det for at være tilstrækkeligt, idet det må kunne forventes, at parter i internationale handler ejer en computer med internetadgang, og at det er lige så nemt at tænde computeren og læse standardvilkårene derpå, som det er at vende siderne i en fysisk kontrakt.¹⁴⁶ Som det tidligere er angivet, er det den, der ønsker at inkorporere sine standardvilkår, der skal sikre sig, at vilkårene er tilgængelige for medkontrahtenten. Såfremt en part har valgt at indgå en aftale på traditionel vis, antages det, at denne part ønsker at indgå hele aftalen på traditionel vis, medmindre andet er aftalt. På denne baggrund vurderes det, at det som udgangspunkt ikke er tilstrækkeligt at henvise medkontrahtenten til en hjemmeside med standardvilkårene, når der er tale om traditionel aftaleindgåelse.

¹³⁹ The Electronic CISG, s. 125.

¹⁴⁰ The Electronic CISG, s. 125 og CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 3.4.

¹⁴¹ The Electronic CISG, s. 129 og CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 3.4.

¹⁴² The Electronic CISG, s. 129.

¹⁴³ The Electronic CISG, s. 129.

¹⁴⁴ The Electronic CISG, s. 130.

¹⁴⁵ CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 3.5.

¹⁴⁶ The Electronic CISG, s. 130.

Standardvilkårene kan i stedet gøres tilgængelige ved for eksempel at indskrive dem i selve kontrakten og henvise til dem på forsiden heraf.

6.1.2.3. Implicit inkorporering

Parternes "*prior practice*", jf. art. 9(1) CISG, eller "*trade usage*", jf. art. 9(2) CISG, kan ikke medføre, at standardvilkår automatisk vil være inkorporeret i fremtidige aftaler.¹⁴⁷ Der findes dog righoldig retspraksis på det modsatte resultat,¹⁴⁸ ligesom det fremgår af CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 3.4, at medkontrahenten har haft mulighed for at få kendskab til standardvilkårene, såfremt de har fundet anvendelse i tidligere aftaler mellem parterne.

Ifølge nogle domstole kan standardvilkår inkorporeres implicit.¹⁴⁹ Dette kan dog kun lade sig gøre, hvis de har været en del af forhandlingerne mellem parterne, jf. art. 8(3) CISG, eller hvis de er anvendelige som følge af parternes "*prior practice*" eller "*trade usage*", jf. art. 9(1) og (2) CISG.¹⁵⁰ Ifølge Schmidt-Kessel¹⁵¹ bør standardvilkår imidlertid ikke kunne inkorporeres i medfør af art. 9(1) og (2) CISG.¹⁵² Har tilbudsmotager kendskab til standardvilkårenes indhold, på tidspunktet for tilbuddets modtagelse, er en henvisning til dem i tilbuddet tilstrækkeligt.¹⁵³ For at der kan siges at være etableret en "*practice*" mellem parterne, er det et krav, at parterne tidligere har indgået aftaler med et vis tidsrum imellem gennem en vis periode og med vished om, at standardvilkårene senere igen vil blive anvendt i en lignende aftale.¹⁵⁴ Det er endvidere et krav, at parterne førhen gyldigt har indarbejdet standardvilkårene i deres kontrakter.¹⁵⁵ Anvendelsen af standardvilkår kan således alene udledes af "*prior practice*", som foreligger på tidspunktet for aftalens indgåelse i medfør af art. 9(1) CISG.¹⁵⁶ Er standardvilkårene gyldigt indarbejdet i tidligere kontrakter, er det ikke nødvendigt at henvise til dem igen.¹⁵⁷ Som udgangspunkt er det endvidere et krav, at standardvilkårenes indhold er angivet på et sprog, som modtageren forstår. Imidlertid kan det følge af parternes "*prior practice*", jf. art. 9(1) CISG, at selv standardvilkår udfærdiget på et sprog, som modtageren ikke forstår, er en del af parternes aftale.¹⁵⁸ Det kan dermed konkluderes, at parternes "*prior practice*", hvis standardvilkårenes indhold er gjort tilgængeligt for medkontrahenten i tidligere aftaler, kan danne

¹⁴⁷ Schwenger, s. 172, rn. 56.

¹⁴⁸ Se blandt andet *Tantalum powder case II*, CISG-online 1093 og *Conveyor belts case*, CISG-online 1376.

¹⁴⁹ *Tantalum powder case II*, CISG-online 1093.

¹⁵⁰ Schwenger, s. 294, rn. 45 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.19, kommentar nr. 3.

¹⁵¹ Professor, University of BayReuth, Germany.

¹⁵² Schwenger, s. 172, rn. 56.

¹⁵³ CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 2.6.

¹⁵⁴ *Tantalum powder case II*, CISG-online 1093; *Bulgarian white urea case*, CISG-online 346 og *Pizza boxes case*, CISG-online 659.

¹⁵⁵ Schwenger, s. 310, rn. 78 og *Tantalum powder case II*, CISG-online 1093.

¹⁵⁶ Schwenger, s. 310, rn. 77.

¹⁵⁷ Schwenger, s. 310, rn. 78.

¹⁵⁸ *Tantalum powder case II*, CISG-online 1093.

baggrund for en implicit inkorporering af standardvilkårene i den nye aftale. Parternes "*prior practice*" er dermed bindende for parterne, jf. art. 9(1) CISG. Denne form for "*prior practice*" nedsætter dermed imidlertid kravene til inkorporeringen af standardvilkår.¹⁵⁹ Det kan ikke altid bevises af tilbudsgiver, at tilbudsmottager har kendskab til standardvilkårenes indhold, og det er heller ikke altid, at tilbudsmottager rent faktisk har det kendskab.¹⁶⁰ Bevisbyrden herfor og for standardvilkårenes vedtagelse påhviler den part, der ønsker at påberåbe sig standardvilkårene.¹⁶¹

Er en parts standardvilkår blevet ændret siden parternes seneste aftaleindgåelse, og ønsker en part at gøre sine standardvilkår med ændringerne gældende i en ny aftale, skal medkontrahenten gøres opmærksom på ændringerne forud for aftalens indgåelse ved den førstkommende aftaleindgåelse efter ændringerne.¹⁶²

6.1.2.4. Overraskende og byrdefulde vilkår

Overraskende og byrdefulde vilkår nægtes effektivitet i medfør af visse nationale og internationale regelsæt.¹⁶³ Ifølge UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.20 (1) og TransLex-Principles nr. IV.3.3 kan overraskende vilkår ikke inkorporeres i aftalen, medmindre medkontrahenten udtrykkeligt har accepteret dette. En medkontrahent kan ikke med rimelighed forventes at have kendskab til overraskende vilkår. Ligeså kan en part ikke acceptere vilkår, som denne ikke har kendskab til. Afhængigt af omstændighederne i den enkelte sag, kan overraskende vilkår imidlertid anses for at være gyldigt vedtaget.¹⁶⁴ Det kan f.eks. være tilfældet, hvor det er overraskende i nogle lande men ganske almindeligt i andre, idet CISG ikke indeholder regler om kontrollen af overraskende vilkår, hvorfor national ret finder anvendelse herpå i overensstemmelse med art. 7(2) CISG.¹⁶⁵ Det kan også være tilfælde, hvor en "*reasonable person of the same kind*" som modtageren ville have forventet at den type vilkår ville være en del af aftalen. Dette gør sig eksempelvis gældende, hvis vilkårene sædvanligvis anvendes i den pågældende type aftaler, ligesom det også kan udledes af forhandlingerne mellem parterne.¹⁶⁶

6.1.3. Opsummering

Idet standardvilkår som oftest er udarbejdet ensidigt af den ene part, vil medkontrahenten selvsagt ikke have kendskab til deres indhold, såfremt der ikke gøres opmærksom herpå. I 2001 fastsatte Tysklands Bundesgerichtshof krav om, hvornår en part kan anses for at have gjort sine standardvilkår tilgængelige for

¹⁵⁹ Schwenger, s. 310, rn. 79.

¹⁶⁰ Schwenger, s. 294, rn. 47.

¹⁶¹ Schwenger, s. 312, rn. 83.

¹⁶² Schwenger, s. 303, f., rn. 65.

¹⁶³ Schwenger, s. 227 f.

¹⁶⁴ Schwenger, s. 227 f.

¹⁶⁵ Schwenger, s. 228, rn. 8.

¹⁶⁶ UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.20, kommentar nr. 2.

medkontrahtenten – heraf *“the making available test”*. Det fremgår af dommen, at standardvilkårene skal fremsendes til medkontrahtenten eller på anden måde gøres tilgængelige for denne, og at det skal ske på anvenderens initiativ.

Standardvilkårene kan fremsendes i fysisk form eller være indeholdt i en e-mail. Er de indeholdt i en e-mail, skal dokumentet indeholdende standardvilkårene være i et format, som medkontrahtenten har mulighed for at åbne. Fremsendes de fysisk, stilles der krav om, at der også skal være henvist til dem på tilbuddets forside, og standardvilkårene skal sendes i deres fulde tekst.

Også på anden måde end ved fremsendelse af standardvilkårene til medkontrahtenten, kan de gøres tilgængelige for denne. Det kan ske under et møde, hvor medkontrahtenten har mulighed for at gennemgå vilkårene. Standardvilkårene kan fremgå online, hvor det vil afhænge af en konkret vurdering, om de kan anses for at være gjort tilgængelige for medkontrahtenten. Herved er det imidlertid som udgangspunkt et krav, at de kan downloades, gemmes eller printes. Ligeså kan medkontrahtenten have kendskab til standardvilkårene på forhånd på baggrund af parternes *“prior practice”* eller *“trade usage”* med det in mente, at medkontrahtenten skal gøres bekendt med eventuelle ændringer. Idet standardvilkårene skal være gjort tilgængelige for medkontrahtenten, følger det, at overraskende vilkår som udgangspunkt ikke kan anses for at være inkorporeret i aftalen.

6.2. Formkrav til standardvilkårenes indhold

Ifølge CISG er der ingen formkrav til kontraktens indhold, jf. art. 11 CISG. Dette understøttes af Schlechtriem, som påpeger, at *“[t]he CISG does not lay down particular requirements for the incorporation of standard business terms into a contract. The necessary rules are to be developed using art. 8. [...] However, a reference to standard terms not included with the offer must be so clear that a reasonable person “in the shoes of the recipient” would comprehend it.”*¹⁶⁷ Dermed indeholder CISG heller ingen formkrav til vedtagelsen af standardvilkår. Det gør CISG-AC opinion no. 13 derimod i regel nr. 5 og 6. Ifølge CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 6.1. skal standardvilkårene være læselige og forståelige for en *“reasonable person”*, hvilket blandt andet betyder, at standardvilkårene skal kunne læses med det blotte øje.¹⁶⁸ De skal således fremgå tilstrækkeligt tydeligt til, at en medkontrahtent i almindelighed ikke skal bruge hjælpemidler for at kunne læse standardvilkårene.

¹⁶⁷ Schlechtriem og Schwenger, s. 200.

¹⁶⁸ CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 6.1.

Sproget spiller en rolle i forhold til, hvad medkontrahenten må forstå,¹⁶⁹ og ifølge CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 6.2., skal standardvilkårene da også være tilgængelige på et sprog, som medkontrahenten med rimelighed må forventes at kunne forstå. Det afhænger af de konkrete omstændigheder, om medkontrahenten må siges at være blevet gjort bekendt med standardvilkårene.¹⁷⁰ Det fremgår imidlertid af CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 6.2., 2. pkt., at et sprog med rimelighed kan forventes at kunne forstås af medkontrahenten, såfremt det har været anvendt under forhandlingerne, eller hvis det er det sprog, som medkontrahenten taler. Det er derfor uproblematisk at anvende standardvilkår skrevet på det sprog, der er anvendt under forhandlingerne.¹⁷¹ Standardvilkår kan også udarbejdes i samme sprog som selve kontrakten, hvilket dog kun kan anses for at være af praktisk betydning, såfremt det kontraktuelle sprog er anderledes fra det sprog, parterne anvendte under forhandlingerne.¹⁷²

Kan medkontrahenten med rimelighed forstå standardvilkår udarbejdet på et udenlandsk sprog, kan det sprog, som kontrakten er udfærdiget på, ifølge Schroeter, ikke tjene som referencepunkt.¹⁷³ Er standardvilkårene udarbejdet på modtagerens eget sprog eller på et sprog, som denne har tilstrækkeligt kendskab til, anses modtageren for at være gjort bekendt med standardvilkårenes indhold i medfør af art. 8(1) og (2) CISG.¹⁷⁴

Nogle domstole har fastslået, at standardvilkår må anses for at være en del af kontrakten, hvis de er udfærdiget på et "verdenssprog", medmindre medkontrahenten protesterer rettidigt.¹⁷⁵ Dette modsvarer dog af CISG AC Opinion no. 13.¹⁷⁶ At inkorporere standardvilkår i kontrakten automatisk, fordi de er skrevet på et "verdenssprog", vil udelukkende kunne ske, såfremt standardvilkårene er udfærdiget på det sprog, der er anvendt under forhandlingerne eller på et sprog, som modtageren forstår, da vilkår, der opfylder disse krav, allerede er inkorporeret i aftalen.¹⁷⁷ Der er i øvrigt ikke enighed om, hvilke sprog, der kan betegnes som værende verdenssprog.¹⁷⁸ Ikke engang engelsk kan altid siges at være et forståeligt sprog for parterne i alle CISG-kontrakter.

¹⁶⁹ *Tantalum powder case I*, CISG-online 828, jf. dog *Tantalum powder case II*, CISG-online 1093, som er nævnt ovenfor.

¹⁷⁰ Schwenger, s. 301, rn. 59.

¹⁷¹ Schwenger, s. 305, rn. 69 og CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 6.2.

¹⁷² Schwenger, s. 306, rn. 70.

¹⁷³ Schwenger, s. 306, rn. 70.

¹⁷⁴ Schwenger, s. 307, rn. 71.

¹⁷⁵ Schwenger, s. 307, rn. 72.

¹⁷⁶ CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 6.6.

¹⁷⁷ Schwenger, s. 307, rn. 73.

¹⁷⁸ Schwenger, s. 308, rn. 73 og CISG AC Opinion no. 13, specifikke kommentarer, punkt 6.6.

Foruden kravet til sprogets nationalitet, stilles der også krav om, at der skal anvendes begreber, som medkontrahtenten må forstå. Hvilke begreber, medkontrahtenten må forstå, afhænger blandt andet af, hvad en "reasonable person of the same kind" må forstå, jf. art. 8(2) CISG.¹⁷⁹ Det skal imidlertid bero på en konkret vurdering af de enkelte sager og parterne heri, hvilket sprog, standardvilkår kan inkorporeres på.¹⁸⁰

6.3. Tidspunktet for standardvilkårenes tilgængelighed

En kontrakt er indgået, når acceptanten sender sin accept, jf. art. 18(2) og (3) CISG og art. 23 CISG. Medkontrahtenten skal derfor gøres bekendt med standardvilkårene, inden denne sender sin accept. Gøres medkontrahtenten først bekendt med standardvilkårene efter at have afsendt din accept, bliver de altså ikke en del af kontrakten.¹⁸¹ Det er således ikke tilstrækkeligt til at inkorporere standardvilkårene i aftalen, at de fremsendes samtidig med ordrebekræftelsen, jf. *Roser Technologies, Inc. v. Carl Schreiber GmbH*.¹⁸² Såfremt tilbudsgiver sender standardvilkårenes tekst samtidig med eller forskudt for tilbuddet, er det altså et krav for standardvilkårenes vedtagelse, at deres indhold når frem til tilbudsmotager forud for afsendelse af accepten.¹⁸³ Det kan være tilstrækkeligt at fremsende standardvilkårene til medkontrahtenten under forhandlingerne i medfør af art. 8(3) CISG.¹⁸⁴ Det kan f.eks. være aftalt under forhandlingerne, at parten skal fremsende sine standardvilkår. Er standardvilkårene imidlertid afsendt korrekt, men kommer de ikke frem til modtager, og skyldes dette modtagers egne forhold, anses modtager imidlertid for at være gjort bekendt med indholdet, hvorfor standardvilkårene er vedtaget.¹⁸⁵

6.4. Battle of forms

Ved undersøgelsen af, om en part kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahtenten, er det relevant at undersøge, hvilke standardvilkår, der kan siges at være inkorporeret i parternes aftale.

Som det fremgår af afsnit 5 om "Internationale købsaftalers indgåelse", skal der som udgangspunkt foreligge overensstemmende tilbud og accept, for at der er indgået en bindende aftale mellem parterne. Imidlertid fremgår det af *Italian knitwear case I*,¹⁸⁶ at "[a]ssuming that [seller] had sent its General Conditions to the [buyer], this would have constituted a counter-offer in the sense of CISG Article 19(1). However, it follows from the performance of the contract that both parties were in agreement about the

¹⁷⁹ UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.20, kommentar nr. 3.

¹⁸⁰ Schwenger, s. 308, rn. 73 og *Italian socks case I*, CISG-online 141.

¹⁸¹ Schwenger, s. 304, rn. 66; CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 4 sammenholdt med punkt 4.1 under specifikke kommentarer og *Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA, Inc. et al.*, CISG-online 767.

¹⁸² CISG-online 2490.

¹⁸³ Schwenger, s. 304, rn. 66.

¹⁸⁴ Schwenger, s. 298, rn. 52.

¹⁸⁵ Schwenger, s. 298, rn. 53.

¹⁸⁶ CISG-online 162.

essentialia negotii. Thus, it must be assumed that they waived the enforcement of their conflicting Standard Terms or that they derogated from the application of Article 19, taking advantage of their party autonomy under Art. 6 CISG.” Heraf følger det, at en aftale kan eksistere på trods af uoverensstemmende tilbud og accept, såfremt parterne er enige om *“essentialia negotii”*. Dette understøttes i øvrigt af Steensgaard.¹⁸⁷ Ligeså kan parterne optræde, som om de har indgået en bindende aftale, selvom tilbud og accept ikke er overensstemmende.

Uoverensstemmende tilbud og accept foreligger blandt andet, såfremt begge parter henviser til hver sine egne standardvilkår, som er modstridende. Når det herefter skal afgøres, hvilke standardvilkår, der gør sig gældende i den enkelte aftale, foreligger der en såkaldt *“battle of the forms”*-konflikt.¹⁸⁸ Det er altså når parternes standardvilkår er uoverensstemmende, at der opstår en *“battle of the forms”*-konflikt.¹⁸⁹ Dette gør sig også gældende, *“when one of the standard terms does not contain provisions on an issue expressly included in the other’s set of standard terms.”*¹⁹⁰ Der er selvsagt ingen konflikt, når parternes standardvilkår stemmer overens.¹⁹¹ Konflikten bunder som regel i, at en part vil have indsat sine standardvilkår, som på nogle punkter indeholder modifikationer, som den anden parts standardvilkår ikke nævner. Når en part ikke henviser til bestemte vilkår, må det antages at skyldes, at parten ønsker at anvende CISG’s regler på det pågældende punkt. Idet medkontrahentens standardvilkår netop indeholder specifikke regler på det pågældende punkt, skyldes det, at denne part har ønsket at fravige CISG for så vidt angår de vilkår.¹⁹² I disse tilfælde vurderes der alene at foreligge et vedtagelsesspørgsmål og altså ikke en *“battle of the forms”*-konflikt.

Nogle forfattere har argumenteret for, at *“battle of the forms”*-konflikter ikke hører under CISG’s anvendelsesområde, enten fordi det ikke er reguleret af CISG, eller fordi det er et spørgsmål om gyldighed i medfør af art. 4(a) CISG.¹⁹³ Som tidligere nævnt indeholder CISG da heller ingen udtrykkelig regulering af brugen af standardvilkår i internationale aftaler. Som det fremgår af afsnit 6 om standardvilkårs vedtagelse, foreslog Belgien dog på forhandlingerne i Wien at indsætte en bestemmelse, art. 19(4) CISG, der skulle regulere problemstillingen. Dette blev afvist. Problemstillingen blev altså ikke overset, hvorfor den anses for at høre under konventionens anvendelsesområde.¹⁹⁴ Løsningen skal derfor findes på baggrund af

¹⁸⁷ Steensgaard, s. 192, rn. 5.

¹⁸⁸ Steensgaard, s. 191, rn. 2.

¹⁸⁹ Schwenzer, s. 364, rn. 31 og UNCITRAL Digest, art. 19, rn. 6.

¹⁹⁰ UNCITRAL Digest, art. 19, rn. 6.

¹⁹¹ Schwenzer, s. 364, rn. 32.

¹⁹² Schlechtriem og Schwenzer, s. 241, rn. 19 og Schwenzer, s. 364, rn. 31.

¹⁹³ Steensgaard, s. 223, rn. 73 og Eiselen og Bergenthal, s. 222 ff.

¹⁹⁴ Steensgaard, s. 224, rn. 74 og Eiselen og Bergenthal, s. 219.

anvendelsen af CISG og dennes grundlæggende principper i medfør af art. 7(2) CISG.¹⁹⁵ Der er til stadighed diskussion om, hvorvidt problemstillingen skal løses ud fra en direkte anvendelse af art. 19 CISG. I art. 19(1) CISG findes *"the mirror image rule"*. Denne regel kan lede til to forskellige løsninger af en *"battle of the forms"*-konflikt. Den ene er *"last shot"*-løsningen, og den anden er *"knock out"*-løsningen.¹⁹⁶ Disse to løsninger vil blive gennemgået i det følgende.

6.4.1. The last shot rule

6.4.1.1. Konsensbaseret *"last shot"*-løsning

Ifølge art. 19(1) CISG gælder der en *"mirror image rule"*, hvorefter en aftale kun kommer i stand, såfremt accepten afspejler tilbuddet. Med andre ord skal accepten stemme helt overens med tilbuddet, for at en bindende aftale anses for at være indgået. Stemmer accepten ikke overens med tilbuddet, anses den ikke for at være en accept men derimod et modtilbud. Dette modtilbud skal herefter besvares med en overensstemmende accept, førend en bindende aftale er indgået. En stringent anvendelse af art. 19(1) CISG kan føre til en *"last shot"*-løsning, idet en aftale kun kommer i stand, når tilbud og accept stemmer overens. Idet et uoverensstemmende svar ikke udgør en accept med derimod et modtilbud, er det forudgående tilbud afvist. Kun et overensstemmende svar på et tilbud kan betegnes som en accept og dermed er aftalen først indgået på dette tidspunkt, ligesom aftalens indhold også først er fastlagt på dette tidspunkt. Det er altså herefter kun det sidst fremsendte tilbud, der udgør aftalens indhold.¹⁹⁷

Vilkår, der er fremsendt senere end tidspunktet for aftaleindgåelsen, kan ikke anses for at være inkorporeret i aftalen, jf. afsnit 6.3 om tidspunktet for standardvilkårenes tilgængelighed. De vilkår, der kan inkorporeres i aftalen, er derfor de vilkår, der er fremsendt sidst inden aftalens indgåelse. Det er altså den part, der fremsender sine vilkår sidst, inden aftalen er indgået, der kan anses for at have vundet *"battle of the forms"*-konflikten.¹⁹⁸ Som det tidligere er nævnt, kan en accept foreligge enten udtrykkeligt eller implicit, jf. art. 18(1) CISG. Såfremt køber sender et tilbud til sælger indeholdende egne standardvilkår, og sælger herefter blot sender varerne til køber, kan aftalen anses for at være indgået implicit på det tidspunkt, hvor sælger sender varerne, jf. afsnit 5.2, ligesom aftalen kan anses for at indeholde købers standardvilkår, jf. art. 19(1) CISG.¹⁹⁹ Vilkårene er herved accepteret og inkorporeret i medfør af sælgers konkludente adfærd. Også modtagelseshandlinger kan anses for at udgøre en bindende accept, selvom et

¹⁹⁵ Eiselen og Bergenthal, s. 219.

¹⁹⁶ One or more solutions, s. 90.

¹⁹⁷ One or more solutions, s. 90.

¹⁹⁸ Eiselen og Bergenthal, s. 220.

¹⁹⁹ Eiselen og Bergenthal, s. 220.

af hovedargumenterne mod *"last shot"* er det modsatte.²⁰⁰ Dette fremgår blandt andet af den østrigske dom *Conveyor belts case*.²⁰¹

En østrigsk køber bestilte to transportbånd af en tysk sælger den 10. april 2002. Bestillingen indeholdt købers standardvilkår, hvoraf det fremgik, at østrigsk lovgivning skulle være gældende ret i handlen, og at sælgers lovgivning ikke kunne finde anvendelse. Den 11. april 2002 fremsendte sælger en ordrebekræftelse til køberen, hvor sælger henviste til sine egne standardvilkår, efter hvilke tysk ret skulle finde anvendelse. Ligeså fremgik det af vilkårene, at købers standardvilkår ville være udelukkede. Herefter blev det ene transportbånd leveret til køber. Sælgers ordrebekræftelse blev anset for at være et modtilbud. Køber gjorde på intet tidspunkt indsigelse mod anvendelsen af sælgers standardvilkår, ligesom køber ikke henviste til sine egne standardvilkår i en efterfølgende ordre på endnu et transportbånd eller i efterfølgende skrivelser til sælgeren. To ud af tre transportbånd viste sig at være defekte. Appelleret fastslog, at første instans fejlagtigt ikke havde anvendt art. 19 CISG på parternes forhold, og spørgsmålet var herefter, hvilken parts standardvilkår, der kunne gøres gældende. Det blev lagt til grund, at køber havde modtaget transportbåndene og betalt sælger, hvad køber mente, var retfærdigt defekterne taget i betragtning. På denne baggrund ansås køber for at have accepteret sælgers modtilbud og dermed også anvendelsen af sælgers standardvilkår implicit. Herefter fandtes sælgers standardvilkår at være inkorporeret i parternes aftale. Sælgers standardvilkår var de sidst fremsendte, og der er derfor tale om en konsensusbaseret *"last shot"*-løsning.

6.4.1.2. Passivitetsbaseret *"last shot"*-løsning

I art. 19(2), 2. pkt. CISG findes en passivitetsbaseret *"last shot rule"*, idet det fremgår, at *"[i]f he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance."* Ifølge *"last shot rule"* skal de sidste standardvilkår, der er henvist til, vedtages, såfremt der ikke har været indvendinger mod anvendelsen af dem. Modtageren skal have en form for viden om, hvad vilkårene indeholder, for at denne kan siges at have vilje til at acceptere dem og dermed til at have et ønske om at vedtage dem.²⁰² Løsningen er i øvrigt vedtagelsesbaseret, hvilket medfører, at *"aftalens indhold [bliver] lagt fast, når accepten bliver virksom"*.²⁰³ En accept bliver virksom, når den kommer frem til modtageren, jf. art. 18(2) CISG. Det skal altså ved anvendelsen af *"last shot"* undersøges, hvilke af de sidst

²⁰⁰ Steensgaard, s. 226, rn. 82.

²⁰¹ CISG-online 1376.

²⁰² Steensgaard, s. 242, rn. 122.

²⁰³ Steensgaard, s. 240, rn. 120.

fremsendte standardvilkår, der kan anses for at være vedtaget. Det skal imidlertid ikke undersøges, om det er rimeligt at påberåbe sig de sidst vedtagne standardvilkår.²⁰⁴

At art. 19(2) CISG indeholder en passivitetsbaseret *"last shot"*-løsning, indebærer, at medkontrahenten skal protestere over for tilbudsgiver, såfremt standardvilkårene ikke ønskes vedtaget. En passivitetsbaseret løsning foreligger ikke ofte. Ifølge grundlæggende principper for aftaleindgåelse, kan en parts passivitet ikke udgøre en accept, medmindre det er fastsat i lovgivningen. I stedet bortfalder tilbuddet, såfremt modtageren ikke accepterer det.²⁰⁵ Imidlertid fremgår det af art. 19(2) CISG, at passiv accept tolereres, såfremt der er tale om ikke-væsentlige ændringer. Adskillige ændringer anses dog for at være af væsentlig karakter, jf. art. 19(3) CISG. Om en accept indeholdende standardvilkår er væsentligt uoverensstemmende med tilbuddet, afhænger af de enkelte vilkår. Det faktum, at en accept indeholder standardvilkår kan altså ikke i sig selv gøre accepten væsentligt uoverensstemmende. *"Der er imidlertid et overordentligt stort sammenfald mellem de hyppigst anvendte standardvilkår og opregningen i art. 19(3) CISG [...]"*.²⁰⁶ Hvor et sådant sammenfald foreligger, kan en parts passivitet ikke anses for at udgøre en accept i medfør af art. 19(2) CISG, idet væsentlige ændringer kræver en udtrykkelig eller implicit accept, førend en bindende aftale kan anses for at være indgået.

6.4.2. The knock out rule

Under forhandlingerne af CISG, foreslog Belgien, som nævnt, at der skulle indsættes en bestemmelse, som specifikt omhandlede vedtagelsen af standardvilkår.²⁰⁷ Dette blev imidlertid afvist med henvisning til, at problemstillingen skulle afgøres ud fra en anvendelse af art. 19 CISG.²⁰⁸ Som det fremgår ovenfor, indeholder art. 19 CISG hjemlen til *"last shot"*-løsningen. CISG indeholder imidlertid ikke nogen specifik henvisning til en *"knock out"*-løsning, og spørgsmålet er derfor, om der alligevel findes en hjemmel til denne løsning.

Til aftalens indgåelse kræves det, at der er opnået enighed om *"essentialia negotii"* i overensstemmelse med art. 14(1) CISG.²⁰⁹ Desuden kræves det, at parterne har en opfattelse af, at de er gensidigt forpligtede.²¹⁰ Såfremt parterne har opfattelsen af, at de er gensidigt forpligtede, må det antages, at de har

²⁰⁴ Steensgaard, s. 235, rn. 103.

²⁰⁵ One or more solutions, s. 90.

²⁰⁶ Steensgaard, s. 184 f., rn. 113.

²⁰⁷ A/CONF.97/19, s. 96.

²⁰⁸ A/CONF.97/19, s. 96.

²⁰⁹ Lookofsky, s. 50.

²¹⁰ Steensgaard, s. 229 f., rn. 87.

handlet ud fra en overbevisning om, at de har indgået en bindende aftale. Det til trods for, at nogle vilkår ikke har været genstand for forhandling mellem parterne.

”*Knock out*”-princippet er udviklet af retspraksis²¹¹ og er nu også indeholdt i UNIDROIT PRINCIPLES, i TransLex-Principles og i CISG AC Opinion no. 13.²¹² Der er i praksis anvendt to tilgange til løsningen ved brug af ”*knock out*”-princippet – implicit fravigelse af art. 19 CISG, jf. art. 6 CISG eller partsautonomien²¹³.²¹⁴

Ved uoverensstemmende tilbud og accept vurderes gennemførelsen af handlen at udgøre en implicit fravigelse af art. 19 CISG, jf. art. 6 CISG, idet art. 19 CISG netop foreskriver, at der ikke foreligger en aftale, såfremt tilbud og accept ikke stemmer overens. Idet parterne gennemfører handlen, viser de, at uoverensstemmelsen ikke ønskes at skulle være en hindring for aftalens indgåelse.²¹⁵ Det er imidlertid en forudsætning for anvendelsen af ”*knock-out*”-reglen, at parterne er ubevidste om, at tilbud og accept ikke stemmer overens.²¹⁶ Denne forudsætning er i mange tilfælde opfyldt, idet forretningsfolk ofte indgår aftaler uden at have læst medkontrahentens standardvilkår.²¹⁷ Hjemlen til ”*knock out*”-princippet må herefter ses i lyset af, at parterne frit kan fravige hele eller dele af CISG, jf. art. 6 CISG.²¹⁸

Ifølge Steensgaard argumenterer nogle forfattere for, at problemstillingen kan løses alene ud fra den gensidige partsvilje. Parternes aftale vurderes herved at have forrang for konventionen, og det vil derfor være parternes enighed, man bør forsøge at finde først.²¹⁹

Nogle domstole anvender princippet om ”*good faith*” på parternes opførsel ved fortolkning af aftalen i medfør af art. 8(3) CISG. Ifølge art. 8(3) CISG skal der ved fortolkning af kontrakten blandt andet tages hensyn til parternes adfærd efter aftaleindgåelsen. Såfremt parterne handler ud fra en overbevisning om, at de er gensidigt forpligtede, må det herefter anses for at være i strid med princippet om ”*good faith*” først at gøre uoverensstemmelsen gældende, når tvisten er opstået.²²⁰ Som tidligere nævnt er der dog til stadighed debat om, hvorvidt der gælder en ”*good faith*”-forpligtelse mellem parterne. Såfremt det viser

²¹¹ Steensgaard, s. 228 f., rn. 86 og Eiselen og Bergenthal, s. 225.

²¹² UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.22; TransLex-Principles nr. IV.3.4 (b) og CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 10.

²¹³ Parterne kan frit aftale lovvalg, jf. EUR-Lex, *Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (Romkonventionen)* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/ALL/?uri=LEGISSUM%3AI33109>, senest tilgået 11. maj 2021).

²¹⁴ Se specifikt *Italian knitwear case I*, CISG-online 162. Se hertil Steensgaard, s. 229, rn. 86 og Eiselen og Bergenthal, s. 224.

²¹⁵ Steensgaard, s. 229, rn. 87 og Eiselen og Bergenthal, s. 225.

²¹⁶ Steensgaard, s. 230, rn. 89.

²¹⁷ Steensgaard, s. 242, rn. 122 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.22, kommentar nr. 3.

²¹⁸ og Eiselen og Bergenthal, s. 225.

²¹⁹ Steensgaard, s. 231 f., rn. 93.

²²⁰ Steensgaard, s. 231, rn. 92.

sig, at parterne ikke er underlagt en *“good faith”*-forpligtelse, er det imidlertid ikke ensbetydende med, at parterne kan påberåbe sig uoverensstemmelsen efter tvistens opståen. Kender parterne til uoverensstemmelsen inden tidspunktet for aftaleindgåelsen, kan *“venire contra factum proprium”* finde anvendelse.²²¹ Dette er en grundsætning, som kan udledes af art. 16(2)(b) og art. 29(2) CISG, om som CISG dermed kan siges at hvile på. Grundsætningen har til formål at beskytte rimelige forventninger, som en part får via medkontrahentens adfærd og erklæringer.²²² En part skal altså kunne agere i tillid til de forventninger, som denne med rimelighed har haft grund til at antage forelå på baggrund af medkontrahentens udtalelser og øvrige adfærd.²²³ Det afgørende er herefter ikke, om der er vilje til at frembringe en forventning hos medkontrahenten, men om den opstår, og om det i så fald kan tilskrives medkontrahentens adfærd.²²⁴ Handlinger kan således skabe forventninger på objektivt grundlag i medfør af art. 8(1) og (2) CISG.²²⁵ Såfremt en part har givet medkontrahenten grund til at antage, at en bindende aftale forelå, kan parten ikke herefter gøre indsigelse mod en uoverensstemmelse, som denne havde kendskab til inden aftalens indgåelse. Det afhænger altså af omstændighederne i den konkrete sag, om uoverensstemmelse kan gøres gældende efter tvistens opståen.

Ifølge *“surplus out”*-reglen opstår en aftale, når parterne er nået til enighed om *“essentialia negotii”*, og disse er accepteret. Der skal være enighed om vilkår, der først fremkommer efter aftaleindgåelsen, såfremt disse skal være en del af aftalen.²²⁶ Der er imidlertid ikke enighed om, hvorvidt fastlæggelsen af *“essentialia negotii”* skal anses for at være den retsstiftende kendsgerning – altså tidspunktet for aftaleindgåelsen.²²⁷

Ved anvendelsen af *“knock out”*-løsningen, er der ikke sikkerhed for, at alle enkeltvilkår finder anvendelse på aftalen.²²⁸ Såfremt *“knock out”*-løsningen finder anvendelse, vil nogle standardvilkår blive taget ud af kontrakten.²²⁹ Til at afgøre, hvilke standardvilkår, der skal tages ud, kan enten en positiv eller en negativ afgrænsning finde anvendelse. Ved den positive afgrænsning bliver de elementer, der er konsensus om, en del af kontrakten, hvorimod de andre elementer tages ud. Ved den negative afgrænsning bliver de elementer, der ikke er konsensus om taget ud af kontrakten, hvorimod de andre elementer bliver.²³⁰ Konsekvensen herved er, at såfremt ingen af parternes standardvilkår stemmer overens, vil ingen af

²²¹ Steensgaard, s. 231, rn. 92.

²²² Steensgaard, s. 125, rn. 130.

²²³ Steensgaard, s. 129 f., rn. 138-141; UNIDROIT PRINCIPLES, art. 1.8, med kommentarer og TransLex-Principles nr. I.1.2.

²²⁴ Steensgaard, s. 126, rn. 132.

²²⁵ Steensgaard, s. 126, rn. 132.

²²⁶ Steensgaard, s. 233, rn. 98.

²²⁷ Steensgaard, s. 234, rn. 101.

²²⁸ Steensgaard, s. 247, rn. 134.

²²⁹ Lookofsky, s. 63 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.22, kommentar nr. 3.

²³⁰ Steensgaard, s. 249, rn. 142.

standardvilkårene blive lagt til grund i aftalen. En sammenligning af begge parter standardvilkår kan dog også udelukkes, hvorved begge parter standardvilkår tages ud af kontrakten.²³¹ Når de modstridende standardvilkår er taget ud af kontrakten, opstår der eventuelt nogle huller i kontrakten. Disse huller skal udfyldes af bestemmelserne i CISG.²³²

Dette ses blandt andet i *Milk powder case*,²³³ hvor to købere fra Holland bestilte mælkepulver fra en sælger i Tyskland via telefonen. Sælger bekræftede bestillingerne skriftligt med henvisning til sine standardvilkår. Den ene køber havde selv henvist til nogle såkaldte "*M.P.C. conditions*", som antages at være hollandske branchevilkår. Sælgers standardvilkår og M.P.C.-vilkårene var, for så vidt angår reguleringen af ansvarsgrundlaget, modstridende. Mælkepulveret viste sig at være behæftet med fejl, og ansvarsgrundlaget skulle herefter fastlægges. Under retssagen var spørgsmålet blandt andet, efter hvilke standardvilkår dommen skulle afgøres.

M.P.C.-vilkårene og sælgers standardvilkår var uoverensstemmende for så vidt angik ansvarsgrundlaget. Idet domstolen anvendte en "*knock out*"-løsning, faldt begge parter standardvilkår bort, og spørgsmålet om ansvarsgrundlaget skulle herefter afgøres i medfør af CISG.

Domstolen hævdede endvidere, at der ikke ville være forskel på resultatet, selvom "*last shot*"-løsningen havde fundet anvendelse. Dette begrundes med, at det ikke var i overensstemmelse med princippet om "*good faith*", at sælger påberåbte sig købers begunstigende standardvilkår. Under "*last shot*"-løsningen skal det imidlertid ikke undersøges, hvorvidt det er rimeligt at påberåbe sig standardvilkårene. Under "*last shot*"-løsningen handler det ene og alene om at undersøge, om de sidst fremsendte standardvilkår er blevet vedtaget.²³⁴ Det fremgår ikke, at domstolen lagde vægt på, hvorledes der var givet en bindende accept, idet den blot fastslår, at det faktum, at standardvilkårene var uoverensstemmende, ikke forhindrede aftalens opfyldelse, idet parterne, ved at udføre kontrakten, angav, at de ikke fandt, at uoverensstemmelsen var væsentlig i henhold til art. 19 CISG. Domstolen tager herved udgangspunkt i parternes opfattelse af at være gensidigt forpligtede, hvilket i stedet leder til anvendelsen af "*knock out*"-løsningen.

Det bemærkes i øvrigt, at domstolen anså "*knock out*"-løsningen, hvor kun modstridende vilkår udelades og baggrundsretten anvendes, for at være den herskende løsning.

²³¹ Eiselen og Bergenthal, s. 225.

²³² Eiselen og Bergenthal, s. 225 og 226 samt Lookofsky, s. 63.

²³³ CISG-online 651.

²³⁴ One or more solutions, s. 92 og Steensgaard, s. 235, rn. 103.

6.4.3. The first shot rule

Efter en gennemgang af retslitteratur vurderes det, at hovedparten af alle domstole anvender enten *"last shot"*- eller *"knock out"*- løsningen. Imidlertid ses en *"first shot"*-løsning anvendt i handelskøb i hollandsk ret. Ved anvendelse af *"first shot"*-løsningen vil det være de standardvilkår, som først bliver fremsat, der bliver lagt til grund i aftalen. Dette er vilkårene i det oprindelige tilbud. Løsningen giver retssikkerhed for parterne og er letanvendelig i praksis men ses, som nævnt, kun i hollandsk ret.²³⁵ Idet anvendelsen af en *"first shot"*-løsning ikke er internationalt udbredt, vil den ikke blive kommenteret yderligere.

6.4.4. Udtryk for homeward trend

Som det fremgår af ovenstående, findes der ikke kun én løsning til en *"battle of the forms"*-konflikt. *"Last shot"*-løsningen er udtrykkeligt reguleret i art. 19 CISG, mens *"knock out"*-løsningen er udviklet af retspraksis, hvorved løsningen må ses i lyset af partsautonomien eller en implicit fravigelse af art. 19 CISG, jf. art. 6 CISG. I retspraksis anvendes både *"knock out"*-løsningen og *"last shot"*-løsningen. Spørgsmålet er herefter, om løsningerne kan anses for at være udtryk for *"homeward trend"*. *"Homeward trend"* foreligger i de tilfælde, hvor nationale domstole (ubevidst) anvender national lovgivning til fortolkning af bestemmelserne i CISG.²³⁶

Ifølge Steensgaard er der muligvis et sammenfald mellem national lovgivning og den måde, de respektive domstole anvender CISG på ved en *"battle of the forms"*-konflikt. Dette kan skyldes, at dommerne finder tryghed i at anvende CISG i overensstemmelse med national lovgivning, idet den nationale lovgivning er noget, de kender til.²³⁷ *"Last shot"*-løsningen er, ifølge national lovgivning, løsningen i England og Danmark,²³⁸ *"knock out"*-løsningen anvendes i den nationale lovgivning i Tyskland, Østrig, Schweiz og til dels i USA og Frankrig,²³⁹ mens Hollands nationale lovgivning indeholder en *"first shot"*-løsning.²⁴⁰ Det bemærkes imidlertid, at det værk, der herved er anvendt som kildehenvisning, er fra 2010, og dermed må det have in mente, at lovgivningen kan have ændret sig i mellemtiden.

I 140 domme er art. 19 CISG fortolket eller anvendt.²⁴¹ Alene domstolenes afgørelser bliver lagt til grund i dette afsnit, idet voldgiftskendelserne ikke antages nødvendigvis at give udtryk for den generelle retsstilling på området i voldgiftsrettens land. Dernæst er nogle domme sorteret fra, idet de alene omfatter

²³⁵ Steensgaard, s. 245, rn. 130.

²³⁶ Lookofsky, s. 29 og Ferrari, Franco (2017), *Autonomous Interpretation versus Homeward Trend versus Outward Trend in CISG case law*, Oxford University Press, s. 249 (herefter Ferrari).

²³⁷ Steensgaard, s. 239, rn. 115.

²³⁸ Steensgaard, s. 240, rn. 120.

²³⁹ Steensgaard, s. 246, rn. 131.

²⁴⁰ Steensgaard, s. 245, rn. 130.

²⁴¹ CISG-online (<https://cisg-online.org/search-for-cases>, senest tilgået 11. maj 2021).

vedtagelsesspørgsmål, hvor kun den ene part har henvist til sine standardvilkår. Endvidere er nogle domme sorteret fra, fordi der ikke er nogen referater deraf, eller fordi der kun er et kort ikke-fyldestgørende engelsk abstract. Lige så er nogle domme sorteret fra, fordi de antages at anvende den nationale løsning for en *"battle of the forms"*-konflikt frem for at henvise til CISG. Dette gælder blandt andet *Blohm + Voss Oil Tools GmbH v. C.C. Jensen A/S*.²⁴² Udskriftet fra dombogen indeholder hverken henvisninger til bestemmelser i dansk lovgivning eller i CISG i denne sag, men det fremgår af det engelske abstract, at dansk lovgivning formodes at være anvendt, idet ingen af parternes advokater har argumenteret ud fra bestemmelserne i CISG. Herefter vurderes alene 21 domme at have været genstand for en *"battle of the forms"*-konflikt.²⁴³ Det er disse 21 domme, der sætter rammerne for det følgende.

Idet Tyskland og USA har mest retspraksis på området,²⁴⁴ vil der i det følgende ganske kort blive redegjort for tendensen i hhv. tyske og amerikanske afgørelser, hvor landenes nationale lovgivning danner baggrund for *"knock out"*-løsningens anvendelse.²⁴⁵

Ud fra de gennemgåede domme kan det konstateres, at *"last shot"*-løsningen er anvendt i tre tyske afgørelser – senest i 1998. De tyske domstole anvendte *"knock out"*-løsningen første gang i afgørelsen i *Milk powder case* fra 2002.²⁴⁶ Dommen er gennemgået i afsnit 6.4.2 om *"the knock out rule"*. Af dommen fremgår det, at domstolen anser *"knock out"*-løsningen for at være den herskende løsning. Siden da er det da også kun *"knock out"*-løsningen, der har fundet anvendelse i de tyske CISG-afgørelser. Det kan derfor konkluderes, at tyske domstoles resultater af *"battle of the forms"*-konflikter i CISG-afgørelser er i overensstemmelse med de resultater, domstolene ville være nået frem til, såfremt retssagerne skulle afgøres i overensstemmelse med national lovgivning. På denne baggrund antages det, at de tyske afgørelser i CISG-sager er et udtryk for *"homeward trend"*.

I amerikanske CISG-afgørelser er det derimod *"last shot"*-løsningen, der er den herskende løsning. I en enkelt dom anvendte den amerikanske domstol både *"last shot"*-løsningen og *"knock out"*-løsningen.²⁴⁷ Idet den nationale lovgivning i USA indeholder en *"knock out"*-løsning, men domstolene anvender *"last*

²⁴² CISG-online 2789.

²⁴³ Se bilag 1.

²⁴⁴ Se bilag 1.

²⁴⁵ Steensgaard, s. 211, rn. 44 og 246, rn. 131; Eiselen og Bergenthal, s. 235 og 239 samt Stemp, Kevin C. (2005), *A Comparative Analysis of the "Battle of the Forms"*, 15 *Transnational Law & Contemporary Problems* 243 (2005-2006), s. 246.

²⁴⁶ CISG-online 651.

²⁴⁷ *Hanwha Corp. v. Cedar Petrochemicals, Inc.*, CISG-online 2178.

shot”-løsningen i afgørelsen af CISG-sager anses de amerikanske afgørelser i CISG-afgørelser ikke for at være udtryk for *”homeward trend”*.

En definitiv fastlæggelse af, hvorvidt CISG-retspraksis på området kan siges at være udtryk for *”homeward trend”* vil imidlertid kræve en større dybdegående analyse af både nationale og internationale domme omhandlende *”battle of the forms”*-konflikter fra forskellige CISG-medlemslande for at kunne sammenligne dommenes præmisser. Dertil vurderes det imidlertid at være umuligt at svare på, om afgørelser kan anses for at være udtryk for *”homeward trend”*, når *”last shot”*-løsningen anvendes, idet der kan argumenteres for, at domstolene herved blot følger en ordlydsfortolkning af art. 19 CISG. Hvorvidt de afgjorte domme kan anses for at være et udtryk for den generelle retsstilling i et bestemt land, når dette lands domstole skal afgøre en *”battle of the forms”*-konflikt i internationale aftaler, må i øvrigt stå ubesvaret hen. Dette skyldes, at der er begrænset retspraksis på området, og i 2010 antog Steensgaard, at kun USA og Tyskland havde *”produceret tilstrækkelig CISG-praksis til, at der kan tales om en tendens.”*²⁴⁸ Dette må siges stadig at være gældende.²⁴⁹

Der kan i øvrigt være problematikker i forhold til fremsøgningen af de 140 domme. Det er muligt, at der er flere afgørelser, men at disse ikke er blevet medtaget, idet det muligvis ville kræve, at der blev søgt på andet end blot domme, hvor art. 19 CISG var blevet fortolket eller anvendt. Dernæst blev nogle domme sorteret fra, idet det blot var den ene part, der havde henvist til bestemte vilkår, mens den anden fremstod tavs herom. Såfremt afgørelserne ikke var fyldestgørende og realiteten var, at begge parter havde henvist til egne standardvilkår, men tvisten alene omhandlede det omtalte vilkår, er det muligt, at sagerne alligevel indeholdt en *”battle of the forms”*-konflikt, men at dette blot ikke fremgik, fordi afgørelserne netop tager stilling til lige netop parternes tvist og ikke hele aftalen. På denne baggrund kan der ikke, ud fra resultaterne af de 21 domme, udlægges et konkret svar på, hvorvidt de eksisterende afgørelser kan antages at være et udtryk for *”homeward trend”*.

6.4.5. Hvilken løsning bør anvendes?

6.4.5.1. Den rigtige løsning

Ifølge art. 23 CISG er en aftale først indgået, når et tilbud accepteres, og accepten når frem til tilbudsgiveren inden for tidsfristen, jf. art. 18(2) CISG. Et uoverensstemmende svar kan ikke udgøre en accept, jf. art. 19(1) CISG, medmindre ændringerne er uvæsentlige, jf. art. 19(2) CISG. Som tidligere nævnt anses standardvilkår som udgangspunkt for at udgøre en væsentlig ændring. På denne baggrund kan en aftale indeholdende parternes standardvilkår slet ikke anses for at være indgået, medmindre de sidstfremsendte standardvilkår

²⁴⁸ Steensgaard, s. 238, rn. 110.

²⁴⁹ Se bilag 1.

accepteres uden ændring, jf. art. 19(1) CISG og art. 23 CISG. Når parterne efterfølgende opfylder deres forpligtelser over for hinanden, må en implicit accept anses for at have sluttet aftalen. Det må derved antages, at begge parter har været af den overbevisning, at aftalen var indgået. Ved en ordlydsfortolkning af art. 19 CISG vurderes *"last shot"*-løsningen herefter at være den åbenlyse løsning ved *"battle of the forms"*-konflikter.

Imidlertid blev det, under forhandlingerne til udarbejdelsen af CISG, afvist at indføre en regel, der specifikt regulerer anvendelsen af standardvilkår,²⁵⁰ og spørgsmålet er derfor, om art. 19 CISG i det hele taget kan anvendes på standardvilkår. Ifølge Schroeter er art. 19 CISG skræddersyet til enkeltkontrakter og deres vedtagelse og er derfor ikke anvendelig, hvor parternes aftale har baggrund i længerevarende relationer mellem parterne.²⁵¹ Dette begrundes han blandt andet med, at en bestemmelse, der bestemt regulerer *"battle of the forms"* i CISG, blev udeladt med vilje under forhandlingerne.²⁵² På denne baggrund bør det overvejes, om det har været hensigten, at problemstillingen skulle behandles i medfør af art. 19 CISG.

Under forhandlingerne til CISG kunne de forhandlende medlemsstater ikke blive enige om at indføre et *"knock out"*-princip.²⁵³ I stedet ansås problemstillingen for at kunne løses ud fra art. 19 CISG. På denne baggrund efterlader forarbejderne altså et indtryk af, at art. 19 CISG er udtryk for en *"last shot"*-baseret løsning på en *"battle of the forms"*-konflikt. Det kan derfor antages, at *"last shot"* er den regel, der gælder, såfremt der er uoverensstemmelse mellem parternes standardvilkår.

Som det fremgår af dommene i bilag 1 var det *"last shot"*-løsningen, der først vandt frem i praksis efter vedtagelsen af CISG. Frem til år 2000 var *"knock out"*-løsningen kun blevet anvendt i en enkelt afgørelse ud af i alt 7 afgørelser. Først i år 2002 gik de tyske domstole over til at anvende *"knock out"*-løsningen som det eneste land, der kan siges at have anvendt den løsning konsekvent. Lige så ses det, at i alt fire lande har anvendt *"last shot"*-løsningen, hvorimod kun tre lande har anvendt *"knock out"*-løsningen. På et globalt plan må *"last shot"*-løsningen derfor anses for at være den mest almindelige løsning. Dette understøttes i øvrigt af Steensgaard, som desuden påpeger, at denne løsning *"is consequently what the average businessman would expect."*²⁵⁴

²⁵⁰ A/CONF.97/19, s. 96.

²⁵¹ Schwenger, s. 351, rn. 2.

²⁵² Schwenger, s. 352, rn. 5.

²⁵³ One or more solutions s. 93.

²⁵⁴ One or more solutions s. 93.

Den rigtige løsning anses, på baggrund af ovenstående, for at være *"last shot"*-løsningen. Imidlertid kan der stilles spørgsmål ved, om denne løsning også kan anses for at være den foretrukne.

6.4.5.2. Den foretrukne løsning

Ud af de 21 domme er *"knock out"*-løsningen anvendt i syv af dem, mens *"last shot"*-løsningen er anvendt i 13 af dem. Dette kunne tyde på, at *"last shot"*-løsningen er den foretrukne løsning. I løbet af de sidste ti år er *"last shot"*-løsningen og *"knock out"*-løsningen dog imidlertid begge anvendt tre gange. Heraf er *"knock out"*-løsningen anvendt i tre forskellige lande – Holland, Tyskland og USA – mens *"last shot"*-løsningen alene har fundet anvendelse i USA. På denne baggrund kan det antages, at *"knock out"*-løsningen er ved at vinde frem. Det er da også *"knock out"*-løsningen, der nyder størst tilslutning i retslitteraturen.²⁵⁵

I retslitteraturen er der flere årsager til, hvorfor *"knock out"*-løsningen bør finde anvendelse. Eiselen og Bergenthal argumenterer for, at det oftest vil være sælgers ordrebekræftelse, der vil være den sidste viljeserklæring.²⁵⁶ Herved bliver køber "taberen" ved en *"last shot"*-løsning, idet modtagelsen af varerne kan anses for at udgøre den endelige accept. Dette skyldes, at såfremt ordrebekræftelsen indeholder sælgers standardvilkår, vil den fremstå som et modtilbud frem for en accept, jf. art. 19(1) CISG. Idet ordrebekræftelsen fremstår som et modtilbud, er køberen ikke bundet af dette, og køberen har derfor mulighed for at nægte levering. Et argument, som Steensgaard fremfører, er, at forretningsfolk ofte ikke læser medkontrahentens standardvilkår.²⁵⁷ Ligeledes er der nogle, der læser medkontrahentens standardvilkår og opdager uoverensstemmelsen, men som ikke gør indsigelse imod den.²⁵⁸ De antages at være mere opsatte på at indgå aftalen og komme i gang med handlen, end på at få alt det formelle på plads først.²⁵⁹ På denne baggrund kan acceptanten ikke anses for at have haft vilje til at indgå en aftale på medkontrahentens standardvilkår.

Omvendt argumenterer Steensgaard for, at *"knock out"*-løsningen kan skabe usikre resultater. Ifølge Steensgaard er der en fordel i, at mindst én af parterne får vedtaget sine standardvilkår set i forhold til *"knock out"*-løsningen, hvor ingen af de modstridende standardvilkår finder anvendelse. Såfremt der er en risiko for, at ingen af standardvilkårene finder anvendelse, kan det blandt andet føre til højere priser for varerne, idet parterne ønsker at kompensere for denne risiko.²⁶⁰ Ligeledes kan *"knock out"*-løsningen stride

²⁵⁵ Se hertil Lookofsky, s. 63; UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.22; TransLex-Principles nr. IV.3.4 (b) og CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 10.

²⁵⁶ Eiselen og Bergenthal, s. 221.

²⁵⁷ Steensgaard, s. 242, rn. 122.

²⁵⁸ Lando, Ole (1988), *Kampen om formularen*, UfR Online, s. 1 (U.1988B.1).

²⁵⁹ Steensgaard, s. 529, rn. 2.

²⁶⁰ Steensgaard, s. 247, rn. 134.

mod parternes gensidige vilje, idet domstolene ikke lægger en hypotetisk fælles enighed til grund.²⁶¹ Såfremt *"knock out"*-løsningen finder anvendelse, vil CISG blive anvendt som udfyldning, hvor parternes standardvilkår har udelukket hinandens anvendelse. Idet begge parter har forsøgt at få vedtaget deres standardvilkår, må det antages, at de netop ikke har ønsket af anvende CISG på de pågældende områder, og at dette er et udtryk for den gensidige enighed, som Steensgaard omtaler.

Af Eiselen og Bergenthal fremgår det, at *"[t]here are good reasons for the wide criticism aimed at the last-shot doctrine. Firstly, it is considered to be a solution that favours the person opportunistically referring to the standard terms last. Consequently, it produces arbitrary solutions since it is simply not predictable which party will finally start to perform its contractual obligations and not again reject the other side's terms by mentioning or referring to its own set of standard terms and conditions."*²⁶² Dette står i kontrast til, at Steensgaard påpeger, at der ved anvendelsen af *"knock out"*-løsningen er en større risiko for, at aftalens indhold først ligger fast, når tvisten er blevet afgjort ved domstolene.²⁶³ Idet der ikke er en ensartet måde at afgøre *"battle of the forms"*-konflikter på, vurderes kontraktens indhold under alle omstændigheder først at blive lagt fast, når tvisten er afgjort ved domstolene. Parternes retsstilling er dermed uforudsigelig uanset om *"last shot"*- eller *"knock out"*-løsningen anvendes. På denne baggrund vurderes argumentet om forudsigelighed ikke at kunne udelukke nogen af løsningerne. Derimod anses den manglende globale ensartethed på området at være udslagsgivende for, hvorvidt parterne kan forudse deres retsstilling allerede ved kontraktens indgåelse.

Dernæst fremgår det af Eiselen og Bergenthal, at *"Secondly, it is argued that the last-shot doctrine results in a 'ping-pong' effect. Each party knows that the best way to ensure that the contract will be governed by its own terms is to keep on referring to them, thereby hoping that the other side will eventually give up and start to perform."*²⁶⁴ Det kan herved forekomme tilfældigt, hvilken parts standardvilkår, der anses for at være inkorporeret i aftalen. *"Thirdly, in the day to day reality of business this analysis is unrealistic. Businesses initially create and use standard terms to standardise their operations and because their lawyers tell them it is necessary."*²⁶⁵ Som tidligere nævnt, er formålet med anvendelsen af standardvilkår blandt andet af økonomisk eller konkurrencemæssig betydning, idet samtlige vilkår ikke skal forhandles, og aftaler derfor kan indgås af lavere bemyndiget personale.²⁶⁶ Standardvilkår vil derfor ikke have nogen større praktisk betydning, hvis ledelsen alligevel skal godkende enhver aftale. Derudover fremgår det, at *"[a]n*

²⁶¹ Steensgaard, s. 248, rn. 141.

²⁶² Eiselen og Bergenthal, s. 221.

²⁶³ Steensgaard, s. 247, rn. 134.

²⁶⁴ Eiselen og Bergenthal, s. 221.

²⁶⁵ Eiselen og Bergenthal, s. 221.

²⁶⁶ Steensgaard, s. 11, rn. 26.

*explicit acceptance of the other party's counter-offer is unlikely to exist.*²⁶⁷ Som tidligere omtalt vil en accept ofte foreligge implicit i form af en handling foretaget af tilbudsmodtager.²⁶⁸ På denne baggrund kan der argumenteres for, at vedtagelsesspørgsmålet i art. 19(1) CISG er af ringe praktisk betydning og ikke kan anvendes på enhver aftale og dermed føre til en *"last shot"*-løsning, idet spørgsmålet i stedet bliver, hvad parternes hensigt har været. Det kan antages, at parterne har haft til hensigt at indgå aftalen, men ikke at de har haft til hensigt at indgå aftalen på den anden parts standardvilkår eller at fravige sine egne standardvilkår. Herved forekommer den praktiske anvendelse af art. 19(1) CISG på *"battle of the forms"*-konflikter hul.

Eiselen og Bergenthal anfører endvidere, at *"[i]t is argued that especially the good faith principle in article 7(1) allows the courts to resolve the battle of the forms problem in a manner that does justice to the interest of both parties."*²⁶⁹ Dette er et argument for at anvende *"knock out"*-løsningen, idet denne tilgodeser begge parter og ikke – ligesom *"last shot"*-løsningen – er et *"the winner takes it all"*-princip. Lige så argumenterer Eiselen og Bergenthal for en anvendelse af *"knock out"*-løsningen, idet denne er baseret på den faktiske enighed, der er opnået mellem parterne frem for at omhandle teknikaliteterne vedrørende tilbud og accept.²⁷⁰

Der kan i øvrigt stilles spørgsmålstejn ved, om konkludent adfærd bør opfattes som en accept af de sidstnævnte vilkår, eller om parten i virkeligheden ønsker sine egne standardvilkår vedtaget, men blot handler uden først at have indgået en udtrykkelig aftale indeholdende standardvilkårene netop for at undgå den såkaldte *"ping pong"*-effekt. Det er da også et af hovedargumenterne mod *"last shot"*-løsningen, at blandt andet modtagelseshandlinger ikke kan anses for at udgøre en bindende accept.²⁷¹

6.4.5.3. Refleksion

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at *"last shot"*-løsningen må anses for at være den rigtige løsning, hvorimod *"knock out"*-løsningen må anses for at være den foretrukne løsning. Som det er vist, kan der opstilles fordele og ulemper ved begge metoder.

Det synes imidlertid problematisk, at *"last shot"*-løsningen leder til et *"winner takes it all"*-princip, idet det herved kan forekomme tilfældigt, hvilken part, der anses for at have fået vedtaget sine standardvilkår. Det vurderes at være mere hensigtsmæssigt at anvende den positive afgrænsning i *"knock out"*-løsningen. Herved vil de vilkår, som parterne er enige om, være en del af kontrakten, mens de resterende vilkår

²⁶⁷ Eiselen og Bergenthal, s. 222.

²⁶⁸ Schlechtriem og Schwenger, s. 218, rn. 2 og Schwenger, s. 332, rn. 2.

²⁶⁹ Eiselen og Bergenthal, s. 223.

²⁷⁰ Eiselen og Bergenthal, s. 226.

²⁷¹ Steensgaard, s. 226, rn. 82.

bortfalder.²⁷² Årsagen til, at denne løsning vurderes at være mest hensigtsmæssig, er, at parterne har ønsket at indgå aftalen på lige netop de vilkår, som de begge har fremsat ønske om at vedtage, hvorimod det ikke nødvendigvis kan antages, at de har ønsket at indgå aftalen på vilkår, som de ikke selv har forsøgt at få inkorporeret. Ved at anvende den positive afgrænsning i "knock out"-løsningen, vil parternes fælles vilje altså kunne lægges til grund, og der vil ikke være én, der står tilbage som "vinder". Denne løsning antages at kunne medføre et større ønske om at indgå kontrakter på tværs af landegrænserne, hvor CISG finder anvendelse. Dette var netop et af formålene med vedtagelsen af CISG.²⁷³

Eiselen og Bergenthal anfører, at "*[a]greement or consensus exists when the acceptance perfectly matches the offer. This fact, however, is often absent in commercial transactions, not least due to the fact that parties seemingly insist on the inclusion of their standard terms of agreement to the transaction to the exclusion of those of the counter party.*"²⁷⁴ Ligeledes er det tidligere anført, at forretningsfolk ofte indgår aftaler, uden først at gennemlæse medkontrahentens standardvilkår.²⁷⁵ På denne baggrund står det klart, at der er et behov for, at der bliver taget stilling til, hvordan "battle of the forms"-konflikter bør løses, således at der kan opnås ensartethed på området, og parterne dermed bedre kan forudse deres retsstilling.

6.5. Delkonklusion

Som nævnt skal standardvilkårene som udgangspunkt indgå som en del af tilbuddet, jf. art. 14 CISG. Fremgår standardvilkårene ikke af tilbuddet, kan det ikke umiddelbart antages, at medkontrahenten har kendskab til eller burde have kendskab til dem og deres indhold i medfør af art. 8(2) CISG. Tilbuddet og dets indhold skal herefter fortolkes i overensstemmelse med, hvad en "reasonable person of the same kind as the other party" måtte forstå, jf. art. 8(2) CISG og CISG AC Opinion no. 13, art. 5. Ifølge art. 8(3) CISG skal alle omstændigheder tages i betragtning, når tilbudsgivers hensigt skal fastslås. Herunder skal der blandt andet tages hensyn til forhandlingerne mellem parterne og deres "prior practice". Såfremt standardvilkårene ikke er blevet nævnt under forhandlingerne eller har indgået i parternes "prior practice", må det herefter ikke kunne lægges til grund, at tilbudsgiver havde til hensigt at inkorporere sine standardvilkår. På denne baggrund kan det anses for at være en nødvendighed for inkorporeringen af standardvilkår, at de fremgår af tilbuddet, såfremt medkontrahenten bør have kendskab til standardvilkårene og deres indhold, således at de kan siges at være inkorporeret ved fortolkning i medfør af art. 8(2) og (3) CISG.

²⁷² Steensgaard, s. 249, rn. 142.

²⁷³ CISG's Præambel.

²⁷⁴ Eiselen og Bergenthal, s. 239.

²⁷⁵ Steensgaard, s. 242, rn. 122 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.22, kommentar nr. 3.

CISG regulerer ikke specifikt anvendelsen af standardvilkår, ligesom den heller ikke indeholder en direkte hjemmel til *"knock out"*-løsningen. *"Knock out"*-løsningen skal i stedet ses i lyset af, at parterne frit kan fravige hele eller dele af CISG, jf. art. 6 CISG.

Uden en dybdegående analyse af samtlige domme vedrørende *"battle of the forms"*-konflikter sammenholdt med de pågældende landes nationale lovgivning, er det umuligt at vurdere, hvorledes afgørelserne er et udtryk for *"homeward trend"*. Såfremt det kan fastlægges, at afgørelserne i nogle lande er udtryk for *"homeward trend"*, kan det danne grundlag for *"forum shopping"*, idet parterne herved i nogen grad kan forudsige, hvilken løsning, forumlandet vil komme frem til.²⁷⁶

Ud fra en gennemgang af de førnævnte 21 domme tyder det på, at *"knock out"*-løsningen er ved at vinde frem i praksis, selvom den korrekte løsning ifølge art. 19 CISG og forarbejderne hertil må siges at være *"last shot"*-løsningen. Det fremgår da også af Eiselen og Bergenthal, at *"[m]any favour the knockout rules because they produce (arguably) more reasonable results than the winner-takes-all approach of the last-shot rules. Neither party benefits fully from the uncertainty to which they both contributed."*²⁷⁷

²⁷⁶ Steensgaard, s. 240, rn. 119.

²⁷⁷ Eiselen og Bergenthal, s. 91.

7. Fortolkning af internationale kontrakter med standardvilkår

Art. 8(1) CISG foreskriver, at "[f]or the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted [...]" Bestemmelsen udelukker dermed anvendelsen af nationale fortolkningsregler i overensstemmelse med art. 7(1) CISG, idet fortolkning af aftaler er direkte reguleret af CISG.²⁷⁸ Art. 8 CISG vedrører alene fortolkning af parternes udsagn ifølge bestemmelsens ordlyd. Den praktiske anvendelse af art. 8 CISG angår dog også fortolkning af selve kontrakten.²⁷⁹ Når en kontrakt skal fortolkes vil det til stadighed være nødvendigt at fortolke parternes udsagn individuelt.²⁸⁰ Har en part kendskab til medkontrahentens intentioner, men er intentionerne formuleret forkert, går de faktiske intentioner forud forstået på den måde, at den forkerte formulering ikke kan lægges til grund.²⁸¹ Imidlertid angiver UNIDROIT PRINCIPLES, at der kan foreligge et bevismæssigt problem heri, idet den part, der har anvendt en forkert formulering i sine standardvilkår kan have svært ved at bevise, hvad den reelle betydning var.²⁸² Ved fortolkningen af, hvad en parts hensigter har været, angiver TransLex-Principles i øvrigt, at denne parts adfærd bør tages i betragtning, da adfærden kan reflektere partens egen forståelse af betydningen af de pågældende vilkår.²⁸³

Det er alene art. 7(1) CISG, som direkte regulerer anvendelsen af princippet "*good faith*", jf. afsnit 4. Ifølge Schmidt-Kessel bør princippet ikke anvendes ved fortolkning af kontrakten, idet der, ifølge CISG, ikke er et krav om, at der skal foreligge en sådan forpligtelse for parterne.²⁸⁴ Alligevel anvendes princippet ofte som "*a guiding principle*" ved fortolkning i medfør af art. 8 CISG.²⁸⁵

Der skal tages hensyn til meningen med kontraktens vedtagelse, når denne eller parternes udsagn skal fortolkes.²⁸⁶ Kontrakten skal analyseres "*as a whole*".²⁸⁷ Det vil sige, at hele kontrakten skal analyseres som en enhed, hvorved individuelle vilkår skal ses som en integreret del af kontrakten.²⁸⁸ Der skal herved tages

²⁷⁸ Se også UNCITRAL Digest, art. 8, rn. 2.

²⁷⁹ Schlechtriem og Schwenger, s. 113, rn. 3; Schwenger, s. 145, rn og UNCITRAL Digest, art. 8, rn. 3.

²⁸⁰ Schlechtriem og Schwenger, s. 113, rn. 4 og Schwenger, s. 145, rn. 4.

²⁸¹ Schlechtriem og Schwenger, s. 114, rn. 6; Schwenger, s. 147, rn. 6 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 4.1, kommentar nr. 1.

²⁸² UNIDROIT PRINCIPLES, art. 4.1, kommentar nr.1.

²⁸³ TransLex-Principles nr. IV.5.1, kommentar nr. 3.

²⁸⁴ Schlechtriem og Schwenger, s. 124, rn. 30 og Schwenger, s. 158, rn. 31.

²⁸⁵ Schwenger, s. 121, rn. 6 og Neumann, s. 75.

²⁸⁶ Schlechtriem og Schwenger, s. 123, rn. 28 og Schwenger, s. 157, rn. 29.

²⁸⁷ Schlechtriem og Schwenger, s. 124, rn. 29; Schwenger, s. 157, rn. 30; UNCITRAL Digest, art. 8, rn. 23 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 4.4.

²⁸⁸ Schlechtriem og Schwenger, s. 124, rn. 29; Schwenger, s. 157, rn. 30; TransLex-Principles nr. IV.5.2, kommentar nr. 2 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 4.4, kommentar nr. 1.

hensyn til parternes interesser, og omstændighederne vedrørende kontraktens vedtagelse samt de forudgående forhandlinger skal inddrages.²⁸⁹

Som nævnt i afsnit 4 vil generelle principper kunne anvendes til udfyldning af kontrakter i tilfælde af *"internal gaps"*, jf. art. 7(2) CISG. Det giver dermed domstolene en mulighed for at udfylde hullerne i internationale kontrakter.²⁹⁰

Art. 8(1) CISG angiver, at *"[f]or the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was."* Internationale kontrakter skal altså fortolkes i overensstemmelse med en parts hensigt, såfremt medkontrahenten vidste eller ikke kunne have været uvidende om, hvad hensigten var. Det er dermed en subjektiv fortolkning, der skal foretages.²⁹¹ En part kan ikke siges at være uvidende om medkontrahentens hensigter, hvis medkontrahentens hensigter kan fastlægges i medfør af art. 8(1) CISG. Kan kontraktens indhold imidlertid ikke fastlægges alene på baggrund af art. 8(1) CISG, finder art. 8(2) CISG anvendelse. Bestemmelsen angiver, at *"[i]f the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances."*

Ofte er standardvilkår ikke genstand for forhandling. Derfor er en subjektiv fortolkning af standardvilkårene ikke altid muligt, idet medkontrahenten sjældent har holdepunkter for at kende anvenderens hensigter og ofte må vilkårene fortolkes som en objektiv prøvelse i medfør af art. 8(2) CISG.²⁹² Dette gælder også, såfremt medkontrahenten ikke har læst standardvilkårene, og dennes ønske om at acceptere ikke kan søges besvaret ud fra en subjektiv undersøgelse af dennes hensigter.²⁹³ Ved fortolkning i medfør af art. 8(2) CISG, skal der lægges vægt på, hvad *"a reasonable person of the same kind"* ville have forstået. *"A reasonable person of the same kind"* skal blandt andet forstås ved en person i samme branche.²⁹⁴ Såfremt parternes hensigter skal fortolkes objektivt, kan det føre til, at kontrakten anses for indgået, selvom den ene part reelt set ikke er enig i dette.²⁹⁵ Imidlertid skal der lægges størst vægt på en ordlydsfortolkning af, hvad parterne er fremkommet med. Dette sker i overensstemmelse med sproget i *lex fori*.²⁹⁶ Parternes

²⁸⁹ Schlechtriem og Schwenger, s. 124 f., rn. 31; Schwenger, s. 158, rn. 32 og TransLex-Principles nr. IV.5.2, kommentar nr. 1.

²⁹⁰ Schlechtriem og Schwenger, s. 122 f., rn.26 og Schwenger, s. 156, rn. 27.

²⁹¹ Schlechtriem og Schwenger, s. 116, rn. 10 og Schwenger, s. 149, rn. 11.

²⁹² Schlechtriem og Schwenger, s. 116, rn. 10; Schwenger, s. 149 f., rn. 11 og Steensgaard, s. 323, rn. 1.

²⁹³ Eiselen, s. 7.

²⁹⁴ Schlechtriem og Schwenger, s. 121, rn. 24 og Schwenger, s. 155, rn. 25.

²⁹⁵ Schlechtriem og Schwenger, s. 120, rn. 19 og Schwenger, s. 153, rn. 20.

²⁹⁶ Schlechtriem og Schwenger, s. 129, rn. 40.

”*prior practice*” er bindende for parterne i medfør af art. 9(1) CISG. Såfremt en kontrakt fremgår ufuldstændig, vil art. 8(2) CISG kunne anvendes som supplement til at udfylde kontrakten i overensstemmelse med art. 9 CISG.²⁹⁷

Ifølge art. 8(3) CISG skal der, ved fastlæggelsen af en parts intentioner eller en ”*reasonable persons*” forståelse, tages stilling til ”[...] *all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.*” Bestemmelsen fastslår dermed, at det er parternes udsagn og øvrige adfærd i forbindelse med aftaleindgåelsen, der er genstand for fortolkning, idet det danner baggrund for parternes aftale. Når domstolene skal fastlægge parternes intentioner, skal de altså inddrage omstændighederne vedrørende forhandlingerne, parternes ”*prior practice*”, ”*usage*” og parternes efterfølgende adfærd etc.²⁹⁸ Heraf fremgår det blandt andet, at parternes ”*prior practice*” og ”*trade usage*” i branchen har betydning, når kontrakten skal fortolkes i medfør af art. 8(3) CISG, idet disse er bindende for parterne, jf. art. 9(1) CISG.

7.1. Fortolkningsprincipper

Når der skal foretages en objektiv fortolkning af parternes aftale, er der visse principper, der kan anvendes. Disse vil blive gennemgået i det følgende.

7.1.1. Favor contractus

Aftalen kan fortolkes ”*favor contractus*”. Dette fremgår blandt andet af TransLex-Principles nr. IV.5.3. Herved skal domstolene have parternes fælles enighed i tankerne.²⁹⁹ Der bør herunder lægges vægt på, at parterne har ønsket at indgå aftalen.³⁰⁰ Kontrakten skal derfor forsøges fastholdt. Har en part anvendt et forkert udtryk, men er der enighed om betydningen heraf, så har parternes fælles enighed forrang – ”*falsa demonstratio*”.³⁰¹ På denne måde fastholdes kontrakten på baggrund af parternes fælles vilje. Er der alene tvivl om vigtigheden af et vilkår, eller er kun nogle vilkår ugyldige, skal kontrakten derfor fastholdes men med modifikationer.³⁰²

Imidlertid er det værd at have in mente, at gyldigheden skal afgøres ud fra national lovgivning, jf. art. 4(a) CISG. Der kan derfor være forskel på, hvilke vilkår, der anses for at være gyldige. Idet kontrakten skal

²⁹⁷ Schlechtriem og Schwenzer, s. 117, rn. 11 og Schwenzer s. 150, rn. 12.

²⁹⁸ Schlechtriem, s. 150 f., rn. 13.

²⁹⁹ TransLex-Principles nr. IV.5.3, kommentar nr. 1.

³⁰⁰ Schlechtriem, s. 134, rn. 49 og Schwenzer, s. 169, rn. 51.

³⁰¹ TransLex-Principles nr. IV.5.5, med kommentar.

³⁰² Steensgaard, s. 328 f.; TransLex-Principles nr. IV.7.5 (a) og (b) og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 6.1.17 (1).

forsøges fastholdt med visse modifikationer, og da parternes fælles enighed skal have forrang, vurderes princippet om *"favor contractus"* at pege i retning af et *"knock out"*-princip.³⁰³

7.1.2. Forrang for forhandlede vilkår

Der er intet i CISG, der peger i retning af, at der foreligger et hierarki mellem forhandlede vilkår og standardvilkår, hvorfor der ikke sondres mellem disse.³⁰⁴ Standardvilkår vil dog i højere grad end individuelle vilkår skulle fortolkes objektivt. Dette skyldes, at standardvilkår ikke har været genstand for forhandling mellem parterne, og derfor kan modtageren som udgangspunkt ikke antages at have kendskab til hensigten med vilkårenes udformning.³⁰⁵ Såfremt nogle standardvilkår er uoverensstemmende med forhandlede vilkår, er der derfor en kraftig formodning for, at de forhandlede vilkår skal have forrang.³⁰⁶ Det fremgår da også af TransLex-Principles nr. IV.3.4 (a), at såfremt der er en konflikt mellem standardvilkår og andre vilkår, vil standardvilkårene ikke kunne anses for at være inkorporeret. Det skyldes en antagelse om, at parterne har ønsket at indgå aftalen på de vilkår, som de har forhandlet sig frem til.³⁰⁷

Ligeledes fremgår det af CISG AC Opinion no. 8, at *"[w]here there is a conflict between negotiated terms and standard terms in the contract, the negotiated terms override the standard terms."* Meningen hermed er, at parternes faktiske intentioner bør have forrang frem for de intentioner, som kun kan lægges til grund rent hypotetisk.³⁰⁸

7.1.3. Contra proferentem

Det er muligt for domstolene at fortolke aftalen *"contra proferentem"* ved tvivl.³⁰⁹ Hermed fortolkes vilkårene imod affatteren, således at denne bærer risikoen for misforståelser.³¹⁰ Det er dermed også givet, at medkontrahenten ikke må være bekendt med affatterens hensigt med indholdet. Det er altså et krav, at vilkårene er udarbejdet ensidigt, da medkontrahenten ikke kan siges at være ubekendt med indholdet, såfremt denne har været med til at udarbejde vilkårene, eller såfremt vilkårene har været genstand for forhandling.³¹¹

³⁰³ Keller, Bertram (2008), *Favor Contractus – Reading the CISG in Favor of the Contract*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, s. 252.

³⁰⁴ Steensgaard, s. 323, rn. 1 og 324, rn. 2 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 4.4, kommentar nr. 2.

³⁰⁵ Steensgaard, s. 323, rn. 1.

³⁰⁶ Steensgaard, s. 324, rn. 2 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.21 med kommentar.

³⁰⁷ Steensgaard, s. 324, rn. 2 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.21 med kommentar.

³⁰⁸ CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 8, kommentar 8.1.

³⁰⁹ Schlechtriem og Schwenger, s. 132, rn. 47; Schwenger, s. 168, rn. 49; TransLex-Principles nr. IV.5.4 og UNIDROIT PRINCIPLES, art. 4.6.

³¹⁰ UNIDROIT PRINCIPLES, art. 4.6.

³¹¹ Steensgaard, s. 326, rn. 8.

Også CISG AC Opinion no. 13 indeholder princippet om *"contra proferentem"*. Af regel nr. 9 fremgår det, at *"[i]f the meaning of a standard term provided by one party remains ambiguous despite interpretation the meaning more favourable to the other party shall prevail."* Dette udledes af art. 8(2) CISG, hvorefter det påhviler den, der ønsker at anvende sine standardvilkår, at sikre sig, at medkontrahtenten er gjort bekendt med dem på en måde, så en *"reasonable person"* ville forstå dem.³¹²

Princippet vigtigste anvendelse er på kontrakter indeholdende standardvilkår, idet disse utvivlsomt er udarbejdet af den ene part.³¹³ Ved anvendelsen af standardvilkår har det dermed den betydning, at såfremt der er tvivl om standardvilkårenes indhold, skal de fortolkes til fordel for medkontrahtenten. Princippet kendes i både national og international ret, og det er derfor væsentligt at fastslå, at såfremt CISG finder anvendelse på parternes aftale, vil de nationale regler om *"contra proferentem"* blive fortrængt.³¹⁴ Dette kan i øvrigt udledes af art. 7(1) CISG, hvorefter konventionsteksten skal fortolkes under hensyntagen til dens internationale karakter.

7.2. Delkonklusion

Fortolkning af en CISG-kontrakt skal først og fremmest ske i overensstemmelse med art. 8(1) CISG, hvorefter anvenderens intentioner skal søges fastlagt. Hensigten med at inkorporere standardvilkårene skal derfor afgøres ud fra en subjektiv fortolkning af anvenderens intentioner. Imidlertid er standardvilkår oftest udarbejdet ensidigt, og det vil derfor som regel være nødvendigt at anvende en objektiv fortolkning, hvorefter anvenderens intentioner først og fremmest skal søges fastlagt ud fra, hvad en *"reasonable person"* ville have forstået. Hertil er der nogle fortolkningsprincipper, der kan finde anvendelse ved fortolkning af kontrakten, hvorefter der skal tages hensyn til, at parterne har ønsket at indgå aftalen, og den derfor skal forsøges fastholdt. Det kan herved være relevant at lade de forhandlede vilkår få forrang for standardvilkårene, ligesom kontrakten kan fastholdes med modifikationer. Idet standardvilkår er udarbejdet ensidigt, kan det endvidere være nødvendigt at fortolke kontrakten *"contra proferentem"*.

³¹² CISG AC Opinion no. 13, regel nr. 9, kommentar 9.1.

³¹³ Schlechtriem, s. 133, rn. 47; Schwenger, s. 168, rn. 49 og Steensgaard, s. 326, rn. 8.

³¹⁴ Steensgaard, s. 325, rn. 5.

8. Standardvilkårs gyldighed

For at en part kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten, skal de ikke blot være vedtaget. De skal også være gyldige.

Udarbejdelsen af bestemmelserne i CISG skulle ske på kortest mulig tid.³¹⁵ Herefter blev det besluttet, at bestemmelser vedrørende kontraktens gyldighed ikke skulle indarbejdes i konventionen. Årsagen hertil er, at såfremt de forhandlende medlemsstater skulle indarbejde bestemmelser vedrørende kontraktens gyldighed, ville det have forsinket vedtagelsesprocessen.³¹⁶ Dette ledte til udformningen af art. 4(a) CISG, hvorefter CISG ikke finder anvendelse på spørgsmål vedrørende kontraktens, enkelte af deres bestemmelsers eller sædvaners gyldighed. Spørgsmålet om aftalers gyldighed skal derfor som udgangspunkt besvares ud fra national lovgivning, jf. art. 7(2) CISG. Dette gælder dog kun "[...] *except as otherwise expressly provided in this Convention [...]*", jf. art. 4 CISG. Heraf kan det udledes, at såfremt et spørgsmål om gyldighed angår elementer omfattet af CISG, så har CISG forrang for nationale retsregler herom. Herunder kan det blandt andet nævnes, at art. 11 CISG vedrører aftalens gyldighed. Ifølge art. 11 CISG er der formfrihed i internationale aftaler, hvor CISG finder anvendelse. Uagtet at national ret indeholder et krav om, at en aftale skal være nedfældet på skrift for at være gyldig, har det ikke indvirkning på internationale aftalers gyldighed, jf. art. 4(a), jf. art. 11 CISG. Dette modificeres dog, såfremt der er taget forbehold herfor i henhold til art. 96 CISG, eller såfremt CISG eller nogle af dens bestemmelser er fraveget i medfør af art. 6 CISG. Ligeså finder art. 68, 3. pkt. og art. 79 CISG anvendelse, når det skal afgøres, om en aftale kan anses for at være ugyldig som følge af umulighed med leveringen.

Overraskende vilkår kan ikke anses for at være inkorporeret i parternes aftale, medmindre de er accepteret udtrykkeligt.³¹⁷ Det afhænger af omstændighederne, om vilkårene kan anses for at være overraskende. Såfremt der er tale om overraskende vilkår, har medkontrahenten ikke mulighed for at gøre sig bekendt med dem eller i det hele taget at vide, at de er en del af aftalen, og herved anses vilkårene for at være ugyldige.³¹⁸ Det er imidlertid ikke et krav for gyldig vedtagelse, at acceptanten har læst standardvilkårene, at de udtrykkeligt er bekræftet, eller at de er underskrevet af parterne.³¹⁹

³¹⁵ Report of the Working Group on the International Sale of Goods on the work of its ninth session (Geneva, 19-30 September 1977) (A/CN.9/142), s. 65, rn. 48 (herefter A/CN.9/142).

³¹⁶ UNCITRAL Digest, art. 4, rn. 1 og A/CN.9/142, s. 65, rn. 48-51, 66 og 69.

³¹⁷ UNIDROIT PRINCIPLES, art. 2.1.20 (1).

³¹⁸ Eiselen, s. 8.

³¹⁹ Schwenger, s. 311, rn. 82.

Til afgørelsen af, hvorvidt standardvilkår kan anses for at være gyldige, er der en tendens til, at domstole og voldgiftsretter foretager en prøvelse af vilkårenes rimelighed.³²⁰ Det er herunder et krav for standardvilkårenes gyldighed, at de ikke strider mod grundværdierne i CISG.³²¹ Det fremgår af retslitteraturen, at CISG tjener som en "yardstick" – altså en målestok for, hvad der med rimelighed kan aftales.³²² Således er det ikke tilstrækkeligt, at vilkårene er rimelige ifølge national lovgivning. De skal også være rimelige ifølge CISG.³²³ Såfremt standardvilkårene strider mod grundværdierne i CISG, er de ikke gyldigt vedtaget, uagtet at de er gyldige efter nationale retsregler. De kan herefter ikke anses for at være inkorporeret i parternes aftale.³²⁴ Dette følger af *Tombstones case II*.³²⁵

Sagen omhandler en tysk sælger, der leverede gravsten til en østrigsk køber. Gravstenene skulle være af farven "labrador dark". Køber opdagede en fejl i farven ved nogle af stenene to uger efter leveringen. Én af stenene blev sendt til Tyskland for undersøgelse, mens nogle af de andre blev brugt til at konstruere en grav. Køberen tilbageholdt sin betaling. Sælger protesterede og påberåbte sig sine standardvilkår, som indeholdt en ansvarsfraskrivelsesklausul, hvoraf det blandt andet fremgik, at køber ikke havde ret til at tilbageholde betalingen, jf. vilkårenes § 5, nr. 5. Spørgsmålet var herefter, om sælgers standardvilkår kunne lægges til grund. Domstolen foretog en tre-trins-test, hvor den først fastslog, at vilkårene var inkorporeret i parternes aftale som følge af købers accept og dernæst tilkendegav, hvorledes vilkårene skulle fortolkes. Slutteligt undersøgte domstolen, om vilkårene kunne anses for at være gyldige.

Idet det var et spørgsmål om gyldighed, som ikke hørte under CISG's anvendelsesområde i henhold til art. 4(a) CISG, skulle national lovgivning finde anvendelse. I dette tilfælde var det nærmere bestemt tysk lovgivning, der fandt anvendelse. Ifølge tysk lovgivning er et vilkår om, at medkontrahenten skal betale uanset hvad, gyldigt. Det blev dernæst undersøgt, om vilkåret var i strid med CISG's grundværdier om, at en part skal have mulighed for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Eftersom køber stadig havde mulighed for at kræve erstatning, ansås sælgers vilkår for at være gyldige. I dommen blev spørgsmålet om standardvilkårenes gyldighed afgjort efter tysk lovgivning, men det blev gjort i lyset af CISG.

Også TransLex-Principles nr. IV.3.5 støtter kravet om, at standardvilkår skal være rimelige. Herunder skal det vurderes, om vilkårene er til væsentlig ulempe for medkontrahenten under hensyn til de regler, der ville være gældende uden standardvilkårenes inkorporering. Desuden skal det vurderes, om de er i strid

³²⁰ Steensgaard, s. 336, rn. 13 og Lookofsky, s. 180.

³²¹ Steensgaard, s. 336, rn. 14.

³²² Steensgaard, s. 336, rn. 13.

³²³ Steensgaard, s. 337, rn. 15 og Lookofsky, s. 182.

³²⁴ Lookofsky, s. 182.

³²⁵ CISG-online 642.

med kravene om *"good faith and fair dealing"* ud fra deres anvendelse.³²⁶ I modsætning til CISG opstiller TransLex- Principles krav i forhold til gyldigheden. Parterne i internationale handler skal blandt andet udvise god moral i overensstemmelse med de grundlæggende værdier i samfundet.³²⁷ På denne baggrund bør en part for eksempel ikke kunne få inkorporeret sine standardvilkår, såfremt de er moralsk forkastelige, uagtet at parterne som udgangspunkt har fri råden over deres aftale. Herved indskrænkes partsautonomien.

Er kun et enkelt eller nogle enkelte af vilkårene i en kontrakt ugyldig(e), vil det kun være dette eller disse vilkår, der udgår af kontrakten.³²⁸ De pågældende vilkårs ugyldighed vil herved ikke påvirke den resterende del af kontrakten.

I og med at aftalers og klausulers gyldighed skal afgøres ud fra national lovgivning, vurderes den samme aftale eller klausul at kunne få forskelligt udfald afhængigt af, hvilket lands lov, der finder anvendelse. Det kan derved skabe en form for utryghed, idet parterne har svært ved at forudse deres retsstilling. Spørgsmålet er herefter, om det kan mindske lysten til at indgå aftaler på tværs af landegrænserne.

Endnu engang er det en problemstilling, som ikke vil få et ensartet udfald, idet det skal afgøres i overensstemmelse med national ret. Der kan ikke gives en garanti for, at de nationale love indeholder ensartede regler for så vidt angår standardvilkårenes gyldighed. Som tidligere nævnt, antages denne manglende ensartethed at kunne få indflydelse på, hvorvidt erhvervsdrivende ønsker at indgå aftaler på tværs af landegrænserne. Denne antagelse understøttes af præamblen til CISG, hvoraf følgende blandt andet fremgår: *"[...] Being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade,[...]"*

³²⁶ TransLex-Principles nr. IV.3.5, kommentar nr. 3.

³²⁷ TransLex-Principles nr. IV.7.2, kommentar nr. 1.

³²⁸ TransLex-Principles nr. IV.7.5 (a) og (b).

9. Konsekvenser ved anvendelsen af standardvilkår

Ved anvendelsen af standardvilkår undgår virksomheden at skulle forhandle om vilkårene hver gang, der indgås en aftale med en anden virksomhed. Det er herved muligt at lade lavere bemyndiget personale indgå aftaler på virksomhedens vegne. Ligeledes antages det at kunne medføre, at forhandlingerne ikke trækker i langdrag, idet vilkårene allerede er fastsat på forhånd og blot skal godkendes af medkontrahenten.³²⁹ På denne baggrund vurderer det at kunne mindske omkostningerne ved kontraktindgåelsen.

Det er imidlertid ikke udelukkende positivt at anvende standardvilkår i internationale kontrakter. I det følgende vil konsekvenserne ved anvendelse af standardvilkår blive gennemgået.

Af præambelen til CISG fremgår det, at formålet med konventionen var at fjerne retslige barrierer og fremme udviklingen af internationale handler. Dette skulle ske ved at ensrette de grundlæggende begreber på området samt ved at formulere CISG på de seks forskellige officielle FN-sprog.³³⁰ Ifølge Schlechtriem samt Schwenger og Hachem skal CISG forstås som et kompromis mellem de kontraherende staters nationale køberetlige regler, hvilket skal udvikles yderligere for at skabe et ensartet og komplet internationalt regelsæt.³³¹ Endvidere fremgår det af præambelen, at de kontraherende stater anser anvendelsen af CISG for værende en væsentlig faktor for fremme af venskabelige forbindelser mellem staterne.

Idet det ved forhandlingerne til CISG blev udeladt at indføre en bestemmelse i CISG, der bestemt regulerer anvendelsen af standardvilkår, opstod der en risiko for, at *"battle of the forms"*-konflikter ikke ville blive afgjort på samme måde i alle CISG-medlemsstater. En risiko der blev til virkelighed. Dette ses ved en gennemgang af de tidligere nævnte 21 domme, hvoraf det fremgår, at der ikke er enighed om, hvorvidt *"last shot"*-løsningen eller *"knock out"*-løsningen bør finde anvendelse. Kontraktens indhold lægges derfor først fast, når domstolene har taget stilling til parternes tvist. Denne manglende ensartethed kan givetvis få indflydelse på internationale virksomheders samhandelsvilje på tværs af landegrænserne. Dette skyldes usikkerheden omkring, hvilken løsning der vil finde anvendelse, hvilket der skal tages højde for, når parterne laver deres risikokalkulationer. Det kan medføre højere salgspriser og generelt modvillighed mod at indgå aftaler, hvor resultatet af en evt. tvist er umulig at forudse. Dette følger også af Bech-Bruun, som argumenterer for, at *"[d]et kan være meget uhensigtsmæssigt for virksomheden og have store økonomiske følger at blive bundet af kontraktpartens vilkår, som man ikke troede, fandt anvendelse på kontrakten – eller ikke at kunne håndhæve egne vilkår, som man antog, var en del af aftalen."*³³² Dette gør sig også gældende, hvor forretningsfolk, som tidligere nævnt, ikke læser medkontrahentens standardvilkår, inden

³²⁹ TransLex-Principles nr. IV.3.1, kommentar nr. 2.

³³⁰ Schlechtriem og Schwenger, s. 14.

³³¹ Schlechtriem og Schwenger, s. 14 og Schwenger, s. 16.

³³² Bech-Bruun, s. 2.

de begynder at opfylde deres forpligtelser over for hinanden, fordi indgåelsen af kontrakter bliver en rutine ved anvendelsen af standardvilkår. Herved risikerer de – særligt ved *“last shot”*-løsningen – at vilkår, som de ikke ønsker at handle på baggrund af, anses for at være inkorporeret i aftalen.

Anvendelsen af standardvilkår er hyppigt forekommende.³³³ Idet internationale kontrakter bygger på parternes standardvilkår, har det i sig selv indflydelse på den ensartethed, som det var ønsket at opnå med vedtagelsen af CISG. Omvendt anses det dog også for at være en fordel, at parterne har frihed til selv at fastsætte vilkårene, når de indgår aftaler. Hvis alt skulle være forbunden, således at parterne ingen frihed har til selv at bestemme noget, antages antallet af kontraktindgåelser for at ville falde til et nødvendigt minimum.

Hertil hører også risikoen for *“homeward trend”*. Dette foreligger, som nævnt, i de tilfælde, hvor nationale domstole (ubevidst) anvender national lovgivning til fortolkning af bestemmelserne i CISG.³³⁴ Ifølge art. 7(1) CISG skal konventionens bestemmelser fortolkes autonomt – dvs. ikke med udgangspunkt i nationale retsregler – for at fremme ensartetheden i anvendelsen.³³⁵ Såfremt de forskellige landes domstole fortolker konventionens bestemmelser i overensstemmelse med den nationale lovgivning på området, vil resultatet afhænge af, i hvilket land tvisten skal afgøres. Ud fra de førnævnte 21 domme, er der ingen ensartethed at spore i afgørelsen af *“battle of the forms”*-konflikter. Der kan herved sås tvivl om retssikkerheden på baggrund af uforudsigeligheden. Såfremt parterne ikke har mulighed for at forudse deres retsstilling, opstår spørgsmålet, om de vil afholde sig fra at indgå handler med hinanden, hvorved CISG igen vil blive overflødig. Omvendt danner ovenstående grundlag for forumshopping i de tilfælde, hvor parterne med stor sandsynlighed kan forudse deres retsstilling ved at indbringe sagen for enten tyske eller amerikanske domstole.

9.1. Delkonklusion

Som det fremgår af ovenstående, er der fordele ved anvendelsen af standardvilkår, idet det på den ene side kan være omkostningsbesparende. Imidlertid er der også negative konsekvenser ved en sådan anvendelse, idet de fjerner den ensartethed, som det var et ønske at opnå med vedtagelsen af CISG.

Ligeledes medfører den manglende regulering af *“battle of the forms”*-konflikter i CISG, at parterne kan have svært ved at forudse deres retsstilling. En risiko, som kan føre til, at den part, der anlægger sag mod medkontrahenten, vælger af gøre brug af *“forum shopping”*.

³³³ Steensgaard, s. 3 og Schwenzer, s. 289, rn. 38.

³³⁴ Lookofsky, s. 29 og Ferrari, s. 249.

³³⁵ Ferrari, s. 245.

På baggrund af ovenstående anses parternes mulighed for at anvende deres egne standardvilkår, når de indgår aftaler med hinanden, for at være nødvendig. Imidlertid savnes der en ensartet måde at afgøre "battle of the forms"-konflikter på, og spørgsmålet er, om det mon ikke vil kunne løse problemerne at indsætte en bestemmelse, der bestemt regulerer anvendelsen af standardvilkår.

10. Konklusion

Specialet har haft til formål at belyse, hvad der skal til, for at en aftalepart i en international kontrakt kan påberåbe sig sine standardvilkår over for medkontrahenten. Indeværende speciale har taget udgangspunkt i de standardvilkår, som den ene part på forhånd selv har udarbejdet.

Ifølge art. 23 CISG kræver indgåelsen af en aftale, at der foreligger et tilbud og en accept. Internationale købsaftaler indgås således med udgangspunkt i art. 14 og 18 CISG. Art. 14(1) CISG indeholder mindstekravene til et tilbud – de såkaldte *“essentialia negotii”*. Disse betingelser skal være opfyldt, for at en henvendelse kan udgøre et tilbud. Der er tale om en accept, hvis tilbudsmodtageres svar angiver, at denne har til hensigt at være bundet af sit svar på tilbuddet, jf. art. 18(1) CISG. Art. 19(1) CISG opstiller imidlertid et krav om, at svaret skal være i overensstemmelse med tilbuddet, da der ellers er tale om et modtilbud. Kun et svar med uvæsentlige ændringer kan anses for at være en accept, som tilbudsgiver er bundet af, medmindre denne protesterer, jf. art. 19(2) CISG.

Der er ingen specifikke bestemmelser i CISG vedrørende anvendelsen af standardvilkår i internationale kontrakter omfattet af konventionen. Det kan konkluderes, at der ifølge retspraksis opstilles krav om, at standardvilkår skal være gjort tilgængelige for medkontrahenten, førend de kan anses for at være vedtaget.³³⁶ Dette skyldes, at medkontrahenten skal have mulighed for at gøre sig bekendt med vilkårenes indhold, idet de er udarbejdet ensidigt af den anden part. For at medkontrahenten kan anses for at være gjort bekendt med standardvilkårene, kræver det, at de er sendt til medkontrahenten eller på anden måde er gjort tilgængelige for denne forud for aftaleindgåelsen. Vilkårene kan fremsendes enten fysisk eller pr. mail. Hvad enten vilkårene fremsendes til medkontrahenten eller på anden måde gøres tilgængelige for denne, er der visse krav, der skal være opfyldt. Disse krav afhænger af omstændighederne omkring aftaleindgåelsen. Det er endvidere et krav, at medkontrahenten kan læse og forstå standardvilkårene.

Såfremt begge parter henviser til hver sine standardvilkår, som på nogle eller alle punkter er modstridende, opstår der en *“battle of the forms”*-konflikt. På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at art. 19(1) CISG danner baggrund for *“last shot”*-løsningen, hvor tidspunktet for aftalens indgåelse er afgørende. *“Knock out”*-løsningen er derimod udviklet af retspraksis og kræver blot, at der er opnået enighed om *“essentialia negotii”*. Det kan konkluderes, at der endnu ikke er opnået ensartethed ved afgørelsen af *“battle of the forms”*-konflikter, men *“knock out”*-løsningen anses for at vinde frem.

Internationale løseaftaler fortolkes som udgangspunkt subjektivt i overensstemmelse med art. 8(1) CISG. Idet standardvilkår ofte er udarbejdet ensidigt og dermed ikke har været genstand for forhandling mellem

³³⁶ *Machinery case*, CISG-online 617.

parterne, kan det konkluderes, at en objektiv fortolkning i medfør af art. 8(2) CISG ofte finder anvendelse herpå. Der skal herved tages hensyn til alle elementer vedrørende aftalen, jf. art. 8(3) CISG. Visse fortolkningsprincipper finder anvendelse ved fortolkning af aftaler. Herunder anføres det, at parternes fælles vilje bør lægges til grund, således at kontrakten så vidt muligt skal fastholdes med modifikationer. Derudover taler retslitteraturen for, at vilkår, der har været genstand for forhandling mellem parterne, bør have forrang for standardvilkår, samt at standardvilkår bør fortolkes mod affatteren ved tvivl.

Hvorvidt standardvilkår kan anses for at være gyldige, skal afgøres efter national lovgivning i overensstemmelse med art. 4(a) CISG. Nogle vilkår kan derfor være gyldige i ét medlemsland men ugyldige i et andet, hvorfor det kan konkluderes, at der ikke er ensartethed på området. Imidlertid skal standardvilkårs gyldighed afgøres i lyset af CISG, således at de ikke kan anses for at være gyldige, såfremt de strider mod grundværdierne i CISG.³³⁷

Det kan endvidere konkluderes, at det ikke udelukkende er fordelagtigt at anvende standardvilkår i internationale kontrakter. Anvendelsen af standardvilkår kan medføre mangel på ensartethed, ligesom der er en risiko for, at domstole enten bevidst eller ubevidst lægger en national forståelse til grund ved fortolkningen af CISG og internationale kontrakter omfattet af CISG. Dette kan danne grundlag for forum shopping eller et fald i antallet af internationale kontrakter.

Slutteligt kan det konkluderes, at flere problemstillinger ikke er reguleret i CISG – herunder behandlingen af *”battle of the forms”*-konflikter, prøvelsen af kontraktens gyldighed samt *”precontractual liability”*. Idet ønsket med vedtagelsen af CISG blandt andet var at opnå ensartethed på området for internationale kontrakter, giver ovenstående undersøgelser anledning til at overveje, om ikke arbejdet med CISG bør genoptages.

³³⁷ *Tombstones case II*, CISG-online 642.

Litteraturfortegnelse

Lovgivning

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (vedtaget 11. april 1980, trådt i kraft 1. januar 1988) UNTS 1489 (p.3)

Forarbejder

Legislative History (1980 Vienna Diplomatic Conference), *Summary Records of Meetings of the First Committee, 10th meeting*, tirsdag den 18. marts 1980, (A/CONF.97/C.1/L.90)

Report of the Working Group on the International Sale of Goods on the work of its ninth session (Geneva, 19-30 September 1977) (A/CN.9/142) (A/CN.9/142).

United Nations, Official Records, *Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees* (Wien, 10 March - 11 April 1980) (A/CONF.97/19).

Retspraksis

Danmark

Blohm + Voss Oil Tools GmbH v. C.C. Jensen A/S, CISG-online 2789.

Frankrig

Isea industrie S.p.A. et al. v. Lu SA et al., CISG-online 312.

Schweiz

Plotters case, CISG-online 245.

Bulgarian white urea case, CISG-online 346.

Tyskland

Frozen pork case, CISG-online 999.

Glass test tubes case, CISG-online 137.

Machinery case, CISG-online 617.

Ground mace case, CISG-online 5488.

Pizza boxes case, CISG-online 659.

Italian socks case I, CISG-online 141.

Italian knitwear case I, CISG-online 162.

Milk powder case, CISG-online 651.

Ungarn

Pratt & Whitney v. Malév Hungarian Airlines, CISG-online 63.

USA

Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA, Inc. et al., CISG-online 767.

Roser Technologies, Inc. v. Carl Schreiber GmbH, CISG-online 2490.

Hanwha Corp. v. Cedar Petrochemicals, Inc., CISG-online 2178.

Østrig

Chinchilla furs case, CISG-online 117.

Propane gas case, CISG-online 224.

Tantalum powder case II, CISG-online 1093.

Conveyor belts case, CISG-online 1376.

Tantalum powder case I, CISG-online 828.

Tombstones case II, CISG-online 642.

Litteratur

Bang, Morten, *Contracting In and Out of the CISG Essentials on Derogations, Opt-ins and Exclusions of the CISG when Drafting Contracts for International Sales of Goods*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2011 (ET.2011.181).

Bech-Bruun, *Kommercielle kontrakter: Vedtagelse af standardvilkår*, marts 2015

- http://www.google.dk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjsxZOHnMvuAhXSiqQKHUk0C54QFjABegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fwww.bechbruun.com%2F~%2Fmedia%2FFiles%2FVidencenter%2FNyhedsbreve%2FCorporate%2F2015%2FKommercielle%2520kontrakter_marts_web.pdf&usg=AOvVaw0KnGCd_CBMkKeVJL5NkzEK
- OBS: Downloades som pdf, når der klikkes på linket.
- Senest tilgået 2. februar 2021.

Berger, Klaus Peter, *The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles*

- [The Lex Mercatoria \(Old and New\) and the TransLex-Principles | Trans-Lex.org](#)
- Senest tilgået 11. maj 2021.

CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion no. 13, Inclusion of Standard Terms Under the CISG*, Pennsylvania, USA, 2013.

Eiselen, Sieg og Bergenthal, Sebastian K., *The battle of forms: A comparative Analysis*, Institute of Foreign and Comparative Law, 2006.

Eiselen, Sieg, *The Requirements for the Inclusion of Standard Terms in International Sales Contracts*, Potchefstroom electronic law journal, 2011.

EUR-Lex, *Konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (Romkonventionen)*

- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/ALL/?uri=LEGISSUM%3A133109>
- Senest tilgået 11. maj 2021.

Ferrari, Franco, *Autonomous Interpretation versus Homeward Trend versus Outward Trend in CISG case law*, Oxford University Press, 2017.

Gomard, Bernhard og Henschel, René Franz, *International købelov (CISG) med kommentarer*, Jurist. Og økonomforbundets Forlag, København K, 1. udgave, 1. oplag, 2014.

Keller, Bertram, *Favor Contractus – Reading the CISG in Favor of the Contract*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2008.

Lookofsky, Joseph, *Hensynet til fremmed retspraksis ved fortolkning af CISG*, Karnov Group Denmark A/S, 2005, UfR 2005B.45.

Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, 5. udgave, København, DJØF Publishing, 2017.

Magnus, Ulrich, *Incorporation of Standard Terms under the CISG* i Camilla B. Andersen og Ulrich G. Schroeter, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (Wildy, Simmonds & Hill Publishing), 2008.

Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, Djøf Forlag, København K., 2. udgave, 2018.

Neumann, Thomas, *The Roots and Fruits of Good Faith in Domestic Court Practice*, Aalborg Universitet, 2018.

Ole Lando, *Kampen om formularen*, UfR Online, 1988 (U.1988B.1).

Oser, David, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?*, Holland, Martinus Publishers Nijhoff, 2008.

Principles on Transnational Law

- [https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria))
- Senest tilgået 11. maj 2021.

Rossen, Anne, Pedersen, Marie Hummelshøj og Neumann, Thomas, *How Far Does the Dynamic Doctrine Go? Looking for the Basis of Precontractual Liability in the CISG*, Nordic Journal of Commercial Law, 2020.

Schlechtriem, Peter og Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Schwenger, Ingeborg og Spagnolo, Lisa, *The electronic CISG*, Eleven International Publishing, Holland, 2017.

Steensgaard, Kasper, *Battle of the forms under the CISG – one or more solutions?*, Internationales Handelsrecht, 2015.

Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter, Særligt om vedtagelse under CISG og andre internationale regelsæt*, 1. udgave, 1. oplag, Thomson Reuters Professional A/S, København, 2010.

Stemp, Kevin C., *A Comparative Analysis of the "Battle of the Forms"*, 15 Transnational Law & Contemporary Problems 243 (2005-2006), 2005.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016

United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 2016.

Bilag 1: Domme

CISG-online nr.	Dato for afgørelse	Land	Anvendt løsning
366	19. september 1995	Belgien	Last shot
1655	20. september 2007	Canada	Knock out
344	16. juli 1998	Frankrig	Last shot
2568	3. december 2014	Holland	Knock out
57	22. september 1992	Tyskland	Last shot
83	13. januar 1993	Tyskland	Last shot
310	11. marts 1998	Tyskland	Last shot
651	9. januar 2002	Tyskland	Knock out
919	25. juli 2003	Tyskland	Knock out
1232	24. maj 2006	Tyskland	Knock out
1385	26. juni 2006	Tyskland	Knock out
2226	18. april 2011	Tyskland	Knock out
45	14. april 1992	USA	Last shot
439	7. december 1999	USA	Last shot
1776	25. juli 2008	USA	Last shot
2089	21. januar 2010	USA	Last shot
2092	31. marts 2010	USA	Last shot
2177	8. februar 2011	USA	Last shot
2178	18. januar 2011	USA	To "kampe" – én last shot og én knock out
2490	10. September 2013	USA	Last shot
1376	23. marts 2005	Østrig	Last shot

Kilde: <https://cisg-online.org/search-for-cases>

Bilag 2: Sidetal

The image shows the Microsoft Word interface with the 'Gennemse' (Review) ribbon selected. The ribbon includes options for 'Oversæt Sprog' (Translate Language), 'Ny kommentar' (New Comment), 'Slet' (Delete), 'Forrige' (Previous), 'Næste' (Next), and 'Vis kommentarer' (Show Comments). A search bar is visible at the top right of the ribbon. The 'Ordoptælling' (Word Count) dialog box is open in the foreground, displaying the following statistics:

Ordoptælling	
Statistik:	
Sider	56
Ord	20.493
Tegn (uden mellemrum)	117.531
Tegn (med mellemrum)	137.830
Afsnit	233
Linjer	1.440
<input type="checkbox"/> Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter	
Luk	