

Thorleif Juul Larsen

Strategisk og proaktiv risikostyring af kontrakter ved brug af hardshipklausuler



AALBORG UNIVERSITET

Kandidatafhandling

Maj 2022

Vejleder: Rasmus Nordahl Krogshave

Titelblad

Titel (dansk):	Strategisk og proaktiv risikostyring af kontrakter ved brug af hardshipklausuler
Titel (engelsk):	Strategic and proactive legal risk management of contracts by using hardship clauses
Uddannelse:	Cand.merc.jur
Uddannelsessted:	Aalborg Universitet (Juridisk Institut)
Projekt:	Kandidat speciale
Fag:	Aftaleret
Vejleder:	Rasmus Nordahl Krogshave
Afleveringsdato:	18. maj 2022
Antal sider (2400 anslag per side):	57,40
Antal anslag	137.763
Udarbejdet af:	Thorleif Juul Larsen Studienummer 2016 6510

ABSTRACT

Trading regulation has existed since the age of the Roman Empire and aspects of these early trading regulations are still being used in the modern Danish contract law. By using contracts, Danish businesses can reduce the legal risk of their commercial arrangements, but they should consider which clauses are necessary and discuss these thoroughly instead of blurring the contract with unnecessary clauses.

Especially when negotiating long-term strategic contracts, both business parties should proactively be focusing on decreasing risk factors. This can be done by agreeing on using standardized commercial contract templates for clauses, which place a significant burden on one party, because these help creating contracts, where the risks and obligations are balanced fairly between both parties. If the conceptualist is from the company, which has any degree of leverage towards the contract partner, he should be particularly aware of creating a balanced contract, because the Danish courts have shown that they are willing to revoke entire or parts of contracts if they are found to be too unfair. The Danish courts are using AFTL § 36 and “forudsætningslæren”, when they assess the level of fairness of contracts. AFTL § 36 and forudsætningslæren are the only two possibilities to change terms of contracts after the conclusion of a contract. However, the change of terms is only possible for the courts, which means that Danish businesses don't have any influence on the new terms they get bound by.

This inability to renegotiate a contract without creating a new contract is a big disadvantage for Danish businesses entering long-term contracts. By inserting a hardship clause in the contract, the Danish businesses can reduce the risk of the long-term contract. The hardship clause enables one of the parties, if they experience an unexpected event beyond their control, which fundamentally alters equilibrium of the contract to their disadvantage after the conclusion of the contract, to renegotiate the contract based upon the current events. By creating this unique possibility to renegotiate the terms of the contract if an unexpected event should occur after the signing, the hardship clause helps reducing the risk significantly. The downside of the hardship clause is that it only enables the parties to renegotiate the contract, but it does not force the contract partners to agree on new terms. If the other party doesn't participate in the renegotiation of the contract in good faith,

it will be a breach of the contract. However, in practice it can be very hard to determine if the other party is participating without the intention of achieving a fair result, which would rebalance the contract. The parties can agree upon an independent arbitrator to settle the new terms of the contract fairly, but by using the arbitrator, the parties lose the possibility to create the new terms by themselves in a similar situation as when the Danish courts would apply AFTL § 36 or forudsætningslæren.

Even though the hardship clause lacks the capability to force new terms of the contract after the renegotiation, it is a valuable tool for Danish businesses to proactively reduce the risk of unexpected events, especially in long-term strategic contracts. In this type of contracts, the parties should discuss the implementation of a hardship clause and how they would structure the renegotiation to get the best result and maintain the original contract. Especially in the past years with several big crises around the world, which is a symptom of a more fragile business environment with large fluctuations on the global markets, a hardship clause would be recommendable in long-term contracts.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT.....	3
ANVENDTE FORKORTELSER.....	7
DEL 1: INTRODUKTION TIL AFHANDLINGEN	8
1.1 INDLEDNING.....	8
1.2 PROBLEMFOMULERING OG PROBLEMFELT.....	10
1.3 AFGRÆSNING AF AFHANDLINGENS RAMME	10
DEL 2: ANVENDT METODE I AFHANDLINGEN.....	13
2.1 RETSDOGMATISK OG JURIDISK METODE	13
2.2 ANVENDELSE AF RETSKILDER.....	15
2.3 ANVENDTE FORTOLKNINGSPRINCIPPER	20
2.4 AFHANDLINGENS STRUKTUR	21
DEL 3: ALMINDELIGE REDUCERBARE RISIKOMOMENTER.....	23
3.1 HISTORISK PERSPEKTIVT	23
3.2 GENERELT OM RISIKO I KONTRAKTER.....	24
3.2.1 AFTALEFRIHED – Partsautonomien	25
3.2.2 RISIKOFORDELINGEN I AFTALEFORHOLDET	26
3.2.3 PARTERNES INTERNE STILLING.....	28
3.2.4 THE BATTLE OF FORMS	30
3.2.5 KONCIPISTREGLER OG ANSVARSFRASKRIVELSER	32
3.2.5.1 U 2005.2438 H.....	33
3.2.6 MINIMUMSREGLER.....	35
3.2.7 RISIKOSTYRING VIA INCOTERMS	35
3.2.8 FORUDSÆTNINGSLÆREN	37
3.2.8.1 U 2015.1922 V.....	39
3.2.8.2 U 1985.334 H.....	41
3.2.9 GENERALKLAUSULEN AFTL § 36.....	43
3.2.9.1 U 2008.1538 V og U 2012.2503 Ø	44
3.2.10 KONFLITKTLØSNING – VÆRNETING, LOVVALG OG VOLDGIFT	45
3.3 DELKONKLUSION.....	50

DEL 4: RISIKOSTYRING AF KONTRAKTER VIA HARDSHIPKLAUSULER	54
4.1 INDLEDNING	54
4.2 BAGGRUND	54
4.2.1 DEFINITION AF HARDSHIP	54
4.3 HARDSHIPKLAUSULEN	57
4.3.1 BLØDE OG HÅRDE HARDSHIPKLAUSULER	60
4.3.2 PRISFALDSKLAUSULEN, AFTALT HARDSHIP	62
4.4 UNDLADELSE AF HARDSHIPKLAUSUL	63
4.4.1 FORCE MAJEURE SOM UDFYLDENDE REGEL	64
4.4.2 KRITIK AF HARDSHIPKLAUSULEN	65
4.5 DELKONKLUSION	67
DEL 5: AFSLUTNING	70
5.1 KONKLUSION	70
5.2 PERSPEKTIVERING	71
Bibliografi	72
<i>Bøger</i>	72
<i>Artikler</i>	72
<i>Elektroniske kilder</i>	73
LOVGIVNING	73
UDENLANDSK LOVGIVNING	74
SOFT LAW	74
RETSPRAKSIS:	75

ANVENDTE FORKORTELSER

KBL	Købeloven,
AFTL	Aftaleloven,
Grundloven	Danmarks Riges Grundlov
TEU	Traktaten om Den Europæiske Union
UCC	Uniform Commercial Code (amerikansk harmonisering af købelov i alle stater)
ICC	International Chamber of Commerce
PECL	Principles of European Contract Law

DEL 1: INTRODUKTION TIL AFHANDLINGEN

1.1 INDLEDNING

I Danmark har vi tradition for handel; handel inden for rigets grænser, men i særdeleshed handel med resten af verden. Vikingerne stævnede ud fra de danske kyster med varer og bragte atter nye eksotiske varer hjem til vort lille land. Siden vikingetiden er tusind år gået, hvor Danmark kontinuerligt har fortsat tilværelsen som en handelsnation. I nutiden er den danske økonomi afhængig af handel, idet kendetegnet på den danske økonomi er, at den er lille og åben i forhold til mange andre af verdens lande. Derfor er vi i Danmark afhængig af handel, om det er indenrigs- eller udenrigshandel, så er handel knyttet til den danske identitet og vores samfund.

Når en aftale indgås, så gøres dette i forventning om en gevinst for begge parter. Den ene part vil typisk opnå en direkte økonomisk gevinst, mens den anden part vil modtage en anden form for modydelse. Derfor kan det også forekomme som noget, der ligger fjernt fra to danske virksomheders hverdag, når begivenheder langt udenfor for Danmarks grænser påvirker deres handel i en sådan grad, at aftalens vilkår bør genforhandles. Det må dog forventes, at kommercielle parter løber en større eller mindre grad af risiko for, at transaktionen ikke gennemføres som oprindeligt aftalt. Dette må anses som værende en del af den systematiske risiko Beta, som i finansieringskredse anvendes til beskrivelse af den risiko, der altid vil være til stede ved alle transaktioner. Den del af risikoen ved aftalen, som ikke er systematisk, kan man dog forsøge at reducere ved anvendelsen af eksempelvis hardshipklausuler og en proaktiv risikostyring under aftalekonciperingen.

Når der handles, så vil der altid være en risiko for, at handlen påvirkes af omstændigheder, som ikke kan være påregnelige for parterne ved aftaleindgåelsen. Danske virksomheder kender til deres hjemlige forhold, og har stor erfaring ved at løse problemstillinger her i landet. Når danske virksomheder derimod handler med udenlandske virksomheder, vil det være tæt på umuligt at kunne tage hånd om alle eventuelle problemer og finde en løsning på disse. I de senere år har den internationale handel udfordret danske virksomheder - om det har været et containerskibs blokering af Suezkanalen, en smitsom virus eller en krig mellem to stater på europæisk jord - så har disse omstændigheder påvirket aftaler, hvor danske virksomheder har handlet enten inden- eller udenrigs. I den seneste tid har verden og i særdeleshed også Europa mærket, hvordan en krig mellem to lande kan påvirke

den globale handel. Ikke kun direkte igennem krigen, men også de internationale sanktioner og dermed uforudsete prisstigninger, som er blevet skabt på baggrund af en sådan krig.

Vikingernes måde at løse tvister på, når en aftale ikke blev overholdt må, hvis man kigger på populærlitteraturen, have været særdeles blodig og voldsom. Denne måde at løse kontraktuelle problemstillinger på, er dog ikke muligt inden for rammerne af det moderne danske retssamfund. Parterne, som indgik i aftalen, har haft en forventning om at kunne få en gevinst af den andens ydelse. Derfor vil det også være i parternes interesse, at de kommer mindeligt ud af tvisten, så de i fremtiden også vil kunne drage nytte af hinandens ydelser. Afgøres tvisten ved hjælp af stridsøkser i bogstavelig og i overført juridisk forstand, så vil et fremtidigt samarbejde sandsynligvis være markant sværere at reetablere, hvorved begge parter potentielt kan lide tab i form af tabte fremtidige for tjenester.

På første semester af erhvervsjurastudiet på Aalborg Universitet stifter den nyligt startede studerende som noget af det første bekendtskab med aftaleloven, idet denne er grundlæggende for forståelsen af hele det formueretlige område, der i de følgende år skal mestres af den studerende. Næsten som stående joke ved de studerende står ofte AFTL § 36, fordi *"den kan altid anvendes i opgavebesvarelserne"*, hvis en part forsøges tvunget til at opfylde sine forpligtigelser i forbindelse med en indgået en aftale. Det må dog formodes, at de studerende i løbet af deres tid på det juridiske fakultet får udvidet deres horisont omkring anvendelsen af AFTL § 36.

Det kan måske forekomme som den lette løsning for en virksomhed, at den juridiske rådgiver laver et 'vandtæt' aftalegrundlag spækket med klausuler, hvor alle eventualiteter er taget i betragtning og risikoen bliver båret af den anden aftalepart. I praksis vil det dog kunne påvirke den anden parts villighed til at indgå i aftalegrundlaget, hvorfor det kan være fordelagtigt ikke at koncipere fuldstændigt 'vandtætte' kontrakter. Derfor skal denne afhandling belyse, hvordan og i hvilket omfang hardshipklausuler kan anvendes hensigtsmæssigt, når danske virksomheder indgår i aftaler efter dansk ret.

1.2 PROBLEMFORMULERING OG PROBLEMFELT

Når to professionelle parter vælger at indgå en aftale med hinanden, så vil det centrale i aftalen typisk være udvekslingen af økonomiske ydelser og realydelser. Ved aftalens indgåelse må det forventes, at begge aftalparter har en berettiget forventning om en gevinst, når udvekslingen af ydelserne finder sted. Derfor er det almindeligvis også i begge parter interesse, at udvekslingen sker i overensstemmelse med aftalen. Der kan dog være tilfælde, hvor det er særdeles indgribende overfor den ene part at opfylde sin aftaleretlige forpligtelse i aftalen.

Når professionelle parter indgår aftaler med hinanden, så sker det ikke nødvendigvis på jævnbyrdige vilkår, når det kommer til forhandling af kontrakten. Dette kan skyldes mange forhold, hvor den ene part kun anvender standardiserede kontrakter, når den pågældende virksomhed indgår særlige type aftaler. Denne dynamik kan betyde, at virksomheder bør forberede sig på, hvordan de håndterer indgåelsen af aftaler i situationer, hvor de henholdsvis er jævnbyrdige, stærkere eller svagere end den anden aftalpart.

Til trods for den engelske term <Hardship>, så er der med aftalelovens (AFTL) § 36 indsat en bestemmelse, som regulerer netop spørgsmål med hardshipkarakter. Forudsætningslæren, som anvendes sammen med AFTL § 36 er tegn på, at netop denne udfordring allerede er reguleret af lovgiver og domstolene. Dette rejser spørgsmålet, hvorvidt det er nødvendigt eller fordelagtigt at indsætte en hardshipklausul i en kontrakt, når retstillingen allerede reguleret i dansk ret. Dette spørgsmål søges besvaret i denne afhandling ved hjælp af følgende problemformulering:

Anvendelse af aftalen som et strategisk proaktivt Legal risk management-værktøj, herunder i hvilket omfang hardshipklausuler kan anvendes i gældende dansk ret til at risikostyre aftaler mellem professionelle parter.

1.3 AFGRÆSNING AF AFHANDLINGENS RAMME

Almindeligvis skulle man formode, at når denne fremstilling behandler gældende dansk ret, så ville udenlandske retskilder ikke finde anvendelse. Dette er dog kun en delvis sandhed, idet EU-retten er en del af gældende dansk ret, hvorfor denne også vil finde anvendelse i det omfang, som synes

nødvendigt for at besvare problemformuleringen fyldestgørende. Udover EU-retten vil der blive skelet til norske perspektiver omkring hardshipklausuler. Dette er muligt og relevant, netop fordi typen af klausulerne også kan anvendes internationalt. Derfor vil udenlandske perspektiver kunne anvendes, selv om specialet skal belyse danske forhold.¹

I problemformuleringen fremgår det eksplicit, at hardshipklausuler vil være det centrale i denne afhandling, hvorfor andre klausultyper ikke vil blive belyst i denne besvarelse. Det vil dog blive antaget, at læseren har en vis forståelse for dansk ret, hvorfor *Del 3* vil indeholde en overflyvning af almindelig dansk ret. På denne måde dannes der et fælles grundlag for resten af afhandlingen. Grundet afhandlingens praktiskorienterede natur, så vil der dog også blive præsenteret andre løsninger, som ville kunne anvendes til at sikre aftaleparterne i forbindelse med indgåelsen af aftaler.

Afhandlingen koncentrerer sig om at omhandle de overordnede aspekter ved anvendelsen af hardshipklausuler, og vil derfor ikke i detaljeret grad vurdere anvendelsen af disse i forhold til specialretlige forretningsområdets særlige sædvaner. Disse kan dog indgå i vurderingen af anvendelses omfang i praksis, og derved bidrage til forståelsen af effekten af denne type klausuler. De enkelte berørte områder vil enkeltvis kunne omfatte adskillige specialeafhandlinger, hvorfor de i denne afhandling vil blive behandlet for at skabe et overblik og et værktøj for den erhvervsdrivende.

I købelovens (KBL) § 24 reguleres forhold, som aftaleparterne ikke ville have haft mulighed for at forberede sig på og forholde sig til ved aftalens indgåelse, som udløser en tilstand, hvor en aftalepart umuligt kan opfylde sin forpligtigelse, hvorefter hele aftaleforholdet ophæves. Denne force majeure-situation bør have haft sit eget afsnit i denne afhandling. Det har dog ikke været muligt, begrundet i opgavens relativt begrænsede omfang, at indsætte et fyldestgørende force majeure-afsnit. Derfor vil force majeure kun blive beskrevet i forbindelse med hardship, så der skabes en fyldestgørende opdeling af disse situationer, som minder om hinanden, men ikke er ens.

Afhandlingen vil udelukkende behandle aftaleforholdet mellem professionelle parter, hvorfor problemstillingen mellem forbrugere og professionelle ikke vil blive behandlet yderligere. Dette skyldes

¹ (Andersen, et al., 2014) Lærebog i Obligationsret I s. 33

delvist særlige forhold, som stiller forbrugere gunstigere i aftaler end professionelle. Som nævnt ovenfor, er formålet med denne afhandling at skabe en praktisk systematisering og beskrivelse af gældende dansk ret målrettet danske virksomheder, der kunne have en interesse i at anvende hardshipklausuler i fremtidige aftaler. Foruden at afgrænse sig fra forbrugerforhold, så afgrænses afhandlingen også i forhold til aftaler, som falder udenfor formuerettens område. Herunder forstået rent private aftaler, som ikke umiddelbart kan gennemtvinges ved domstolene. Dermed falder disse aftaletyper udenfor aftalelovens anvendelsesområde.

DEL 2: ANVENDT METODE I AFHANDLINGEN

Denne del af afhandlingen har til formål at give læseren indblik i, hvordan afhandlingens metodik er opbygget herunder illustrere, beskrive og begrunde denne. Valget af metode er ofte givet på forhånd i juridiske afhandlinger som denne. Ikke desto mindre danner disse retsdogmatiske overvejelser fundamentet for, hvordan problemformuleringen søges besvaret og samtidig skabe en bevidsthed hos læseren omkring de retsdogmatiske overvejelser, forfatteren har gjort sig i processen. I denne afhandling vil den retsdogmatiske metode blive anvendt som arbejdsmetode til at belyse problemformuleringen, hvor der tilstræbes en vurdering af egnetheden af hardshipklausuler i gældende dansk ret.

2.1 RETSDOGMATISK OG JURIDISK METODE

Den retsdogmatiske metode adskiller sig fra den juridiske metode ved, at den juridiske metode anvendes til at løse en specifik problemstilling (problem + jus = resultat).² Derfor har den juridiske metode en stor betydning, hvis man ønsker at løse et konkret problem, men må vige for den retsdogmatiske metode i en akademisk afhandling. Anvendelsen af den retsdogmatiske metode kan deles op i to grupper af spørgsmål, som forfatteren skal forholde sig til. De spørgsmål og overvejelser, som skal være en del af det akademiske arbejde og de områder, som kan være en del af analysen.

Førend en akademisk afhandling har anvendt den retsdogmatiske metode korrekt, så skal denne analysere og beskrive gældende ret, som nævnt ovenfor. Derudover skal de almindelige retsregler og principper for et retsområde findes og beskrives.³ Dette vil i denne afhandling ske ved at belyse AFTL § 36, almindelige aftaleretlige principper og retspraksis ved ændring af eksisterende aftalevilkår, men også ved at undersøge, hvordan domstolene forholder sig til hardshipsituationer.

Denne afhandling søger at beskrive en praktisk anvendelse af hardshipklausuler, hvilket skal give praktikere en forståelse for, hvordan de kan anvende denne klausultype til aktivt og strategisk at risikostyre deres aftaler. Derfor er en vigtig del af denne afhandling at finde og skabe relevante

² (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 191

³ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 203

perspektiver, som bør overvejes ved anvendelsen af hardshipklausuler ved aftaleindgåelser.⁴ For at kunne skabe og inddrage perspektiver fra nye vinkler, så vil der i denne afhandling blive anvendt kilder i form af artikler, som har en stor værdi i samfundet udenfor det almindelige retskildehierarki, hvilket beskrives i det nedenstående afsnit. Dette skyldes, at der kan være stor forskel på, hvordan teoretikere behandler og beskriver en problemstilling og hvordan praktikere forholder sig til samme problemstilling.

Den retsdogmatiske metode giver mulighed for at beskæftige sig med såvel reelle som hypotetiske problemstillinger. Dette faktum kombineret med, at metoden søger at belyse en juridisk problemstilling betyder, at forskeren ikke skal finde en endelig konklusion. Formålet kan blot være belyse en problemstilling fra forskellige perspektiver, hvorved forståelsen omkring problematikken kan lettes. Når den retsdogmatiske metode anvendes, skal forskeren forholde sig til den samlede viden, denne opnår i sin søgen. Det kan være fristende at udelade eller tillægge synspunkter mindre værdi, hvis de strider imod det tilsigtede resultat af afhandlingen.⁵ Derfor er denne afhandlings problemformulering formuleret således, at der ikke er tale om et rigtigt eller forkert resultat, men derimod blot en beskrivelse og en analyse af anvendelsesmulighederne for hardshipklausuler i dansk ret.

Det er almindeligt, særligt i større og omfangsrige juridiske forskningsopgaver, at anvende udenlandsk ret til at skabe nye perspektiver indenfor danske områder. Dette bliver dog hurtigt særdeles omfangsrigt, hvorfor det stiller store krav til forskeren i forhold til afgrænsning af sin afhandling. Ellers ville afhandlingens omfang hurtigt overstige, hvad der kan anses som værende passende, selv for disputatser.⁶ Udover omfanget af afhandlingen, så risikerer forskeren også, at der medtages for meget unødigt ”støj” i afhandlingen, som kan sløre besvarelsen af problemformuleringen.

Denne afhandlings relativt begrænsede omfang indskrænker muligheden for anvendelsen af udenlandske fortolkninger til at skabe nye perspektiver, men fordi hardshipklausuler er internationalt anvendt, så medtages enkelte udvalgte udenlandske retskilder, fordi de vurderes til at have en stor betydning for forståelsen af klausulens anvendelsesområder.⁷ Disse retskilder omfatter den norske

⁴ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 203

⁵ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 203

⁶ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 203

⁷ Ibid

retsforsker Herman Bruseruds *Hardshipklausuler* og *UNIDROITs principles*. UNIDROIT principles er formuleret meget bredt, fordi de har skullet finde anvendelse i mange forskellige lande med samfundsøkonomiske og kulturelle forskelle. Derfor er der tale om *soft law*, som kendetegnes ved ikke at være retlig forpligtigende, men derimod og fungerer derfor som en rettesnor for modellove og fortolkning.⁸ I denne forbindelse, bør det nævnes, at den danske aftalelov og norske aftalelov er meget tæt på at være identiske, fordi lovgiverne i Norden i dengang ønskede at skabe en ens lovgivning på formuerettens område.

2.2 ANVENDELSE AF RETSKILDER

Retskilder er samlebetegnelsen for de forskelligartede steder, hvor man kan søge og finde svar på juridiske spørgsmål. På samme vis som andre typer af kilder i den akademiske verden, så er der forskellige hierarkier mellem retskilder, hvorefter de må tillægges den rette vægt i en juridisk afhandling. Dette betyder ikke, at kilder med en lavere placering i hierarkiet ikke skal anvendes, men blot, at forskeren skal være opmærksom på dette, når denne belyser en juridisk problematik i en akademisk afhandling.

Mangfoldigheden af retskilder understreges af Alf Ross, som definerer retskilder som "... *indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse...*".⁹ Samtidigt gør Alf Ross det også klart, at der er et retskildehierarki. Dermed introducerede Alf Ross et bredere retskildebegreb end andre teoretikere har valgt at anvende. Derfor vil denne afhandling også omfatte en bredere vifte af kilder og retskilder for at skabe en holistisk forståelse for de praktiske perspektiver af problemformuleringen.

Overordnet kan man opdele retskilder i grupper, som begge er vigtige for at forstå og skabe et overblik over en juridisk problemstilling, som er ønsket ved anvendelsen den retsdogmatiske metode.¹⁰ Anvendelsen af forskelligartede retskilder skal skabe en holistisk forståelse hos læseren af afhandlingen, hvordan forskellige synspunkter og perspektiver beskriver retstilstanden omkring anvendelsen af hardshipklausuler.

⁸ (Andersen, 2016) Enkelte transaktioner s. 20 f.

⁹ (Ross, 1966) Om Ret og Retfærdighed s. 92

¹⁰ (Blume, 2009) Juridisk metodelære s. 60

Indledningsvist må det fastslås, at primære retskilder kendetegnes ved at være af en karakter, som kan håndhæves direkte hos domstolene.¹¹

Øverst i det nationale danske retskildehierarki er Grundloven. Alle love i Danmark skal have hjemmel i Grundloven, fordi de ellers ville være ugyldige. Efter Grundloven i retskildehierarkiet kommer de almindelige love, som bliver vedtaget i Folketinget.¹² Ligesom love skal have hjemmel i Grundloven, så skal bekendtgørelser have hjemmel i en lov. Bekendtgørelser adskiller sig dog fra love ved, at disse kan udstedes af ministre på deres respektive ressortområde, dog adskiller retsvirkningen for borgerne og virksomheder sig ikke fra love.¹³

Modifikationen på, at Grundloven er øverst i danske retskildehierarki, er EU-retten.

Det er meget omdiskuteret, hvorvidt EU-retten har forrang for national ret generelt, men særligt i Danmark. Det er en almindeligt anerkendt grundsætning i dansk ret, at Højesteret principielt altid har ret, idet der er tale om den sidste ankeinstans. Derfor må afgørelser truffet af Højesteret nødvendigvis være rigtige. EU-Domstolen gjorde det dog klart i afgørelsen *Costa mod E.N.E.L*, at EU-retten har forrang over national ret.¹⁴ Dansk lovgivende magt har i tilfælde, hvor Højesteret har været uenig i EU-Domstolens dom, ændret dansk lovgivning, så denne var i overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse. Derfor lægges det til grund for denne afhandling, at EU-domstolens afgørelser finder anvendelse i dansk ret jf. TEU artikel 4. stk. 3

På samme måde som, at der er forskel i retskildehierarkiet, så er der forskel på domme og administrative afgørelser, hvor domme rangerer højere end administrative afgørelser. Derudover er der også et hierarki blandt domme, hvor landsretsdomme er over byretsdomme, og Højesterets domme trumfer landsretsdomme. Denne rangering i domspraksis kaldes *lex superior*, og skal anvendes ved fortolkning af afgørelser.¹⁵ I dette hierarki, hvor danske Højesteretsdomme bør være øverst, kommer EU-Domstolens domme ind fra siden. Disse domme fra EU-Domstolen skaber et vigtigt bidrag

¹¹ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 243

¹² (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 244

¹³ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s.253 f.

¹⁴ C-6/64, *Costa mod E.N.E.L*

¹⁵ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 294 f.

til, hvordan retsstillingen fortolkes i EU's medlemsstater. Derfor bidrager domme fra EU-Domstolen til at nuancere forskellige forhold, som måske er anvendt i større grad i andre lande end i Danmark, og som kan have interesse i en tvist omfattet af danske virksomheder.

I denne afhandling vil anvendte retskilder blive vurderet i forhold til deres indbyrdes retskildemæssige hierarki. I denne afhandling vil *lex posterior*-betragtning blive anvendt i det omfang, at det er relevant at rangere fortolkninger på baggrund af alder.¹⁶ Hver eneste domstolsafgørelse danner grundlaget for den fremtidige fortolkning af lovgivningen. Derfor bidrager alle nye afgørelser indenfor et givent problemfelt til at nuancere domstolenes hidtidige fortolkning af en lov.

I det almindelige retskildehierarki er retssædvanen en retskilde, som befinder sig under henholdsvis lovene og retspraksis. I retslitteraturen er det diskuteret, i hvor høj grad man kan tillade sig at anvende sædvanebetragtninger, fordi disse nødvendigvis skaber en virkelighed, hvor retstilstanden tilrettelægges efter, hvad flertallet af borgere gør og ikke domstolenes fortolkning. Carsten Munk-Hansen beskriver en retssædvane som følgende:

*"... en adfærd, der er fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en opfattelse af at være retlig forpligtet (eller retlig berettiget), skaber en retsregel."*¹⁷

Det må i denne forbindelse nævnes, at der er tale om Carsten Munk-Hansens definition, og at andre retsforskere anvender andre definitioner af retssædvaner. I denne afhandling vil den ovenfor citerede definition af retssædvaner blive anvendt, men hensynene bag retssædvanekriterierne vil tillige blive anvendt ved fortolkningen af almindelige branchesædvaner. Disse har ikke samme retskildemæssige værdi som en retssædvane, men bidrager i høj grad til at skabe forståelse og fortolke særlige kontraktvilkår. I denne definition opstilles fire kriterier førend, der foreligger en retssædvane. Det skal være bredt anerkendt og anvendt over et længere tidsrum under en formodning af, at det er den rette måde at handle på i den pågældende situation. Retssædvanen har i nyere dansk

¹⁶ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 296

¹⁷ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 314

retshistorie fået en mere ubetydelig rolle, hvor domstolene sjældent direkte anvender retssædvanebetragtninger.¹⁸

Som nævnt i indledningen til denne del af afhandlingen, så udgøres primære retskilder af forhold, der umiddelbart kan støttes ret på hos domstolene. En formelt indgået aftale mellem to parter, hvor den ene part har accepteret den anden parts tilbud, tillægges stor vægt hos domstolene, når tvisten i dette aftaleforhold skal løses. Der kan argumenteres for, at aftalen kan udgøre en retskilde mellem parterne, fordi disse kan støtte ret på denne hos domstolene. Dette skyldes, at aftalen skaber en retskilde mellem parterne. Der er dog ikke tale om en retskilde, som kan anvendes af andre borgere, hvis disse skulle stå i en lignende problemstilling, såfremt der ikke er afsagt domme, som kan anvendes til fortolkning.¹⁹ Hvorvidt aftalen er en retskilde er eller ej, er blandt teoretikere meget omdiskuteret, og der blevet skabt to fløje – dem for og dem imod. Uafhængigt af, om aftalen får titel af retskilde eller ej, så bidrager aftalen mellem partnerne som en væsentlig faktor, når en tvist skal løses.

Foruden anvendelsen af love og retspraksis til at fastlægge gældende ret, så vil denne afhandling anvende en ikke ubetydelig mængde sekundære retskilder eller retlige argumenter. Sekundære retskilder er beskrivelser, systematiseringer, analyser og perspektiveringer af gældende ret. Det skal dog bemærkes, at de sekundære retskilder alene angiver forfatterens subjektive opfattelse af retstilstanden på et givent område, og ikke er gældende ret.²⁰ Derfor kan en borger ej heller støtte ret på sekundære retskilder, hvorfor disse alene kan anvendes til nuancere forståelsen af retstilstanden. På samme vis som hos de primære retskilder, så er der også et vist hierarki blandt sekundære retskilder. Dette hierarki er dog ikke så lineært som hos de primære retskilder. Derfor kræver det en større grad af overvejelse og vurdering af den enkelte kildes validitet for forfatteren til juridiske afhandlinger at anvende sekundære retskilder.²¹

¹⁸ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 414 ff.

¹⁹ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 347 ff.

²⁰ (Hansen, et al., 2016) Den juridiske metode 118 ff.

²¹ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 352 f.

I starten af lovgivningsprocessen vil der altid være en fase, hvor der sker forskellige høringer og der modtages input til den kommende lov fra forskellige vinkler. Udover denne fase, hvor der indsamles forskellige perspektiver på en problemstilling, så vil der være en fase, som har til formål at begrunde og beskrive problematikken, der søges løst med den pågældende lov. Denne type af formålsbeskrivelser af den kommende lov kaldes forarbejder. Forarbejderne giver et værdifuldt fortolkningsbidrag, når lovgivers hensigt og motivation til lovteksten skal findes, men der er ikke tale om en selvstændig retskilde.²² Derfor bruges de ofte, når der er uklarheder omkring, hvordan den pågældende lovtekst skal fortolkes i overensstemmelse med lovgivers ønske ved lovens vedtagelse. Denne fortolkningsform er der en særlig tradition for i den nordiske lovforklningstradition.²³ I denne afhandling vil forarbejderne i særdeleshed finde anvendelse, når lovgivers hensigt med aftalelovens § 36 skal undersøges for derved at kunne fastlægge gældende ret.

Retslitteraturen er en diffus retskilde, idet den kan variere meget i validitet fra kilde til kilde, fordi forfatterens subjektive forståelse og vurdering af det retlige område gengives. En forsker kan, selv om det tilstræbes, ikke skabe den objektive 'sande' forståelse af retsområdet, som dommerstanden kan. Dette skyldes, at forskeren ikke har den formelle legitimitet til at fastlægge retstilstanden. Dette betyder dog ikke, at retslitteraturen ikke er essentiel for forståelsen af gældende ret. Forskeren har sædvanligvis beskæftiget sig indgående med emnet, og har dermed opbygget en signifikant mængde af retlig evidens, som underbygger forskerens konklusioner i dennes værker. Det må derfor erkendes, at desto mere retspraksis der anvendes, desto højere retskildeværdi har det pågældende stykke retslitteratur.²⁴

Vurderingen af den retskildemæssige værdi af retslitterære værker kan volde udprægede problemer, idet grænserne er flydende. Derfor må vurderingen af den retskildemæssige værdi altid bero på det enkelte værk og dets systematisering af gældende ret. Det i denne afhandling anvendte retslitteratur bidrager til at belyse forskellige aspekter i retstilstanden, hvorfor værker med en formelt lavere retskildeværdi kan finde anvendelse. Derfor finder retslitteraturen sin største

²² (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 347

²³ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s.247

²⁴ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 346

berettigelse ved videnskabelige afhandlinger, når forskeren prøver at belyse en problemstilling fra forskellige perspektiver.²⁵

Som beskrevet i indledningen, så søger denne afhandling at undersøge, hvordan og i hvilket omfang danske virksomheder kan og bør anvende hardshipklausuler. Fordi denne afhandling tilsigter at have en praktisk karakter, vil der både blive anvendt akademiske artikler skrevet af forskere og for at belyse de praktiske aspekter i anvendelsen af hardshipklausuler, vil der også blive anvendt artikler af praktikere på området. Anvendelsen af ikke akademiske artikler er ikke uden risiko for, at det videnskabelige niveau i afhandlingen daler, dog må det i denne sammenhæng vurderes, at individuelle vurderinger af de enkelte artikler vil være tilstrækkeligt. Denne vurdering vil bero på mediet og konteksten artiklen er udgivet i, og navnligt forfatterens faglige ophav. På denne måde søges en større forståelse for retsområdet uden at den retlige argumentation udvandes.

2.3 ANVENDTE FORTOLKNINGSPRINCIPPER

En væsentlig del af analysen i den retsdogmatiske metode er fortolkningen af de forskellige anvendte kilder. Denne afhandlings formål er skabe et redskab for anvendelsen af hardshipklausuler hos praktikere omfattet af gældende dansk ret. Derfor vil de anvendte fortolkningsprincipper tilsigte at skabe en akademisk afhandling, som kan anvendes af praktikere. Forinden de anvendte fortolkningsprincipper præsenteres, så skal det gøres klart, at der grænserne mellem fortolkningsprincipperne er slørede og overlappende.²⁶

Ofte anvendes ordlydsfortolkningen som det indledende fortolkningsprincip, når der opstår tvivl om forståelsen af et givent område.²⁷ Det må anses som værende det første skridt, når en lovregel eller en aftale skal fortolkes. Når ordlydsfortolkning konsekvent anvendes som et led i fortolkningen, skyldes dette, at man ønsker en ensartet fortolkningsteknik. Ordlydsfortolkningen anvendes ikke kun for at opnå ensartet indledende fortolkningsteknik, men også fordi, at det vil være usandsynligt at tolke på lov eller en aftale uden at tillægge ordlyden nogen relevans. Dette begrundes blandt andet i retssikkerhedsprincippet om muligheden for at forudsige retstilstanden på et givent område.

²⁵ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 347

²⁶ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 288.

²⁷ (Evald, 2020) Juridisk teori, metode og videnskab s. 51 f.

Ordlydsfortolkning retter sig mod det centrale formål med at fortolke – at finde ud af, hvad reglen eller aftalen mener.²⁸

Foruden ordlydsfortolkning, så vil den teleologiske fortolkning, også kaldet formålsfortolkning, blive anvendt.²⁹ Den teleologiske fortolkning kan opdeles i både objektiv og subjektiv fortolkning af loven eller aftalen. Denne type af fortolkning koncentrerer sig ikke om selve ordlyden af reglen eller aftalen. Den retter sig nærmere mod, hvad hensigten har været, da reglen eller aftalen blive udformet. Dette dækker over, hvad man må rimelighed antage, har været formålet med reglen. Dette er en hyppigt anvendt måde at fortolke på. Derfor vil forarbejderne til en lov sammen med andre undersøgelser forud for tilblivelsen kunne inddrages, når man fortolker på en pågældende lov eller aftale. Når forarbejderne anvendes, så gøres der brug af det subjektive teleologiske fortolkningsprincip.³⁰

Den objektive fortolkning sker, hvis man fortolker loven eller aftalen med henblik på, hvordan den ville fortolke sig selv på baggrund af dens indhold. Dette kunne være tilfældet i situationer, hvor formålet med en lov er skrevet ind i én af de indledende paragraffer.³¹

2.4 AFHANDLINGENS STRUKTUR

For at skabe et passende flow i læsningen og forståelsen af afhandlingen, så er denne inddelt i 5 dele, samt en afsluttende 6. DEL, som ender med at skabe en nuanceret og afbalanceret besvarelse af den i DEL 1 bestemte problemformulering.

Som netop berørt i det indledende afsnit, så er ét af formålene med DEL 1 i afhandlingen, at problemformuleringen præsenteres sammen med en beskrivelse af, hvorfor netop hardshipklausuler er relevante i dansk ret. På samme måde, som der i DEL 1 beskrives, hvorfor netop denne problemformulering er interessant og relevant, så beskrives der også, hvor der af hensyn til afhandlingens omfang og røde tråd er afgrænset, idet det ville kunne ske, at opgaven bevæger sig for langt fra indhold, som besvarer problemformuleringen.

²⁸ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 281

²⁹ (Evald, 2020) Juridisk teori, metode og videnskab s. 51f.

³⁰ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 282 f.

³¹ (Hansen, 2018) Retsvidenskabsteori s. 288 f.

I DEL 2 vil den metodiske gennemgang blive præsenteret, og hvordan den retsdogmatiske metode vil blive anvendt til at besvare netop denne problemformulering, herunder vil anvendelsen af forskelligt artede kilde ligge til grund for besvarelses varierende omfang. Formålet med DEL 2 er derved at klarlægge og understøtte den forskningsmæssige og akademiske validitet af denne afhandling.

For at danne et grundlag for, hvordan hardshipklausulerne anvendes i dansk ret, så vil der i DEL 3 blive støbt et fundament af lovgivningsmæssige reguleringer af denne type problemstillinger. Dette omfatter også almindelige principper og andre forhold, som almindeligvis gør sig gældende, når aftaler er omfattet af dansk ret.

DEL 4 danner grundlaget for besvarelsen ved at beskrive hardshipklausuler og redegøre for anvendelsen af disse i almindelige aftaler indgået mellem professionelle parter. Der vil i dette afsnit også blive analyseret på, hvordan hardshipklausuler med fordel kan anvendes ved aftalens indgåelse med henblik på proaktivt at minimere risikoen for ubehagelige og bekostelige overraskelser, hvis noget forudset skulle påvirke aftalen. DEL 4 vil dermed være den afgørende del af afhandlingen, når det gælder direkte besvarelse af problemformuleringen.

Den afsluttende Del 5 vil indeholde en sammenfatning af afhandlingens delkonklusioner og en perspektivering, hvor der vil blive perspektiveret til andre muligheder, som kan anvendes af virksomheder, som ønsker at risikostyre deres aftaler yderligere end blot ved anvendelse af hardshipklausuler.

For at lette den i DEL 2 beskrevne forskningsmæssige validitet af denne afhandling, så er der i DEL 6 indsat en litteraturliste. Litteraturlisten indeholder et overblik over den nøjagtige litteratur anvendt til besvarelsen af afhandlingens problemfelt. For at skabe overskuelighed i litteraturlisten, så vil denne liste de anvendte kilder alfabetisk efter forfatterens efternavn.

DEL 3: ALMINDELIGE REDUCERBARE RISIKOMOMENTER

3.1 HISTORISK PERSPEKTIVT

Som i indledningen beskrevet, sejlede vikingerne ud i verden og handlede. Disse handler må nødvendigvis have været baseret på en eller anden form for bindende aftalegrundlag. Endnu før vikin- gernes tidsalder skabte og anvendte romerne aftaleretlige principper. Herunder *pacta sunt ser- vanda*, som stadig danner grundstenen i moderne aftaleret. Aftaler er bindende for dem, som har indgået dem.³² Man har ønsket at skabe en orden, hvor man kan stole på, at aftaler bliver overholdt af de parter, som har indgået disse. Derfor må det nødvendigvis også have juridiske konsekvenser, såfremt man ikke opfylder sin del af forpligtigelsen. Det er en nødvendighed, hvis et moderne sam- fund skal kunne fungere, idet det skaber tillid mellem parterne, som kan indrette andre dele af deres virke på baggrund af den første aftale. Om nødvendigt kan et sådant krav gennemtvinges hos dom- stolene, hvilket danner grundlaget for tilliden mellem partner og sikkerhed i planlægning på bag- grund af aftalen.³³

Denne grundsætning blev dog først formelt en del af dansk ret med Christians d. 5. *Danske Lov af 1683*. I Danske Lov 5.1.2. fastslår lovgiver, at aftaler binder aftalepartnerne, hvis ikke en række ugyldighedsgrunde kan gøres gældende: ”Alle Contracter, som frivilligen giøris af dennem, ... som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saa som de indgangne ere”.³⁴ Formuleret på anden måde, men stadig gældende og indeholdende esensen af DL 5.1.2. er den før- ste sætning i AFTL § 1.³⁵ Den nuværende danske aftalelov blev vedtaget i 1917, og er løbende blevet reguleret af en række bekendtgørelser. Den udspringer af et ønsket om ens love i Norden. Det endte med at være tilfældet for enkelte love, men arbejdet med fælles nordiske love blev indstillet igen. Ikke desto mindre, så minder den norske aftalelov meget om den danske.³⁶

³² (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 14

³³ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 16

³⁴ Danske Lov 5.1.2.

³⁵ Aftaleloven § 1, 1.pkt

³⁶ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 54

3.2 GENERELT OM RISIKO I KONTRAKTER

I denne afhandling er det primært anvendte begreb 'aftale', når et bindende retsgrundlag er blevet skabt mellem to parter ved accepten af gyldigt tilbud. Udtrykket 'kontrakt' kunne have været anvendt i stedet, fordi begge begreber udtrykker den samme retstilstand.³⁷ Aftale-begrebet må dog anses som værende mere omfattende, idet den almindelige sproglige forståelse også omfatter mundtlige aftaler. Den mundtlige aftale er lige så gyldig som den skriftlige, hvilket også var tilfældet i Danske Lov 5.1.1, dog kan den menneskelige hukommelse have udfordringer med at huske lange og detaljerede forhold. Derfor kan det være tilrådeligt, at komplicerede og indholdsmæssigt lange aftaler fastholdes skriftligt.

Modsat ordet 'aftale', så vil det naturligt antages, at der ved en kontrakt foreligger en formaliseret skriftlig aftale. Dette betyder ikke nødvendigvis, at der er tale om langt dokument.³⁸ Kontrakter udgør derfor et væsentligt grundlag til at skabe klarhed og overblik over, hvad parterne rent faktisk har aftalt af respektive forpligtigelser. Dermed er kontrakten også et centralt værktøj ved konflikter, idet den også regulerer risikofordelingen mellem aftaleparterne. I erhvervsforhold indgås aftaler med det formål at tjene virksomheden, hvorfor den ene part typisk skal tilvejebringe et produkt og den anden skal give en økonomisk modydelse. Denne generalisering udelukker ikke aftaleforhold med andre typer af ydelser. Den type aftaler, hvor begge parter skal levere en ydelse, kaldes gensidigt bebyrdende aftaler.³⁹ Ensidigt bebyrdende aftale som gaver o. lign. uden modydelse, vil givetvis sjældent forekomme i professionelle forhold og vil ikke blive behandlet i denne afhandling.

I almindelighed bør en aftale mellem to professionelle parter indeholde en række 'kapitler', som hjælper partnerne med at forholde sig til en række forhold. Dette kan hjælpe parterne, så der ikke sker forglemmelser ved aftaleindgåelsen. Det kan samtidigt på forhånd mildne eventuelle fremtidige konflikter senere i partnernes forhold. Det følgende er blot overordnede overvejelser, som kan være en del af en aftale: beskrivelse af aftalen, aftaleparterne, geografisk opfyldelse, beskrivelse af

³⁷ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 19 f.

³⁸ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 17

³⁹ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 18

det centrale i aftalen, tidsfrister samt definitioner på særlige forhold i aftalen.⁴⁰ Parterne vælger dog selv, hvordan aftalen skal udformes, og hvad indholdet af denne skal være.

Som nævnt ovenfor, skal aftalen danne klarhed og overblik over forpligtigelser, rettigheder, gevinster og alle andre forhold vedrørende aftalen. Dette er essentielt for at aftaleparterne kan indrette sig på aftalen i deres daglige virke. Det kan være stor usikkerhed for aftaleparterne, hvis deres aftalegrundlag er konciperet på en sådan måde, at denne kan ændres af domstolene, fordi aftaleparterne ikke har mulighed for at indrette deres virke på disse ændringer. Derfor vil en stor del af det kommende kapitel handle om, hvordan aftaler helt eller delvist kan tilsidesættes af domstolene, hvilket giver en usikkerhed for, hvordan aftaleforholdet vil se ud efter domstolenes regulering.

3.2.1 AFTALEFRIHED – Partsautonomien

I 2022 gælder de samme principper, som blev introduceret i Danmark i Christian d. 5. Danske Lov 5.1.2: *"... som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saa som de indgangne ere."* En aftale, som er indgået på almindelige vilkår mellem to myndige parter, er bindende. Deri ligger dog også, at aftaleparterne kan aftale, hvad de ønsker blot det ikke strider imod formålet i DL 5.1.2. Derfra kan udledes, at Danske lov 5.1.2. giver professionelle parter frihed til at handle på den måde, som understøtter deres forretning bedst. Dette omfatter både frihed til at vælge, hvem den anden aftalepart er eller hvad aftalen kan indeholde.⁴¹ Derfor er aftalefriheden også med til at skabe en frihed for menneskerne i et moderne samfund med konkurrencefrihed. I dag er aftalefriheden en almindelig retlig grundsætning i Danmark.⁴² Denne frihed til at vælge indholdet af aftalen betyder også, at aftaleparterne kan undlade at tage stilling til forhold i aftalen. I disse tilfælde vil lovgivningen, retspraksis og sædvaner typisk blive anvendt til at fortolke aftalen, hvis der opstår tvister mellem aftaleparterne.

På trods af, at aftalefriheden har været en del af dansk ret siden 1683, så er der dog enkelte undtagelser, som begrænser aftalefriheden. Disse undtagelser findes på områder, hvor lovgiver har

⁴⁰ (Werlauff, 2013) Kontrakter s. 45 ff.

⁴¹ (Andersen, 2015) Grundlæggende aftaleret s. 34

⁴² (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 18

ønsket at beskytte samfundet.⁴³ Dette omfatter en række forhold, hvis man udøver finansiell virksomhed. Konkurrencelovgivningens god skik-regler skaber også nogle situationer, hvor aftalefriheden indskrænkes. Dette indtræffer, hvis virksomheder ønsker at indgå aftaler, som hæmmer den frie konkurrence. Dette kunne eksempelvis være, hvis markedsdominerende virksomheder ønsker at indgå aftaler med hinanden. Der, hvor der ikke foreligger nogen afgrænsende lovgivning, er der ingen restriktioner for aftalefriheden.⁴⁴

Friheden til at indgå aftaler med hvem man ønsker, blev skabt i Danske Lov i 1683. Den gav modsat også frihed til at afslå aftaler, hvis man ikke ønskede at indgå en aftale med den pågældende modpart. Der er dog enkelte undtagelser til dette udgangspunkt. Disse undtagelser bærer præg af at være indsat af lovgiver for at sikre borgerne. Dette omfatter eksempelvis den lovpligtige ansvarsforsikring, når man ejer en bil, jf. færdselsloven §§ 105-108. Et andet eksempel med udgangspunkt i et lignende beskyttelsehensyn er, så skal en arbejdsgiver sørge for, at der er en arbejdsskadeserstatningsforsikring for medarbejderne, jf. arbejdsskadesikringsloven § 53.⁴⁵ Ikke kun har lovgiver i disse to eksempler skabt en aftalepligt, men også foreskrevet dele af indholdet i disse aftaler.⁴⁶

3.2.2 RISIKOFORDELINGEN I AFTALEFORHOLDET

Hovedreglen ved indgåelse af bindende aftaler efter dansk ret er, at der er en risiko, som man er villig til at påtage sig, hvis aftalen ikke opnår den ønskede gevinst. Der er i denne forbindelse kun tale om omstændigheder eller forhold, som kan åbenbare sig efter at aftalen er blevet indgået mellem parterne: Priser stiger og priser falder, nogle gange inden for, hvad der forventeligt på det pågældende område, og andre helt ud proportioner. Denne handelsrisiko er en naturlig del af, at man indgår aftaler. Der er bred enighed, både i retsteorien og -praksis, at tabet på en eventuel risiko skal dækkes hos den aftalepart, som måtte opleve tabet, hvis andet ikke er aftalt i aftaleforholdet. Dette skyldes, at den som oplever tabet, typisk har været den nærmeste til at forebygge tabet.⁴⁷

⁴³ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 184

⁴⁴ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 19

⁴⁵ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 19

⁴⁶ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 13 f.

⁴⁷ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 293

Forebyggelsen af tabet kan ske ved at fastholde faste priser hos andre leverandører eller tegne forsikringer for at nedbringe risikoen. Begge nævnte eksempler vil typisk ikke kunne varetages af den anden aftalepart. Fordelingen af begrundes i, at aftaleparterne har kendt og accepteret risiciene, såfremt at aftalen ikke ville skabe den ønskede gevinst. Dermed hjælper først *pacta sunt servanda*, Danske Lov 5.1.2. og aftaleloven § 1 med at placere risikoen i tilfælde, hvor aftaleparterne ikke har forholdt sig til denne i aftalen. Aftalefriheden giver parterne mulighed ved aftaleindgåelsen at placere risikoen hos den ene eller anden part i større eller mindre grad.

Risikofordelingen i aftaleforholdet bør altid prioriteres højt under forhandlingen, idet det kan blive et afgørende punkt, hvis aftalen ikke ender med den ønskede gevinst. Dette kan i sagens natur være svært at forudsige, hvis der er tale om en risiko, som aftaleparterne ikke kendte til ved aftaleindgåelsen. Derfor bør parterne under forhandlingen opgøre eller anslå ydelsens værdi og det potentielle tab. En sådan estimering kan hjælpe aftalepartnerne med at ende tvisten, så de kan komme videre på en mindelig måde og måske handle sammen igen, og derved skabe en økonomisk gevinst.⁴⁸

Indgåelsen af nye aftaleforhold mellem parterne kan blive kompliceret, hvis de har indbragt en tidligere tvist for domstolene. Derfor kan parterne med fordel i aftaleforhandlingen forholde sig til, hvordan de ønsker at forebygge eventuelle konflikter. Aftaler parterne, at den ene skal bære en større del af risikoen, hvis der skulle opstå et uforudset tab, så bør dette honoreres med andre fordelagtige vilkår i aftalen. Eksempelvis en ændret prissætning, længere frister etc.

Det kan være med til at skabe den sikkerhed, som skal til, for en betænkelig aftalepart tør indgå aftalen. Det bør altid holdes for øje i forhandlingssituationen, at risikoen for at aftalen ikke bliver opfyldt i overensstemmelse med aftalegrundlaget, er undtagelsen til udgangspunktet, om at begge parter afslutter aftalen til begges tilfredshed. Derfor kan modpartens velvillighed til at påtage sig risikoen være med til at skabe en tillid mellem aftalepartnerne i almindelighed, så aftalen kan indgås.⁴⁹

⁴⁸ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 31

⁴⁹ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 534

Såfremt parterne aftaler, at den ene part skal bære risikoen i deres aftaleforhold, så har denne part ikke mulighed for at rette retskrav mod den anden aftalepart. Der foreligger dermed ikke et erstatningsansvar for modparten i aftalen.⁵⁰

3.2.3 PARTERNES INTERNE STILLING

I sagens natur vil der i mange professionelle aftaleforhold være én af parterne, som har en større interesse i handlens opfyldelse, har større tyngde, mere prestige, essentielle ydelser eller lignende, som gør det nærliggende at formode, at aftaleparternes position fra begyndelsen ikke er jævnbyrdig. Dette misforhold mellem parternes interne stilling kan skabe situationer, hvor den svage ikke har meget forhandlingsgrundlag, bortset fra at kunne acceptere den stærke parts vilkår. Disse vilkår kan dog variere hos den stærke aftaleparts aftalepartnere, hvorfor der i denne afhandling ikke vil blive behandlet såkaldte 'massekontrakter'.⁵¹

I dansk ret tillægges erhvervsdrivende, som beskrevet i afsnit 3.2.1, en stor grad af handlefrihed, når det gælder deres forretningsførelse. Derfor bærer erhvervsdrivende også et større ansvar og risiko, når de indgår aftaler, fordi de må forventes at have gjort sig nøjere overvejelser end den almindelige forbruger. Derfor risikerer erhvervsdrivende at være bundet af aftaler, som ikke umiddelbart forekommer rimelige. Domstolene har dog sat grænser for, hvor langt dette ansvar kan strækkes. Dette var tilfældet i U 1985.334 H, som er beskrevet nedenfor i afsnit 3.2.8.2, hvor Højesteret lagde et større ansvar hos IT-udvikleren, som skulle lave et nyt IT-system til en tekstilfabrikant. Dette begrundes af Højesteret i, at IT-udvikleren burde kunne have set, at udviklingen ville være blevet markant dyrere end aftalt tidligere.

Udfordringer kan opstå, når aftalepartnerne bruger meget tid og kapacitet på at forhandle aftalens indhold fx pris, styktal, leveringsdato eller andre forretningsmæssige dispositioner. Disse vilkår kan betegnes som aftalens hovedvilkår eller *main terms*, og må formodes at være områderne, som primært beskæftiger aftalepartnernes forhandlere i deres daglige virke. Det er det, som populært

⁵⁰ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 293

⁵¹ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 400

betegnes som 'det med småt', *the details* eller standardbetingelser for aftaleindgåelse, som typisk omfatter områder som: værneting, lovvalg, konfliktløsning, opsigelsesvilkår o. lign., der ofte ikke forhandles under aftaleindgåelsen.⁵² Det er dog denne type af vilkår, som særligt bidrager med at nedbringe risikoen og regulere risikofordelingen mellem aftaleparterne. I det følgende afsnit om *The battle of forms* vil én problemstilling i forbindelse med denne uopmærksomhed på aftalepartnernes standardvilkår blive belyst.

Som nævnt i afsnittet ovenfor, så må det antages, at udvalgte aftalevilkår er genstand for større eller mindre grad af forhandlingen. Nogle vilkår kan blot blive accepteret, hvorimod udformningen af andre har stor betydning for begge parter. Derfor kan disse naturligvis også være genstand for intense forhandlinger mellem aftaleparterne, som potentielt kan lede til at aftalen slet ikke indgås mellem disse. Derfor kan disse forhandlinger også føre til situationer, hvor aftalevilkår bliver accepteret med vidtgående forpligtigelser, som umiddelbart forekommer meget bebyrdende for den ene aftalepart. Er sådanne omfangsrige forhandlinger om aftalevilkår foretaget med den nødvendige faglige eller juridiske bistand, så kan de, selvom de umiddelbart forekommer urimelige eller strenge, vurderes som værende rimelige på baggrund af ræsonnementet i rimelighedsbetragtningen i AFTL § 36, idet det må antages, at den bebyrdede part har fået fordele andre steder i aftalen, som kan begrunde accepten af strenge aftalevilkår andre steder i aftalen.⁵³

Fra branche til branche kan der forekomme store variationer af, hvad der måtte forekomme rimeligt eller urimeligt efter branchernes særegne sædvaner.⁵⁴ Disse sædvaner eller traditioner er typisk opstået igennem årrækker, hvor folk inden for samme branche eller brancher, som er knyttet nært til hinanden, har udviklet forskellige forretningskutymen igennem et løbende forhold mellem hinanden. Denne opståen kan i sin enkelthed og billedeligt beskrives som udviklingen af en retssædvane med den definition, der ligger til grund for retssædvaner i denne afhandling, som er citeret i afsnittet omkring retskilder i DEL 2. Der er dog tale om en branchesædvane og ikke en retssædvane. Netop, fordi aftaleparterne ofte indgår i den samme type af aftaler på samme vilkår, så opstår sædvaner,

⁵² (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 226

⁵³ (Andersen, 2015) Grundlæggende aftaleret s. 482

⁵⁴ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 240 f.

fordi disse blandt andet bidrager til at lette aftaleindgåelsesprocessen mellem parterne.⁵⁵ Dermed sparer aftaleparterne tid og får mulighed for at have et enklere overblik over aftalen.

Begrundet i aftaleparternes indgående og koncentrerede forhandlinger, må det som udgangspunkt antages, at der er en grad af jævnbyrdighed mellem parterne. Såfremt aftaleparterne ikke havde haft denne jævnbyrdighed, så havde de indgående forhandlinger næppe været nødvendige. Derimod har domstolene ved gentagende lejligheder begrænset aftaler, hvor domstolene har fundet, at den ene part havde anvendt sit overlegne styrkeforhold til at presse den anden aftalepart til at indgå en aftale, som på baggrund af AFTL § 36 rimelighedskriterium blev dømt urimelig. Det må i denne sammenhæng nævnes, at der i denne afhandling ikke inddrages aftalelovens ågerbetragtninger, men kun urimelighedskriteriet i AFTL § 36. Ågerbetragtninger omhandler kun forhold forud for aftaleindgåelsen.

I *U 2009.2800 SH* Sø- og handelsretten, hvor to parter indenfor samme branche, hvorved der må formodes en vis hensyntagen til branchesædvaner i vurderingen, havde indgået et aftalevilkår, som fandtes urimelig på baggrund af AFTL § 36. Dette skyldtes, at der blandt andet i aftalen indgik en konkurrenceklausul uden modydelser, og at denne konkurrenceklausul var et ufravigeligt krav for aftaleindgåelsen. Dermed fandt Sø- og Handelsretten, at den ene aftalepart havde udnyttet den andens afhængighed af aftalen til en sådan grad, at dette var urimeligt ifølge AFTL § 36.⁵⁶

3.2.4 THE BATTLE OF FORMS

Standardvilkår og almindelige forretningsbetingelser: Denne type standardiserede vilkår kan blive anvendt under mange navne og igennem mange forskellige kanaler på fakturaer, ordrebekræftelser o. lign. *The battle of forms*-problemstillingen opstår, når begge parter i aftalen påberåber sig deres standardvilkår, idet de mener, at deres vilkår bør være de gældende på baggrund af, at de sendte deres først, eller sendte deres som det sidste. Et tilbud anses som værende bortfaldet og erstattet med et nyt, hvis dette modificeres, jf. AFTL § 6, stk. 1. Ved en bevidst eller ubevidst ændring af tilbuddet ved at tillægge det andre standardvilkår end i det oprindelige tilbud, så bliver der tale om

⁵⁵ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 126

⁵⁶ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 482 f.

et nyt tilbud og ikke en accept af det oprindelige tilbud. Et eksempel, hvor hurtigt en sådan problemstilling kan opstå, er at en email, hvori der er et fremhævet link til de almindelige forretningsbetingelser anses som værende inkorporeret i aftalen.⁵⁷ I dette tilfælde må det være op til domstolene at fortolke, hvornår et link har været fremhævet tilstrækkeligt.

Hvis den accepterende part ikke er sig det bevidst, at denne ændrer det oprindelige tilbud, så ændres dette stadig, hvorefter den oprindelige tilbudsgiver uden ugrundet ophold skal give meddelelse herom, jf. AFTL § 6, stk. 2. The battle of forms-problematikken opstår, hvis denne undlader at gøre noget ved det ændrede vilkår. Dette tilfælde behandles ikke af AFTL § 6.⁵⁸ Når begge aftaleparter er af den opfattelse, at netop deres standardvilkår bør gælde, er der tre løsninger på denne problematik: *First blow, last shot eller knockout*.

Last shot minder om reglerne i AFTL § 6, stk. 2, dog antager denne løsning, at aftaleparterne rent faktisk har læst dokumentet med standardvilkårene, hvilket ikke var tilfældet i den ovenfor beskrevne problematik. *First blow* er inspireret af udenlandsk ret, herunder UCC art. 2-207, hvor de først fremsendte standardvilkår er de gældende.⁵⁹ Da det alene er tidsfaktoren, som er det udslagsgivende, så kan denne måde at løse problematikken virke tilfældig. I *U 2000.2280 H* anvendte Højesteret denne systematik, dog med den afvigelse fra UCC-betragtningen, at parterne havde diskuteret bilaget, hvorfor der ikke var tale om uvidenhed om dette.

Den mest mindelige løsning på denne problematik, hvilket vil være at foretrække, idet aftaleparterne har indgået aftalen for at skabe en økonomisk gevinst sammen, er i retslitteraturen antaget at være *knockout*.⁶⁰ Det vil ofte være i begge parter interesse, at problematikken løses, så de i fremtiden også vil indgå, handler med hinanden. Billedligt talt, så bliver begge parter standardvilkår ophævet af hinanden, altså knockout de hinanden. Derefter vil problemstillingen blive løst ved hjælp af baggrundsretten, sædvaner, parternes forudsætninger og de dele af standardvilkårene, som var ens ved aftaleindgåelsen.⁶¹ Denne metode anvendes i moderne tid ikke kun hos domstolene

⁵⁷ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 394 f.

⁵⁸ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 226

⁵⁹ Uniform Commercial Code art. 2-207

⁶⁰ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 227 f.

⁶¹ Ibid

i Danmark, men er også en del af UNIDROIT-principperne.⁶² *Knockout*-løsningen understøttes af transaktionshensynet og den mere teoretiske gyldighedsregel, som begge søger en gennemførelse af aftalen, idet det var i parternes indledende interesse for at skabe en øget værdi sammen.⁶³

3.2.5 KONCIPISTREGLER OG ANSVARFRASKRIVELSER

Koncipist- eller uklarhedsreglen i gældende dansk ret udspringer på samme vis som reglen om bindende aftaler fra romerretten, hvor *in dubio contra stipulatorem* også gjaldt. Grundlæggende bygger concipistreglen på ønsket om at beskytte den part af aftalen, som ikke har conciperet denne.

Det kan være fristende for den, som conciperer aftalen, at indsætte en lang række ansvarsfraskrivelse og andre vilkår, som sikrer dennes virksomhed bedst muligt. Dette er en naturlig del af risikostyringen ved aftaleindgåelsen for den conciperende part. Denne ret til at concipere og acceptere ansvarsfraskrivelse er lige så fri som retten til at indgå aftaler i almindelighed.⁶⁴ Udnytter concipisten denne deklaratoriske mulighed for at skabe et aftalegrundlag, som overvejende er til dennes fordel i større eller mindre grad, så risikerer denne, at ansvarsfraskrivelse kan ændres eller helt eller delvist blive ophævet af domstolene. Derfor kan en aftale, som er conciperet til at være 'vandtæt', åbne op for nye risici, idet concipisten ikke kan være sikker på, hvordan en domstol vil fortolke aftalen. Dermed skabes der potentielt en situation, hvor den aftale, som skulle sikre concipisten, skaber en usikkerhed. Concipisten har kontrol og indsigt i alt indholdet i aftalen. Derfor følger også ansvaret for aftalens indhold og dermed risikoen for tvetydigheder i aftalen med, hvor den almindelige regel i Danmark er, at ved tvetydige kontrakter fortolkes der imod concipisten.⁶⁵

Det skal i denne sammenhæng nævnes, at aftalevilkår, som adskiller sig signifikant fra sædvanlig handlemåde i branchen eller er særligt byrdefulde, bør fremhæves i aftaleteksten. Aftalevilkåret bør ikke blot fremhæves, men også formuleres særlig klart og utvetydigt, idet det afviger fra den almindelige handlemåde mellem parterne. Concipisten kan i tilfælde, hvor et aftalevilkår er særligt markeret eller uklart formuleret, risikere at dette kan tilsidesættes af domstolene.⁶⁶ Idet concipisten

⁶² UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS art. 2.1.22

⁶³ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 384 f.

⁶⁴ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 427 f.

⁶⁵ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 373 ff.

⁶⁶ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 243

ikke kan forlade sig på, at et sådant vilkår vil kunne stå ved magt hos domstolene, skaber dette et potentielt usikkerhedsmoment for denne.

Beskyttelsen kan eksempelvis finde anvendelse på standardvilkår, hvor den ene aftalepart ikke har ønsket at fravige sine egne, ved ulige magtpositioner ved aftaleindgåelsen, men også ved mange andre forhold, hvor en modpart har konciperet aftalen.⁶⁷ Dette knytter sig også til aftaleparten, som anvender aftalen som sin egen, hvilket dermed også omfatter aftaler konciperet af dennes advokat. Dette begrundes i hensynet til modparten, hvor aftalens retsvirkning er den samme overfor modparten. Højesteret fandt i *U 2005.2438 H (se dommen i afsnit 3.2.5.1)*, at standardvilkår konciperet af en brancheorganisation ikke kunne fortolkes lige så strikt imod den aftalepart, som anvendte disse. Litteraturen foreslår i disse situationer, at fortolkningen af vilkårene skal være med det formål at få det rimeligste resultat.⁶⁸

3.2.5.1 U 2005.2438 H

Dommen omhandler en situation, hvor en speditør havde hyret et fragtfirma til at transportere noget gods fra Jylland til Sjælland. Imellem sig havde speditøren og fragtmanden indgået en aftale på baggrund af standardvilkårene i NSAB (Nordisk Speditørforbunds Almindelig Bestemmelser), som er en standardaftaleformular for denne type transporter. Transporten strakte sig over en weekend, hvor fragtmanden havde parkeret anhængerens i en indendørs terminal i et øde industriområde, som almindeligvis også blev brugt af fragtmanden i sådanne situationer. Der var ca. 60 forskellige personer med nøgler til terminalen, og ingen overvågning eller alarm. I løbet af weekenden blev dele af godset stjålet fra anhængerens, og terminalen forefundet ulåst. I standardvilkårene i NSAB var der en omfattende ansvarsbegrænsning, så fragtmanden ikke kunne gøres ansvarlig for skader eller bortkomst af godset ved simpel og grov uagtsomhed.

Sø- og Handelsretten fandt forholdene i terminalen *”lidet betryggende og udtryk for en sådan mangel på professionel fragtføreradfærd, at bortkomsten må anses forvoldt ved grov uagtsomhed”* i særdeleshed, fordi der før var sket tyverier af tøj fra lastbiler i netop denne terminal, og fordi den

⁶⁷ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 239 f.

⁶⁸ Ibid

generelle sikkerhed var uden alarm, overvågning og med mange personer med adgang i et ødekvarter. Netop fordi der har været tyverier tidligere mente SØ- og Handelsretten, at speditøren eller fragtmanden skulle have inspiceret forholdene selv. Fordi SØ- og Handelsretten fandt, at fragtmanden og speditøren havde handlet groft uagtsomt, kunne disse ikke påberåbe sig ansvarsbegrænsningerne i NSAB.

Højesteret fandt derimod ikke, at ansvarsbegrænsningerne skulle gælde ved grov uagtsomhed. Derimod skulle ansvarsfraskrivelse i standardvilkårene i NSAB kun kunne blive tilsidesat ved forsæt. Højesteret fandt ikke, at der i den konkrete sag var forsæt, hvorfor standardvilkårenes ansvarsbegrænsninger fandt anvendelse, og hverken speditøren eller fragtmanden kunne gøres ansvarlig for tabet. Højesteret valgte at fortolke standardvilkårene knapt så indskrænkende som SØ- og Handelsretten, hvilket kan understøtte den generelle betragtning om, at domstolene er mildere ved standardvilkår fra brancheorganisationer end tilfældet ved vilkår koncipieret af de erhvervsdrivende på egen hånd. Dermed må det antages at gælde, hvis en branchespecifik ansvarsbegrænsning, udarbejdet af en brancheorganisation, ikke er i konflikt med en anden ugyldighedsregel, foretages der en ordlydsfortolkning af denne, hvilket kan føre til anselige tab hos den skadelidte, men samtidigt beskytter anvenderen af branchestandarden. I det konkrete tilfælde kunne AFTL § 36 muligvis have fundet anvendelse og tilsidesat ansvarsbegrænsningen, men begrundet i processuelle forhold, anvendte Højesteret ikke denne mulighed.

Derimod, ved vidtgående ansvarsfraskrivelse eller andre atypiske vilkår, der ikke er almindelige i branchen, og som må anses som værende særligt byrdefulde for modparten har domstolene i vid udstrækning modificeret eller helt ophævet disse. Domstolene fortolker disse ansvarsfraskrivelse indskrænkende. Det kan udledes af retspraksis, at desto strengere ansvarsfraskrivelse desto hårdere fortolker domstolene disse imod koncipisten.⁶⁹ Dette stemmer overens med principperne bag minimumsreglen, hvor den mindst byrdefulde fortolkning skal lægges til grund.

⁶⁹ (Andersen, et al., 2014) Lærebog i obligationsret I s. 403 ff.

3.2.6 MINIMUMSREGLLEN

I umiddelbar sammenhæng med koncipistreglen og ansvarsfraskrivelser anvendes en anden, muligvis ikke helt så kendt, regel: minimumsreglen. Som beskrevet i indledningen til dette kapitel, så er det særdeles byrdefuldt for professionelle aftaleparter, hvis en aftale, begge parter har accepteret ændres. Minimumsreglen udspringer af det almindelige obligationsretlige ligevægtshensyn, hvor man ønsker at passe på den svagere professionelle aftalepart. Dette kan minde om forholdene omkring den relativt vidtgående forbrugerbeskyttelse i det danske retssystem. Ligevægtshensynet må derfor betragtes som en undtagelse til det generelle princip omkring anvendelse, at professionelle aftaleparter står inde for de aftaler, de indgår uden mulighed for ekstra beskyttelse.⁷⁰

Når domstolene vælger at fortolke en aftaler eller aftalevilkår, så aftalen ændres, forvandles aftaleparternes interne forhold uden at de har indflydelse på dette. Denne mulighed for en aftaleændring er i sagens natur et enormt risikomoment for de deltagende parter, og særligt for den pågældende part, som oplever dennes aftalevilkår blive forringet. Hvis en forpligtigelse er usædvanlig eller særlig byrdefuld, og det viser sig, at denne forpligtigelse er konciperet uklart eller tvetydigt, så kan minimumsreglen finde anvendelse.⁷¹

Minimumsreglen går sin enkelthed ud på, at domstolene kan vælge at fortolke et aftalevilkår, så det bliver så lidt tyngende som muligt for den ene part. Dette betyder dog ikke, at domstolene altid vil anvende minimumsreglen eller vælger at ændre yderligere i det eksisterende aftalegrundlag, eller fortolker andre aspekter af aftalen udvidende. Minimumsreglen kan også påberåbes af aftalens koncipist, som anvender minimumsreglen omvendt. I en sådan situation må domstolene foretage en konkret vurdering af sagens omstændigheder, og hvilke fortolkningsprincipper, som skal finde anvendelse.

3.2.7 RISIKOSTYRING VIA INCOTERMS

Incoterms består af 11 standardiserede handelsklausuler, som er udarbejdet af ICC (International Chamber of Commerce) til international handel med løsøre (goods). Igennem tiderne er disse

⁷⁰ (Andersen, et al., 2014) Lærebog i obligationsret I s. 32 f.

⁷¹ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 377

handelsklausuler løbende blevet modificeret og opdateret efter deres første vedtagelse i 1936, senest i 2020. De løbende ændringer sker med jævne mellemrum for at handelsklausulerne matcher de udfordringer, som stilles til dem af virksomhederne. Forinden ændringen i 2020 var den seneste ændring sket i 2010.⁷²

Incoterms internationale karakter er designet til at skabe tryghed for aftaleparterne, når disse indgår en aftale. Trygheden opstår ved anvendelsen af klausuler og reguleringstyper parterne er bekendte med på forhånd og har anvendt tidligere. Ved at skabe denne tryghed, skal den internationale samhandel styrkes, og dermed understøtte en fælles økonomisk vækst på verdensplan. Eksempelvis kan det formodes, at standardvilkår fra et sydamerikansk land kan afvige fra danske standardvilkår, hvorfor en dansk aftalepart muligvis kan anse en aftale på sådanne betingelser som værende mere risikofyldt, end hvis den samme aftale var indgået med en anden dansk virksomhed. Denne afhandling omhandler forhold mellem danske aftaleparter, hvorfor man kan forledes til at tænke, at Incoterms ikke er relevante for danske indenrigshandler. Dette er dog ikke tilfældet, idet de også kan aftales i rent nationale forhold, hvilket Dansk Industri giver udtryk for i deres beskrivelse af de reviderede 2020 Incoterms.⁷³ Dermed hjælper Incoterms med at skabe og fordele rollerne på forskellige tidspunkter i aftaleforholdet, men regulerer også risikofordelingen mellem parterne.

Som beskrevet i indledningen til dette afsnit, så er der tale om standardiserede handelsklausuler, og dermed reguleres ikke alle forhold af aftalen. De væsentligste forhold, der reguleres af Incoterms, er vilkår om leveringsomstændighederne, sikring og dokumentation under transporten og - for denne afhandling særligt vigtigt - risikofordelingen og -overgang. Derfor skal brugeren af Incoterms også være opmærksom på, at der er en række forhold, som ikke reguleres af disse, herunder betalingen, misligholdelse af andre dele af aftalen og ejendomsrettens overgang.⁷⁴ Derfor skal aftaleparterne stadig forholde sig til disse i under aftaleforhandlingen.

På trods af at Incoterms er internationalt anerkendte og anvendte, så kan der også i sådanne standardiserede klausuler opstå omstændigheder, hvor aftaleparterne er uenige om, hvordan den

⁷² (International Chamber of Commerce, 2020)

⁷³ (Dansk Industri, 2020)

⁷⁴ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 294 f.

pågældende klausul skal fortolkes. Koncipistreglen som beskrevet i afsnit 3.2.5 kan anvendes, men i særdeleshed ønskes der fra ICCs side, at der foretages en ordlydsfortolkning af teksten på baggrund af den almindelige forståelse af tekstens ordlyd.⁷⁵ Indholdet af Incoterms kan med fordel også anvendes som inspiration, hvis aftaleparterne af forskellige årsager ikke ønsker at anvende de standardiserede Incoterms. Dermed kan den konciperende aftalepart stadig drage fordel af hensynene og tankerne bag Incoterms til at koncipere en individuel aftale, som aftaleparterne anser som værende mere passende til deres behov.

3.2.8 FORUDSÆTNINGSLÆREN

Aftaleparterne vil altid have en formodning, forestilling eller en anden form for fornemmelse for baggrunden for aftalens indhold ved aftaleindgåelse. Dette kaldes også forudsætninger for aftaleindgåelsen.⁷⁶ Forudsætningslæren kan finde anvendelse, hvis aftalen blev indgået på baggrund af urigtige eller bristede forudsætninger. Denne afhandlings formål er at give erhvervsdrivende værktøjer til proaktivt at risikostyre deres aftaler, hvorfor det følgende vil afgrænse sig fra at behandle spørgsmålet om urigtige oplysninger, men kun forholde spørgsmålet om bristede forudsætninger. I tilfældet med urigtige oplysninger opererer omkring emnet svig og bedrageri, hvilket ikke vil blive behandlet i denne afhandling.

Forudsætningslæren skal betragtes som værende en undtagelse til hovedreglen om, at aftalerne er bindende for løftegiverne, som også binder aftaleparterne selv om disse misforstod forholdene eller forholdene ændredes i aftaleforløbet.⁷⁷ Aftaleparter skal dog ikke forledes til at sjuske eller være mindre omhyggelige med deres undersøgelse af forholdene forinden aftaleindgåelsen, idet domstolene i en række afgørelser har hjulpet den uheldige part. Ofte anvendes forudsætningslæren ved uklarheder i aftalens ordlyd, men den kan også anvendes til at forstå tankeprocesserne og viljen bag en aftale.⁷⁸

⁷⁵ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 229

⁷⁶ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 187 f.

⁷⁷ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 448

⁷⁸ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 451

Forudsætningslæren opererer med parternes subjektive forhold forud for aftaleindgåelsen, hvorfor noter, referater, mails og lignende fra og forud for forhandlingen kan være afgørende for at kunne bevise, at en forudsætning er bristet.⁷⁹ Denne subjektive fortolkning, om aftaleparternes hensigter og forventninger til aftalen kan være svær at foretage for domstolene. Derfor bør domstolene være forsigtige med at udvide fortolkningen af aftalerne.⁸⁰ Dette betyder også at aftaleparterne ikke skal forvente, at domstolene vil gå ind og ændre aftalevilkårene uden videre.

Det kan være vanskeligt at bevise en forudsætningsbrist, idet forudsætningslæren navnlig finder anvendelse i situationer, hvor aftaleparterne ikke har specificeret den konkrete bristede forudsætning i aftalen. Derfor kan man som aftalepart være nødsaget til at fortolke på aftaleteksten eller indholdet af aftalen, så man kan godtgøre, at det den bristede forudsætning var essentiel for aftaleparten.

Professionelle, som indgår aftaler med hinanden må dog forventes at have gjort deres *due diligence* forud for aftalen, hvor risiciene skulle have været blotlagt og analyseret. En del af denne analyse burde have endt ud i, at forhandlingen var blevet anderledes. Denne due diligence forud for aftaleindgåelsen bør også omfatte den professionelle forståelse for udefra kommende risici, som kan generere et tab eller genere aftalen væsentligt.⁸¹ Derfor må læren om bristede forudsætninger aldrig blive eller forsøgt blive en beskyttelse mod unødige risikospekulation, hvor én af aftaleparterne indgår en særlig stor risiko i håbet om at kunne opnå en større gevinst.

Den højere risiko kunne eksempelvis have været honoreret med en højere pris, som gjorde det forretningsmæssigt fordelagtigt at indgå aftalen på trods af risiciene, eller have ført til, at aftaleparterne i aftalen havde fordelt risikoen i mellem sig anderledes. Denne adgang for domstolene til at regulere aftaleforhold mellem to parter kan være en u hensigtsmæssig sti at betræde for domstolene.⁸² Dette skyldes, at den anden aftalepart ikke vil kunne stole på, at aftalen bliver overholdt som

⁷⁹ Ibid

⁸⁰ (Andersen, et al., 2014) Obligationsret I s. 406

⁸¹ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 534 f.

⁸² (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 68

oprindeligt aftalt. Dette vil kunne påvirke parter lyst til at indgå aftaler og parternes tillid til hinanden. Derfor bør domstolene være tilbageholdende med anvendelsen af forudsætningslæren.

Forudsætningslæren åbner for domstolenes adgang til at ændre nogle af vilkårene, partiel ugyldighed, eller hele aftalen, hvilket er ualmindeligt, idet løftegiveren potentielt bliver bundet af en aftale på vilkår, denne ikke selv ville have indgået. Derfor anvendes denne ændringsmulighed kun i særlige tilfælde⁸³. I *U 2000.656 H* ændrede Højesteret honorarets størrelse, idet den kombinerede betaling bestående af et engangsvederlag og en løbende royaltybetaling på et stykke musik delvist udeblev pga. aflysninger af forestillingen og dermed ingen royaltybetalinger fandt sted.⁸⁴ Det må i almindelighed betragtes med stor usikkerhed at binde an på, at domstolene vælger at regulere aftalen. Derfor skal denne retspraksis anses som værende en ekstraordinær undtagelse på baggrund af sagens konkrete omstændigheder, og ikke noget, erhvervsdrivende skal forvente at kunne påberåbe sig. Derfor har Vestre Landsret lagt en hård retspraksis ved at udelukke kursspekulation som en forudsætning, der kan anses som bristet i et aftaleforhold.

3.2.8.1 U 2015.1922 V

En landmand solgte i marts 2008 34,5 hektar til Horsens kommune, som ønskede at lave byggemodning for industrigrunde på grunden. Der blev indgået en almindelig salgskontrakt for fast ejendom, men muligheden for eksproportion ville have været til stede. I salgsaftalen mellem parterne var det blevet aftalt, at landmanden måtte blive ved med at drive markerne vederlagsfrit, indtil byggemodningsprocessen blev igangsat af kommunen. Byggemodningsprocessen ville kunne starte uafhængigt af potentielle afgrøders vækststatus, idet en markedsæssig kompensering var blevet aftalt, så byggemodningen ville kunne starte omgående. Landmanden drev markerne som han ønskede, herunder bortforpagtede han dele af jorden, anvendte pesticider i ulovlige områder og slog bræmmeområder, hvilket også var ulovligt. Kommunen ønskede at hæve handlen i 2012 på grund af bristede forudsætninger, fordi det ikke længere var muligt at gennemføre byggemodningen. Det burde ifølge kommunen have været kendeligt for landmanden, at der var tale om en kortvarig drift

⁸³ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 457

⁸⁴ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 386 ff.

af arealerne. Vestre Landsret mente ikke, at aftalen kunne hæves på baggrund af bristede forudsætninger efter finanskrisen. Dermed hjemviste flertallet af landsretsdommerne byrettens dom.

Handlen mellem landmanden og kommunen foregik i foråret 2008, hvilket var i slutningen af perioden med det såkaldte byggeboom, hvor der blev investeret massivt i fast ejendom og udviklingen af nye byggeprojekter. Men allerede i 2007 var der begyndt at være tegn på en overophedning af markedet.⁸⁵ I denne forbindelse fandt Vestre Landsret ikke, at en manglende tidsbegrænsning for byggemodningsprocessen skulle ligge landmanden til last. På den baggrund kan det udledes, at den anden aftaleparts manglende igangsættelse begrundet i markedsudsving ikke skal påvirke aftalen. Havde landsretten afgjort, at finansielle og ejendomsmarkedets udsving kunne have været en bristende forudsætning, så ville det kunne have skabt en voldsom udvikling, hvor risikoen for den enes spekulation i økonomisk gevinst ville være en risiko for den anden aftalepart. Aftaleparterne kan imellem sig godt aftale, at den ene skal bære denne risiko, men denne risiko bør også blive honoreret af andre fordelagtige aftalevilkår. Dette kan reguleres i aftalen med en prisfaldsklausul, som er beskrevet i DEL 4.

Landmanden havde misligholdt aftalen vedrørende den almindelige drift af markerne ved ikke at overholde lovgivning for pesticidanvendelse og bræmearer. Den dermed foreliggende misligholdelse af aftalen mellem landmanden og kommunen, fordi denne skulle drive arealer på almindeligvis, berettigede ikke kommunen til at hæve aftalen. Mindre misligholdelser kan derfor ikke i denne grad berettigede en ophævelse af en aftale på baggrund af bristende forudsætninger.

Derfor er denne dom særligt relevant i disse år, hvor den der har været intet mindre end tre store påvirkninger på priserne på verdens plan: CoVid-19-pandemien, Evergivens blokade af Suezkanalen og Ruslands invasion af Ukraine. De har skabt grundlaget for historisk store stigninger og historisk store fald samtidigt, og dermed har verdensmarkedernes udsving i disse tider været signifikante. Disse tre store påvirkninger kan til en vis grad sammenlignes med finanskrisen, som også påvirkede de globale markeder.

⁸⁵ (Nationalbanken, 2015)

3.2.8.2 U 1985.334 H

Dommen omhandler en tvist mellem en tekstilproducent fra Århus, som har indgået en aftale med en EDB-leverandør omkring et nyt logistik- og lagerprogram. Dette nye program skulle forbedre de eksisterende løsninger og ikke forringe disse. Derfor var det også vigtigt for tekstilproducenten, at det nye EDB-program skulle kunne anvendes sammen med de eksisterende systemer uden at skulle ændre disse væsentligt. Partnerne indgik en aftale, hvor prisen blev fastsat på baggrund af et estimat med tekstilproducentens ønsker indregnet i estimatet. EDB-programmet endte med på grund af en række uventede udfordringer at være markant dyrere end anslået i tilbuddet, hvilket tekstilproducenten ikke ønskede at betale. Desuden var der ikke tale om en forbedring af det eksisterende program, hvilket det også skulle have været. Derfor hævede tekstilproducenten aftalen, hvilket Højesteret gav denne medhold i, idet dennes forudsætninger for aftalen svigtede.

Denne dom belyser en række udfordringer, som begrundes af Højesteret i forudsætningshensyn, der bærer præg af anvendelsen af forudsætningslæren. Derudover viser dommen også, hvor svært det kan være at hævde noget, som er blevet diskuteret mundtligt på et møde uden et efterfølgende referat. I løbet af processen omkring tilpasningen af EDB-programmet giver en medarbejder fra tekstilfabrikken EDB-leverandøren et ringbind med manualen til det nuværende EDB-program. Derved kommer det beviseligt til EDB-leverandørens kundskab, hvilke minimumskrav programmet skal opfylde for blot at være på niveau med den eksisterende løsning. Dermed havde tekstilfabrikken loyalt oplyst EDB-leverandøren om minimumsforventningerne til den nye EDB-løsning. Således var det ifølge Højesteret både væsentligt for tekstilfabrikken, at disse krav var opfyldt og kendeligt for EDB-leverandøren, at disse minimumskrav var essentielle for tekstilfabrikkens vilje til at indgå aftalen. Højesteret lagde vægt på, at forbedringen af det oprindelige EDB-system var essentielt for aftalen, hvorfor det var relevant for tekstilfabrikkens forudsætning for at indgå aftalen, at EDB-programmet forbedrede logistik- og lagerstyringen hos tekstilproducenten.

Højesteret berører i dommen også forholdet mellem tekstilfabrikken og EDB-leverandøren på fagområdet. Almindeligvis anses erhvervsdrivende for at have et større ansvar for at lave deres *due diligence* i forbindelse med indgåelse af aftaler, og som værende relativt jævnbyrdige i denne forbindelse. I denne dom placerer Højesteret dog en større del af ansvaret hos EDB-leverandøren, fordi

der handles indenfor dennes ekspertiseområde og modsætningsvist udenfor tekstilproducentens ekspertiseområde. Dette begrundes i, at det måtte have stået EDB-leverandøren klart, at der skulle modificeres så meget på dennes standardløsning, at dette ville have stor indflydelse på en forhøjet pris.

Fordi forudsætningerne bristede både i forhold til prisen, som blev markant højere end der var estimeret i aftalen, men også anvendeligheden af EDB-løsningen. Disse to vilkår var ifølge Højesteret bestemmende vilkår for viljen til at indgå aftalen for tekstilproducenten. Derfor burde dette have stået EDB-leverandøren klart, hvorfor dette var kendeligt for denne.

Dommen opstiller tre kriterier for forudsætningslærens anvendelse, som også er beskrevet i litteraturen:⁸⁶

- Væsentlighed, beskriver om aftalen var blevet indgået på de aftalte vilkår, hvis aftaleparten havde kendt forudsætningen på forhånd. I *U 1985.334 H* havde den store prisforskel og den manglende forbedring i forhold til det eksisterende EDB-system indvirkning på, hvordan indholdet af aftalen havde været konciperet ifølge Højesteret.
- Kendelighed⁸⁷, aftaleparten burde have indset eller indset, at den bristede forudsætning var en forudsætning for viljen til at indgå aftalen. I *U 1985.334 H* burde det ifølge have stået EDB-leverandøren klart, at den markant højere pris og den udeblivende forbedring ville være væsentligt for tekstilfabrikken.
- Relevans⁸⁸, på baggrund af betingelserne om kendelighed og væsentlighed skal det vurderes, hvorvidt det vil være rimeligt at pålægge aftaleparten risikoen for aftalens bortfald. I *U 1985.344 H* vurderede Højesteret, at det i dette tilfælde ville være rimeligt at pålægge EDB-leverandøren risikoen for aftalens bortfald. På denne baggrund må det vurderes, at dette kriterie er særdeles individuelt, hvorfor det skaber en usikkerhed, hvis erhvervsdrivende ønsker at indbringe en sag om bristede forudsætninger for domstolene, trods retspraksis.

⁸⁶ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 451 f.

⁸⁷ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftale s. 452 f.

⁸⁸ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 453 f.

3.2.9 GENERALKLAUSULEN AFTL § 36

58 år efter at den nuværende aftalelov blev vedtaget, blev § 36 tilføjet denne. Som nævnt i indledningen på afhandlingen, så er det netop denne bestemmelse, der er den - måske - mest anvendte i formueretlig praksis. Dette skyldes den åbenbare funktion at være en generalklausul, som kan anvendes i alle formueretlige problemstillinger uden at være afhængig af speciallovgivning, som kun kan anvendes såfremt problemstillingen er omfattet af speciallovgivningen. Derfor blev en række af generalklausuler eller rimelighedsvurderinger i speciallovgivningen ophævet med AFTL § 36.⁸⁹ Denne omfattende anvendelsesmulighed har grundlag i et generelt beskyttelseshensyn, hvor man har ønsket at skabe en mulighed for, at domstolene kan forhindre, at folk i overlegne stillinger misbruger deres kontraktuelle magt over en svagere part.

Det må nævnes, at AFTL § 36 er indsat for særligt at beskytte forbrugere. Dette begrundes i den tidligere beskrevne formodning, om at erhvervsdrivende må kunne forventes at vurdere en aftale og dennes vilkår inden denne vælger at indgå aftalen.⁹⁰ Dermed må den erhvervsdrivende og i sagens natur også dennes aftalepartner kunne indrette sig på, at AFTL § 36 ikke kan og ikke skal påberåbes i tide og utide, idet det ville kunne påvirke lysten til at indgå aftaler og skabe en gensidig værdi. AFTL § 36 er ikke indsat til at sikre erhvervsdrivende, som ved aftaleindgåelsen har indkalkuleret risiciene ved aftaleforholdet, heller ikke i situationer, hvor der er betydelige risici.⁹¹ Ved indsættelsen af AFTL § 36, stk. 2, 3. led har lovgiver givet domstolene adgang til at forholde sig til "... *senere indtrufne omstændigheder*". Denne adgang til at forholde sig til omstændigheder, som efterfølgende var indtruffet, havde domstolene tidligere kun adgang til ved anvendelsen af forudsætningslæren.

*"En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende."*⁹²

⁸⁹ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 477 f.

⁹⁰ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 479 f.

⁹¹ (Andersen, 2021) Grundlæggende aftaleret s. 486

⁹² Aftaleloven § 36, stk. 1, 1. pkt.

Formuleringen i citatet ovenfor giver domstolene fuldstændig hjemmel til at ændre aftaleforhold, hvis de finder dem urimelige. Som beskrevet ovenfor, så kan AFTL § 36 påberåbes ofte. Derfor er det også forventeligt, at domstolene har taget stilling til spørgsmål om AFTL § 36, så ofte som den har. Der er et omfattende udbud af retspraksis, hvor domstolene har valgt at ændre eller tilsidesætte urimelige vilkår, men også et omfangsrigt antal domme, hvor domstolene ikke har fundet, at AFTL § 36 ikke har kunnet finde anvendelse.

3.2.9.1 U 2008.1538 V og U 2012.2503 Ø

U 2008.1538 V, hvor en ældre mand, som tidligere havde solgt en lignende ejendom, men under de nye aftaleforhandlinger "talte sort", "faldt ud" og almindeligvis ikke svarede relevant på stillede spørgsmål, kunne ikke opfylde betingelserne for ugyldighed i værgemålsloven. Endvidere fandt Vestre Landsret ikke, at aftalen kunne tilsidesættes jf. AFTL §§ 30 og 31. Vestre Landsret fandt, at aftalen under hensyntagen til den ældre mands svækkede tilstand i kombination med usædvanlige aftalevilkår og manglende rådgivning, som bevirkede, at ejendommen blev solgt til 40.000 kr., hvilket var 610.000 kr. under markedsværdien, var i et åbenbart misforhold. Et af de usædvanlige aftalevilkår berørte pasning af sælgers duer. Vestre Landret regulerede salgsprisen ved anvendelsen af AFTL § 36 til 650.000 kr.

I *U 2012.2503 Ø* solgte en 86-årig mand et stykke landsbrugsjord, som havde en markedsværdi på 1.900.000 kr., til sin mangeårige nabo, som i en årrække allerede havde forpagtet jorden, til 700.000 kr. Dermed var salgsprisen væsentligt under handelsværdien. Køber bød uopfordret 700.000 kr., hvorefter denne opfordrede sælger til at få bistand fra en advokat til handlen. Sælger blev beskrevet som åndsfrisk trods sin alder og dermed i stand til at overskue konsekvenserne af aftalen. Den lave pris blev delvist begrundet i, at køber i mange år havde hjulpet den gamle nabo. Østre Landsret fandt i dette tilfælde ikke, at AFTL § 36 kunne anvendes til at prisjustere aftalen mellem køber og sælger.

Dommene *U 2008.1538 V* og *U 2012.2503 Ø*, som er præsenteret ovenfor, beskriver i det væsentligste, hvor varierende domstolene kan anvende AFTL § 36. Denne retspraksis illustrerer, at den koncipist, som ønsker aktivt at risikostyre sine forretningsmæssige dispositioner, bør forholde sig til

domstolenes mulighed for at ændre aftalen. Begge domme kunne ved første øjekast virke urimelige eller i hvert fald have et signifikant misforhold mellem den aftalte pris og den værdi, handlen almindeligvis burde have udgjort. Dermed kan aftaler, som kan betegnes som en "rigtig god handel", skabe situationer, hvor den gode handel er så fordelagtig, at den skaber en usikkerhed for, at domstolene efterfølgende ændrer i den økonomiske forpligtigelse. Køberen i *U 2012.2503 Ø* opfordrede aktivt sælger til at få bistand i til handlen, hvilket kan have haft en vis indvirkning på, at Østre Landsret fandt aftalen så rimelig, at den ikke skulle prisreguleres. Risikoen for, at den økonomiske forpligtigelse ændres, bør aftaleparten forholde sig til, fordi denne ikke kan indrette sine økonomiske dispositioner på denne type af usikkerhed. Domstolsskønnet skaber dog også en vis usikkerhed for aftaleparterne, fordi domstolenes skøn kan variere fra sag til sag, hvilket dommene ovenfor illustrerer.

Domstolenes anvendelse af AFTL § 36 i illustrationsdommene viser deres mulighed for at ændre og tilsidesætte enkelte vilkår eller hele aftalen, fordi de kan anvende uvildige vurderinger af almindelige priser på de pågældende realydelser. Denne relativt simple vurdering for domstolene er også til stede, når enkelte vilkår eller hele aftalen bliver ophævet, fordi denne type af vurdering er indenfor deres almindelige virke. Dette gælder særligt ved de to illustrationsdomme, hvor domstolene efterfølgende vurderer forpligtigelserne i forhold til hinanden. Derimod kan en langvarig aftale, hvor tvisten opstår mens de aftalte forpligtigelser er under udførelse, og aftalen endnu ikke er fuldstændig fuldbyrdet, skabe større krav til domstolenes varsomhed ved anvendelsen af muligheden for at ændre i aftaleforholdet.⁹³

3.2.10 KONFLITKLØSNING – VÆRNETING, LOVVALG OG VOLDGIFT

Når mennesker, såvel private som erhvervsdrivende, indgår aftaler med hinanden, så vil der uafværgeligt opstå konflikter. Disse konflikter kan variere i kompleksitet og omfang, hvorfor det næppe kan være fordelagtigt at vende sig mod domstolen hver gang. Ved mindre uoverensstemmelser vil aftaleparterne ofte kunne enes ved forhandling mellem parterne, idet løber parterne risikoen for en omkostnings- og risikofuld færd hos domstolene. Særligt ved uenigheder af ubetydelig økonomisk karakter, så kan en langvarig og omkostningstung proces hos domstolene blive en større byrde

⁹³ (Gomard, et al., 2015) Almindelig kontraktsret s. 169

for aftaleparterne end konflikten.⁹⁴ Netop fordi potentialet eksisterer ved alle aftaleindgåelser, så bør aftaleparterne forholde sig til dette og bør aftaleparterne også prioritere konfliktløsningsklausuler, mens deres indbyrdes forhold endnu er godt.

Aftaler indgås for at skabe tryghed og forudsigelighed for de erhvervsdrivende. Forudsigeligheden skaber sikkerhed for, at de erhvervsdrivende kan indrette deres forretningsdispositioner efter fremtiden. Det må dog antages, når to erhvervsdrivende i en sådan grad holder på deres ret, at domstolene skal afgøre en tvist, så er det uforeneligt for en objektiv part ikke at tro, at begge parter mener deres påstand er korrekt. Domstolene må nødvendigvis afgøre, hvilken af påstandene er korrekt. Derfor vil domstolen altid skulle dømme imod den ene part. Begge erhvervsdrivende i aftaleforholdet løber denne risiko, at der vil blive dømt imod dem. Dette er en ubekendt faktor som de erhvervsdrivende ikke kan indrette sig på og dermed en risiko.

Som hovedregel, så bliver konflikter løst mellem to erhvervsdrivende hos domstolene. Dette er et grundprincip i en retsstat. Derfor vil domstolene blive anvendt til konfliktløsning, såfremt aftaleparterne ikke har behandlet dette punkt under aftaleforhandlingen. Det er muligt for aftaleparterne at fravælge de almindelige domstole ved aftaleindgåelsen. Aftaleparterne kan ved en udtrykkelig og skriftlig aftale vælge, at tvister skal løses ved anvendelse af voldgift. Dette kan udformes på flere måder, også i internationale tvister. Mellem to danske aftaleparter er det både muligt at vælge egne voldgiftsdommere eller anvende Det Danske Voldgiftsinstitut, som blev stiftet af række store danske interesseorganisationer og dermed er selvejende.⁹⁵ Voldgift vil blive behandlet nærmere nedenfor.

Aftaleparterne kan frit vælge, hvilket lands love, som skal finde anvendelse i tilfælde af, at der skulle opstå konflikter. Denne afhandling beskæftiger sig med danske erhvervsdrivende, hvorfor det kan antages, at de vælger at anvende dansk lovgivning, typisk af den grund, at de er fortrolige med de almindelige danske retsmekanismer og sædvaner.⁹⁶

⁹⁴ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 433 f.

⁹⁵ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 458.

⁹⁶ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 338 ff.

På lignende vis som ved lovvalg, så gælder der en række betingelser for, hvilket forum der kan afgøre en eventuel tvist. Som hovedregel er forummet, også kaldt værnetinget, for erhvervsdrivende i den retskreds, hvor det sagsøgtes selskabsdomicil ligger.⁹⁷ Såfremt aftaleparterne ikke forholder sig til værnetinget, så vil denne regel finde udfyldende anvendelse på aftaleforholdet. Hvilken retskreds, som afgør tvisten inden for Danmarks grænser, bør ikke have indflydelse på sagens udfald. Der er dog en række praktiske faktorer, som kan gøre det fordelagtigt, at domstolsprocessen foregår i geografisk nærhed, herunder sparede rejseomkostninger for såvel advokat og aftaleparten, men i særdeleshed sparet rejsetid, som kan blive anvendt på værdiskabelse i stedet for rejser til domstolene.

På trods af hovedreglen om, at værnetinget er i den sagsøgtes hjemting, så giver retsplejeloven muligheden for erhvervsdrivende til selv at vælge værneting.⁹⁸ Skulle de erhvervsdrivende vælge Sø- og Handelsretten, så forudsættes det, at tvisten opfylder retsplejelovens krav for sager ført ved denne instans. Erhvervsdrivende bør forholde sig til værnetinget ved aftaleindgåelsen, fordi det potentielt kan blive et stort irritationsmoment ved en eventuel fremtidig konflikt. En værnetingsklausul kan godt indsættes i standardiserede vilkår, hvorfor parterne ikke behøver at have behandlet spørgsmålet ved aftaleindgåelsen. Dermed kan værnetingsklausuler godt være i en erhvervsdrivendes almindelige forretningsbetingelser, jf. *U 1975.607 SH* og *U 1985.1101 V*.

Som nævnt ovenfor, så giver partsautonomien de erhvervsdrivende adgang til frit at anvende voldgift ved konflikter i aftaleforholdet. Dette fraviger den almindelige hovedregel om domstolenes egenskab til at dømme i tvister. Partnerne kan vælge at anvende en såkaldt ad hoc-voldgift, hvor udelukkende parternes aftale og voldgiftsloven finder anvendelse. Dermed fravælger man alle andre former for lovreguleringer, hvorimod en institutionsvoldgift yderligere forholder sig til procesreglement udstedt af institutionen. For at lette vedtagelsesprocessen, så har Det Danske Voldgiftsinstitut standardiserede voldgiftsklausuler på sin hjemmeside.⁹⁹

Voldgiftsager kan som retssager hos almindelige domstole variere i omfangsrighed, hvilket også omfatter tidsaspektet. For at nedbringe behandlingstiden, så aftales det hyppigt, at der ikke er nogen

⁹⁷ Retsplejeloven § 238, stk. 1.

⁹⁸ Retsplejeloven § 245 stk. 1.

⁹⁹ (Det Danske Voldgiftsinstitut) Anbefalede klausuler

ankemulighed. Dette betyder, at dommen er endelig, hvorfor aftaleparterne indenfor en relativ kort tidsfrist har fået afklaret deres tvist. Aftaleparterne kan også vælge at indsætte en tidsfrist for, hvor hurtigt en tvist skal være afgjort. Da aftaleparterne er bekendt med, at de kun har én mulighed for at fremføre deres sag, herunder bevisførelse, argumentation etc. Derfor kan den enkelte sag, som bliver ført, være særdeles omfattende, og dermed tage længere tid.

Ved de almindelige domstole har aftaleparterne, som beskrevet ovenfor, mulighed for at vælge, i hvilken retskreds man ønsker processen skal foregå. Derimod kan parterne ikke have indflydelse på, hvem den konkrete dommer vil være – hvilket principielt heller ikke burde have indflydelse på sagens udfald. Denne mulighed for valg af dommer foreligger dog ved voldgift, hvor aftaleparterne kan udpege specifikke personer som dommere. Bevæggrundene for valg af dommer kan være mange og uransaglige, men almindeligvis vælges dommerne på baggrund af deres tekniske ekspertise, branchekendskab, personlighed eller andre specifikke ønskede egenskaber.¹⁰⁰ Denne særlige mulighed kan give aftaleparterne en tryghed for, at afgørelserne bliver truffet på baggrund af, hvad en person med kendskab til netop denne specifikke branches almindelige handlemåder vurderer.

Almindeligvis er sager hos de almindelige domstole offentlige, hvorfor aftaleparterne, tvisten og materialet fra retssagen kan komme ud i offentligheden. Dette kan påvirke aftaleparternes renommé i offentligheden eller forretningspartnere. De almindelige domstole har muligheden for at lukke dørene, hvis dommeren finder dette nødvendigt.¹⁰¹ Dette kan begrundes i række af hensyn, hvor retssagen ikke skal være unødigt indgribende hos de erhvervsdrivende. Navnlige når det, tvisten omfatter, er viden, som ikke er almindeligt kendt i offentligheden – erhvervshemmeligheder. De erhvervsdrivende mister dermed muligheden for selv at regulere, hvad offentligheden bliver bekendt med. Anvender aftaleparterne derimod voldgift, så kan de aftale, at tvisten bliver løst i fortrolighed. Dette kan være fordelagtigt, hvis de ikke ønsker deres forretningsmetoder etc. bliver offentligt kendte. Aftaleparterne kan også i visse situationer ønske, at konflikten ikke bliver kendt i offentligheden af forskellige forretningsmæssige overvejelser.¹⁰²

¹⁰⁰ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 452 ff.

¹⁰¹ Retsplejeloven § 29, stk. 1, nr. 3.

¹⁰² (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 453

Dermed giver anvendelsen af voldgift de erhvervsdrivende mulighed for at regulere, hvad offentligheden får at vide. Igennem denne regulering nedbringer de erhvervsdrivende risikoen for, at erhvervshemmeligheder og forretningsmetoder offentliggøres med et potentielt tab af goodwill på baggrund af tvisten.

Der er kun ganske få præceptive regler, som aftaleparterne skal sikre sig at overholde ved indgåelsen af en voldgiftsklausul, idet en lang række af reglerne i voldgiftsloven deklatoriske. Et af de væsentligste principper ved anvendelsen af voldgift er kontraktionsprincippet, som er kodificeret i voldgiftsloven § 18, hvorefter begge aftaleparter skal have mulighed for fuldstændigt at belyse deres holdninger. Derfor skal begge parter have de økonomiske og tidsmæssige aspekter førend voldgift kan være fordelagtig at anvende.

Voldgift er blot én af de mulige konfliktløsningsmekanismer, aftaleparterne kan vælge at anvende. Principielt kan aftaleparterne næsten aftale hvad som helst som middel til at løse deres tvist. Herunder kan de blandt andet opsætte bagatelgrænser for, hvornår der foreligger misligholdelse i aftaleforholdet. Dette vil bero på en kombination af effektivitets- og omkostningshensyn, som bør vurderes på baggrund konflikten omfang. Modsat processen hos de almindelige domstole eller voldgift som beskrevet ovenfor, kan alternative konfliktløsningsmekanismer ikke fuldbyrdes på samme måde efter tvistens afslutning. Parterne kan vælge alternative konfliktløsningsmekanismer herunder mægling, mediation eller hardshipklausuler.¹⁰³ Forskellige lande og brancher har i større eller mindre grad benyttet sig af denne mulighed, men aftaleparterne bør forholde sig til risikoen for, at modparten ikke ønsker at efterleve resultatet efter mæglingen. For at nedbringe risikoen for dette og øge tilgængeligheden for erhvervsdrivende, så har forskellige interesse- og handelsorganisationer udarbejdet standardiserede vilkår eksempelvis *UNCITRAL Model Conciliation Rules*, som kan være udgangspunktet for et sådant aftalevilkår.¹⁰⁴

¹⁰³ (Bruserud, 2010) Hardshipklausuler s. 23

¹⁰⁴ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 375.

3.3 DELKONKLUSION

Som redegjort for ovenfor, så eksisterer der en række af udefrakommende risikomomenter, som kan påvirke en aftale mellem to parter. Aftalen eller kontraktens formål er netop at forsøge at styre forskellige risikomomenter og skabe klarhed, så aftaleparterne med sikkerhed kan indrette sig på forholdet mellem hinanden. For den overivrige eller overforsigtige koncipist kan netop de forhold, denne søger at afdække og regulere, have den modsatte effekt, fordi domstolene har en vis adgang til at kunne regulere aftaler. Domstolene har mulighed til at fastholde, ændre eller ophæve aftaler, hvis disse er i strid med, hvad sammenfattende kan beskrives som retfærdigt eller rimeligt.

Bedømmelsen af, hvorvidt en aftale er rimelig eller ej, foretages af domstolene eller efter aftale hos andre instanser, som muligvis har en bredere forståelse for forholdene mellem aftaleparterne. Da denne afhandlings formål netop er at beskrive og klarlægge risikomomenter ved udefrakommende ændringer af aftaler, hvorpå de oprindelige aftaleparter ikke har indflydelse, så skal det ikke ved en gennemlæsning af afhandlingen forstås på en måde, at der i vid udstrækning er adgang til disse muligheder ved domstolene - tværtimod. Afhandlingen omfatter nemlig i høj grad undtagelser til hovedreglen om, at aftaler er bindende for løftegiverne.

Det skal dog understreges, at domstolenes mulighed for at foretage ændringer i aftaleforhold, som er indgået af to erhvervsdrivende, er en undtagelse til den hovedregel, som stammer helt tilbage fra romerretten. Aftaler er bindende for de, som har valgt at indgå dem. Dette omfatter som udgangspunkt hele aftalen, hvilket også betyder, at aftalevilkår er bindende som de er indgået. Derfor bør erhvervsdrivende aftaleparter ikke indgå aftaler, som er meget bebyrdende eller urimelige i forventning om, at domstolene nok skal træde til og hjælpe dem, hvis der skulle opstå uenigheder mellem aftaleparterne. Den erhvervsdrivende tillægges tværtimod af domstolene en stor grad af handlefrihed til at vurdere risikoen for tab eller gevinster og på baggrund af denne vurdering at indgå en aftale, denne finder rimelig.

Partsautonomien omfatter almindeligvis også friheden til ikke at indgå aftaler, hvilket understreger, at forholdet til en vis udstrækning må bero på frivillighed. Indgås en aftale mellem parter, hvor den ene part er afhængig af aftalens oprettelse i en grad, at magtforholdet mellem aftaleparterne

forskubber sig signifikant, så kan der opstå situationer, hvor den ene part udnytter magtforholdet i sådan grad, at domstolene helt eller delvist kan hæve eller ændre aftalen. Derfor bør en aftalepart være særligt opmærksom på rimelige aftalevilkår ved konciperingen af aftalen, hvis der er stor magtforskel på aftaleparterne. Forskellen i magtforhold skal dog ikke afholde store koncerner fra at indgå aftaler med små lokale erhvervsdrivende. Der bør i dette tilfælde være en særlig opmærksomhed på at skabe et jævnybyrdigt aftaleforhold på trods af et uligevægtigt magtforhold. På denne måde kan store og små erhvervsdrivende indgå aftaleforhold uden at der straks kan påberåbes urimelighed efter AFTL § 36 eller forudsætningslæren.

Antallet af aspekter, overvejelser og aftalevilkår, som potentielt skal forhandles mellem af aftaleparterne, kan være særdeles omfangsrigt. Nogle af disse aftalevilkår, som aftaleparterne bør forholde sig til ved aftaleforhandlingen, kan forekomme som værende unødvendige eller overflødige for de personer, som konciperer aftalen. Derfor kan man lette aftaleforhandlingsprocessen ved at have standardiserede vilkår, som almindeligvis gælder for den type af aftaler. Disse almindelige forretningsbetingelser kan give en vis sikkerhed for, at aftaleparterne har huske deres risikoreducerende vilkår. Der kan dog opstå konflikter, hvis aftaleparterne ikke har aftalt hvis almindelige forretningsbetingelser skal gælde i aftaleforholdet. Derfor bør det altid eksplicit aftales, hvilke forretningsbetingelser der skal danne baggrundsreguleringen af aftalen.

Koncipisten kan ikke kun vælge at støtte sig til almindelige forretningsbetingelser, når denne konciperer aftalen. Der eksisterer nemlig en række almindelige branchekontrakter eller standardaftaler, som kan hjælpe med skabe en balanceret og rimelig kontrakt. Ikke nok med at disse branchekontrakter sparer koncipisten tid i processen, så bidrager de også til at skabe tryghed mellem aftaleparterne. Dette kan begrundes i et gensidigt kendskab til den almindelige udformning af den pågældende branchekontrakt. Derudover er branchekontrakterne ofte skabt af forskellige interesseorganisationer, som har en større grad af objektivitet. Ofte har branchekontrakterne kodificeret almindelige sædvaner i de pågældende brancher. På denne måde bidrager de til at kunne løse potentielle bevisretlige udfordringer omkring, hvorledes aftalen er baseret på sædvanlige vilkår. Dette gør sig også gældende ved internationale aftaler, hvor INCOTERMS, UNIDROIT-principles eller andre standardvilkår kan anvendes, og begge parter uanset hjemland har et vist kendskab til, hvordan disse

regulerer forskellige problemstillinger. Domstolene har vist, at de også i vid udstrækning anser standardiserede branchekontrakter for rimelige til at regulere forholdet mellem parterne. Dermed kan anvendelsen af disse kontrakter nedbringe risikoen for, at domstolene ændrer eller ophæver aftalen helt eller delvist og dermed skabe sikkerhed for aftalepartnerne omkring aftalens uændrede bestående.

Forudsætningslæren er i de senere år er gledet i baggrunden hos domstolene, som synes i stigende grad at anvende AFTL § 36, når de skal vurdere, om forskubbelse af balancen i aftaleforholdet efter aftaleindgåelsen er så omfangsrigt, at der er skabt en urimelig situation. Det er dog ikke uden risiko for aftaleparterne at have tillid til, at domstolene vil acceptere anvendelsen af disse. Fordi der er tale om erhvervsdrivende, så er domstolene tilbageholdende med at vurdere urimelighed. Dette dommerskøn skaber endnu et risikomoment, hvis domstolene vurderer, at forudsætningslæren eller AFTL § 36 kan finde anvendelse. I dette tilfælde vil det være op til domstolene at vurdere, hvordan en aftale kan justeres for at genskabe den oprindelige balance i aftaleforholdet. Det vil i sagens natur være vanskeligt for de erhvervsdrivende at indrette sig på, hvordan domstolene skønner at regulere en aftale. Dermed skaber denne udefrakommende påvirkning en risiko for de erhvervsdrivende.

Aftaleparterne bør altid forholde sig til, hvor risikoen skal være placeret på forskellige tidspunkter i aftaleforholdet. Risikoens overgang er et essentielt vilkår, som er afgørende for tvister mellem parterne. Derfor bør parterne altid forholde sig til dette ved aftalekonciperingen. Koncipisten kan støtte sig til standardiserede vilkår, hvis parterne ikke ønsker at forholde sig særskilt til risikofordelingen.

De erhvervsdrivende bør forholde sig til mulighederne for at løse konflikter på anden vis end hos de almindelige domstole. Der findes en lang række af risikostyringsværktøjer, aftaleparterne skal være opmærksomme på, når aftalen indgås. Disse omfatter værneting- og lovvalgsklausuler, som kan være let at overse for en uopmærksom part i de almindelige forretningsbetingelser fra modparten. Derudover kan det være fordelagtigt for aftaleparterne, særskilt at behandle voldgiftsmuligheden, hvis de mener, at anvendelsen heraf kan være en fordel for dem. Her er deres mulighed for at

koncipere voldgiftsforholdet i detaljeret grad, som kan hjælpe dem med at styre et eventuelt voldgiftsforløb.

Muligheden for hemmeligholdelse ved anvendelsen af voldgift er også en væsentlig faktor, når aftaleparterne skal vælge at voldgift. Der kan være en lang række forretningsmæssige dispositioner bag et ønske om hemmeligholdelse. Udover de ovennævnte fordele ved anvendelsen af voldgift, så giver en sådan klausul også aftaleparterne mulighed for at minimere tidsrummet med uvidenhed og dermed risikoen, indtil afgørelsen træffes. Foruden, uden voldgift, så kan de erhvervsdrivende også anvende forskellige alternative konfliktløsningsmekanismer som eksempelvis kontraktfæstet mægling.

DEL 4: RISIKOSTYRING AF KONTRAKTER VIA HARDSHIPKLAUSULER

4.1 INDLEDNING

Når erhvervsdrivende indgår aftaler med hinanden, så gøres dette typisk på baggrund af et ønske om en fremtidig økonomisk gevinst som følge af aftalen. Dette kan i sagens natur dække over næsten alt, idet der indgås aftale i alle brancher og omkring mangeartede forhold dagligt. Derfor kan hardship også opstå i næsten alle forretningsområder, fordi der er risiko for at forholdene ændrer sig efter aftalen er indgået.

Som beskrevet i *afsnit 3.1*, så er hovedreglen i dansk ret, at en aftale er bindende for de, som har indgået denne. Dette fundament for aftaleretten stammer helt tilbage fra romerretten. Aftalefriheden giver de erhvervsdrivende mulighed for i fællesskab at ændre en eksisterende aftale. Ændringen af aftalen skaber dog en ny aftale og den eksisterende aftale bortfalder. Derfor kan erhvervsdrivende i forskellige situationer have behov for at indsætte vilkår med mulighed for genforhandling eller ændring i aftale uden, den oprindelige aftale bortfalder. Et sådant vilkår kan på samme måde som et vilkår om mægling et alternativt konfliktløsningsværktøj – *ADR Alternative Dispute Resolution tool*.¹⁰⁵

På samme vis, som vores verden er i stadig udvikling og forvandling, så kan der opstå en lang række situationer, hvor verden har forandret sig i sådan grad, at forholdene ikke kan sammenlignes med det aftaleparterne vedtog ved aftalens indgåelse. En forandring af denne karakter skal i nogen grad være så omfangsrig og uforudset, at den ikke bliver omfattet af den almindelige risiko ved at indgå aftaler, dog uden at opnå en karakter af force majeure.¹⁰⁶

4.2 BAGGRUND

4.2.1 DEFINITION AF HARDSHIP

For illustrativt og dækkende at kunne beskrive og anvende hardshipklausuler, så må det først fastlægges, i hvilke situationer hardship kan finde anvendelse. Der vil i denne afhandling blive anvendt UNIDROITs definition af hardship. Dette begrundes i, at lovgiver i Danmark endnu ikke har fundet

¹⁰⁵ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 469 ff.

¹⁰⁶ (Østergaard, 2005) Anvendelsen af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv s. 219

det nødvendigt at lovfæste en definition af hardship-situationen. UNIDROIT og PECL¹⁰⁷ behandler begge hardship, men det skal bemærkes, at der kun kan tillægges disse fortolkningsmæssig værdi i dansk ret på niveau med branchesædvaner som beskrevet i *afsnit 3.2.3*.

UNIDROIT definerer hardship som følgende:

“There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.”¹⁰⁸

Dermed opsættes der i *UNIDROIT 6.2.2*. en række krav for, hvornår der foreligger et tilfælde af hardship: Der skal være indtruffet en omstændighed, som fundamentalt ændrer aftaleparternes indbyrdes stilling i aftaleforholdet, hvorved udgangspunktet om parternes ligevægt forskubbes. Forskubningen kan ske ved, at enten omkostningerne til aftalepartens ydelser er steget eller værdien af ydelsen, aftaleparten modtager, er faldet. Den indtrufne omstændighed må først være indtruffet eller være kommet til kundskab efter aftalen er indgået.¹⁰⁹ Det må ikke have været rimeligt at påregne omstændighedens indtræffen for den part, som oplever sin stilling i aftaleforholdet bliver forringet, da aftalen blev indgået.¹¹⁰ Omstændigheden, som påvirker aftaleforholdet, skal være af en karakter, hvor den aftalepart, som oplever en forringelse af sin stilling i aftalen ikke har kunnet påvirke omstændigheden.¹¹¹ Risikoen for at omstændighedernes indtræffer, må ikke have været

¹⁰⁷ The Principles of European Contract Law

¹⁰⁸ Unidroit principle 2010 6.2.2. stk 1.

¹⁰⁹ Unidroit principle 2010 6.2.2. stk. 1 litra a

¹¹⁰ Unidroit principle 2010 6.2.2. stk. 1 litra b

¹¹¹ Unidroit principle 2010 6.2.2. stk. 1 litra c

antaget for den aftalepart, som bliver stillet dårligere i aftaleforholdet.¹¹² Denne opremsning af betingelser for, hvornår der foreligger hardship, er kumulative. Derfor kan der ved anvendelsen af UNIDROIT-principles' definition kun foreligge hardship, hvis alle betingelserne, som opremses, er opfyldt. Denne definition af hardship stemmer i høj grad overens med Herman Bruseruds forslag til indhold i en hardshipklausul.¹¹³

PECL article 6:111 definerer hardship som følger:

“(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.”¹¹⁴

Det må bemærkes, at definitionerne minder meget om hinanden, dog med den ene forskel, at UNIDROIT i 6.2.2. stk. 1, litra c forudsætter, at omstændigheden er udefrakommende og dermed udenfor aftalepartens påvirkning.¹¹⁵ Det må antages, at aftaleparten i vid udstrækning skal bære risikoen for, at der skulle ske noget, som påvirker aftalen. Dette stemmer i bred forstand overens med princippet om, at aftaleparten selv bærer risikoen. Dette begrundes i, at denne har mulighed for at sikre sig igennem en række praktiske foranstaltninger, eksempelvis forsikringer, som eksisterer i næsten

¹¹² Unidroit principle 2010 6.2.2. stk. 1 litra d

¹¹³ (Bruserud, 2010) Hardshipklausuler s. 46 ff.

¹¹⁴ The Principles of European Contract Law article 6:111

¹¹⁵ (Østergaard, 2005) Anvendelsen af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv s. 215 ff.

alle tænkelige begivenheder. Anvendes PECL definitionen, så må det modsat udledes, at aftaleparterens interne forhold også kan klassificeres som hardship. Derfor bør aftaleparterne være opmærksomme på denne forskel, når de vælger, hvilken definition af hardship, som skal ligge til grund for hardshipklausulen.

Foruden at det skal være en udefrakommende omstændighed, som påvirker aftaleforholdets balance, så skal begivenheden være indtruffet eller kommet til aftaleparternes kundskab efter aftalen er indgået.¹¹⁶ Dette særlige krav om, at omstændigheden skal være indtruffet efter aftaleindgåelsen, adskiller sig markant fra de almindelige ugyldighedsgrunde i AFTL §§ 28-34. Disse almindelige ugyldighedsgrunde knytter sig til faktorer, som foregår før eller under aftaleindgåelsen.¹¹⁷ På denne måde kan hardshipklausulen skabe en som udgangspunkt enestående mulighed for, at aftalen kan genforhandles efterfølgende uden at udefrakommende regulerer aftalen. Denne udefrakommende regulering kan komme fra domstolene, som anvender AFTL § 36 eller forudsætningslæren, som er redegjort for i *DEL 3*. Dermed afgiver aftaleparterne muligheden for selv at skabe et nyt aftalegrundlag, som efter deres overbevisning er rimelig.

4.3 HARDSHIPKLAUSULEN

Partsautonomien giver parterne mulighed for at koncipere og opstille deres hardshipklausul på en hvilken som helst måde. Af samme grund eksisterer der ikke en fast måde at koncipere hardshipklausuler udover de standardiserede hardshipklausuler.¹¹⁸ De bør dog holde sig visse særlige forhold for øje, hvor særligt ønsket om at bibeholde aftaleforholdet, dog i modificeret tilstand, er centralt. Derfor er vilkåret om genforhandling centralt i hardshipklausulen. Aftaleparter indgår ikke aftaler med hvem som helst om hvad som helst i tide og utide. Af samme grund indgår erhvervsdrivende heller ikke aftaler for, at de skal ændres igen, fordi der opstår en uforudset omstændighed. I så fald ville aftalen miste sin berettigelse som værktøj til at skabe klarhed og sikkerhed for de erhvervsdrivende, og dermed fungere som et værktøj til aktivt at minimere usikkerhed og risici. Derfor bør

¹¹⁶ Unidroit principle 2010 6.2.2. stk. 1 litra a

¹¹⁷ (Østergaard, 2005) Anvendelsen af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv s. 216

¹¹⁸ (Bruserud, 2010) Hardshipklausuler s. 21

aftaleparterne opsætte nogle rammer for, i hvilken grad man ønsker at give mulighed for at ændre i den oprindelige aftale.¹¹⁹

Det vil i sagens natur være særdeles vanskeligt for aftaleparterne at lave en opremsning af forskellige situationer, som de mener bør kategoriseres som hardship. Denne type opremsninger er almindelig kendt fra force majeure-klausuler, hvor mange forskellige mere eller mindre realistiske situationer opremses. Dette skyldes, at hardship kun omfatter situationer, som aftaleparterne ikke med rimelighed kunne have forudset ved aftaleindgåelsen.¹²⁰ Har aftaleparterne oplyst en lang række af situationer, hvor de mener, at der ville foreligge hardship., så må de også med rimelighed kunne have forudset situationen, da aftalen blev indgået. Et sådant tilfælde ville dog ikke være omfattet af hardship definitionen i UNIDROT art. 6.2.2.

Der findes mange forskellige klausultyper i dansk og international ret, som alle har deres forskelligheder. Der kan være fordele og ulemper ved de almindelige måder disse klausuler formuleres på. De kan blive formuleret vage, for derigennem gives en vid mulighed for fortolkning. Modsat kan andre klausuler med fordel blive konciperet meget klare og utvetydige, så der ikke efterlades megen mulighed for fortolkning. I dette perspektiv, så skal der ved konciperingen af hardshipklausulen skabes opmærksomhed om nogle særlige aspekter. En hardshipklausul skal i henhold til ovenstående afsnit konciperes relativt bredt, fordi aftaleparterne ikke med rimelighed kan forudsige omstændighederne, som skal omfattes. Den skal samtidig være formuleret så klart, at den ikke skaber udfordringer ved fortolkningen.¹²¹ Som beskrevet i *DEL 3*, så er det almindeligt i dansk ret, hvis der skulle opstå tvivl om, hvordan ordlyden af klausulen skal fortolkes, så skal denne fortolkes imod koncipisten – *in dubio contra stipulatorem*. Dette begrundes, som beskrevet, i at koncipisten har muligheden for at formulere sig på sådan måde, at der ikke opstår tvivl. I en situation, hvor en fortolkning af aftalen er nødvendig, så vil parternes forudsætninger for aftaleindgåelsen blive anvendt.¹²²

¹¹⁹ (Østergaard, 2005) Anvendelsen af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv s. 217 f.

¹²⁰ Unidroit principle 2010 6.2.2. stk. 1 litra b

¹²¹ (Østergaard, 2005) Anvendelsen af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv s. 218

¹²² (International Institute for the Unification of Private Law, 2016)

På samme måde tilsikrer denne grundsætning også, at koncipisten ikke med vilje forsøger at skabe en uklar klausul, som kan give denne en fordel, idet klausulerne i en aftale almindeligvis opfylder en række funktioner for at regulere aftaleparternes forpligtigelser i aftaleforholdet. Dermed kan der være tilfælde, hvor en klausul er mere byrdefuld for den ene part end den anden. Dette forhold bør opvejes af andre vilkår i kontrakten, som omvendt skulle forpligtige den anden aftalepart. I denne sammenhæng adskiller hardshipklausulerne sig en anelse fra andre typer af klausuler. Aftaleparternes forpligtigelser i hardshipklausulen er symmetriske, hvilket betyder, at den er indsat i aftalen for at sikre hinanden gensidigt. Symmetrien opstår i, at der er mange forskellige faktorer, som kan skabe hardship-situationen spændende politiske til kommercielle omstændigheder.¹²³ Netop begrundet i denne symmetri bør man i almindelighed også være tilbageholdende med at anvende *in dubio contra stipulatorem* på hardshipklausuler.¹²⁴ Denne faktor kombineret med muligheden for at anvende en standardiseret hardshipklausul fra PECL, UNIDROIT eller andre nedbringer koncipistens risiko for, at hardshipklausulen fortolkes imod denne.

Hardshipklausulens adgang til at genforhandle en aftale bør kun anvendes i aftaleforhold, hvor man som aftalepart ønsker at have muligheden for at genforhandle. Derfor er hardshipklausuler ikke nødvendige i almindelige og uvæsentlige kontrakter, typisk, med en kort varighed. Genforhandlingen skal ske på baggrund af loyalitetsprincippet, som altid bør varetages, også i løbende aftaleforhold. Særligt i genforhandlingssituationen, så skal der være en velvillighed fra begge aftaleparter, om at genforhandlingen foregår på rimelig vis, idet der ellers kan opstå situationer, hvor der ikke kan opnås enighed, som potentielt skal løses hos domstolene. I en sådan situation har hardshipklausulen ikke kunnet gøre gavn. Denne problemstilling er behandlet i *afsnit 4.3.1*.

Derimod vil hardshipklausuler med fordel kunne anvendes i aftaler af længere varighed, fordi der er større risiko for, at der sker noget, som forrykker balancen i aftaleforholdet. Det skal i denne sammenhæng nævnes, at *U 2015.1922 V*, som er gennemgået i *DEL 3*. Her udviser Vestre Landsret ikke meget sympati hos den aftalepart, som spekulerer i kursgevinster, når forudsætningslæren anvendes. I dommen, hvor en landmand fortsætter med at drive arealet indtil der udstykkes, og tidsplanen

¹²³ (Bruserud, 2010) Hardshipklausuler s. 48

¹²⁴ Ibid

for udstykningen forskydes markant i forhold til, hvad kommunen havde forudsat ved aftaleindgåelsen. I en sådan situation kunne en hardshipklausul have hjulpet kommunen til at ændre aftalen i en genforhandling med landmanden, for i så fald ville landmanden og kommunen måske kunne have enes på et kompromis, og derigennem have undgået en flerårig retssag og omkostningerne knyttet til denne.

Retten til at genforhandle i hardshipsituationer er ikke reguleret af baggrundsretten i Danmark, hvorfor anvendelsen af *soft law* eller udenlandsk ret er nødvendig for at forstå og indhente perspektiver på disse situationer. Der er både lande i og udenfor EU, hvor hardship er en del af baggrundsretten, herunder: Frankrig, Estland og Rusland. Særligt Frankrig og Estland, som begge er medlem af EU kan anvendes, hvis der søges perspektiver på anvendelsen. Derfor har ICC også anvendt netop disse landes løsninger på hardshipsituationer i ved udarbejdelse af deres reviderede 2020 standardiserede hardshipklausul.¹²⁵

4.3.1 BLØDE OG HÅRDE HARDSHIPKLAUSULER

Den navnkundige og dybt respekterede juridiske forfatter og praktiker Erik Werlauff opdeler hardshipklausuler i to grupper – de bløde og hårde hardshipklausuler.¹²⁶ Sondringen sker på baggrund af, hvordan aftaleparterne har besluttet at løse en situation, hvor parterne ikke kan opnå enighed under genforhandlingen. I sagens natur nytter en hardshipklausul ikke meget for det fortsatte samarbejde mellem aftaleparterne, hvis disse ikke har forholdt sig til situationen, hvor der ikke har kunnet opnås enighed i genforhandlingen og denne er mislykkedes. Hvis parterne allerede ved aftaleindgåelsen har fastlagt en procedure for, hvordan en mislykket genforhandling skal håndteres, så er der tale om en hård hardshipklausul. UNIDROIT-principles, som er beskrevet i *afsnit 4.2.1*, indeholder også en standardiseret hardshipklausul, som regulerer forholdet mellem aftaleparterne, hvis der ikke kan opnås enighed ved genforhandling. Lignende bestemmelser, som regulerer processen for genforhandling, er også almindeligt anvendt i Danmark i AB18 § 64, stk. 1 og 2, hvor den såkaldte løsningstrappe er beskrevet.

¹²⁵ (Bortolotti, 2020) ICC FORCE MAJEURE AND HARDSHIP CLAUSES 2020 S.7ff

¹²⁶ (Werlauff, 2013) Kontrakter s. 205

Det er i retsteorien diskuteret, i hvilken grad man kan anvende de almindelige domstole som den type af tredjepart, som skal vurdere, hvordan et aftalegrundlag skal genforhandles for at genoprette balancen i aftaleforholdet. Dette begrundes i, at domstolene kun kan handle indenfor retsplejelovens rammer, som er beskrevet i *afsnit 3.2.10*. Denne situationer opstår navnlig tilfælde, hvor aftaleparterne ikke ved aftaleindgåelsen har beskrevet, hvordan ændringen af aftalevilkårene skal anvendes. Hvis der er i aftalen er bestemt, hvordan aftalevilkårene skal ændres, så falder dette udenfor domstolenes adgang til at fortolke og udfylde aftalen. Det falder dog kun udenfor domstolenes kompetenceramme, hvis domstolene skal regulere centrale vilkår i aftalen. Er der derimod tale om mindre justeringer af aftalen eksempelvis en fristforlængelse eller en justering af den økonomiske forpligtigelse, kan domstolene regulere dette.¹²⁷ Denne type af mindre justeringer af aftaler, hvor balancen i aftaleforholdet har forrykket sig, har de danske domstole stor erfaring med at anvende, hvilket navnlig kommer til syne ved anvendelse af henholdsvis forudsætningslæren og AFTL § 36.

Som beskrevet i afsnittet om forudsætningslæren, så anvender danske domstole også selve aftaleforhandlingen, når de skal fortolke aftaleforholdet. I en sådan situation, så vil den kendsgerning, at aftaleparterne ved aftaleindgåelsen har forholdt sig til hardship, blive taget i betragtning af domstolene.¹²⁸ På baggrund af dette må det vurderes, at aftaleparter, der har afvendt en hardshipklausul, hvor de har inkorporeret en proces ved en mislykket genforhandling, har lettere ved at få adgang til en mindre justering af aftaleforholdet hos domstolene. Denne forbedrede adgang til at foretage justeringer af aftaleforholdet vil også være bedre end ved anvendelse af baggrundsretten, som er gennemgået i *afsnittene 3.2.8 og 3.2.9*.

Modsætningsvist af den hårde hardshipklausul, så kendetegnes den bløde hardshipklausul ved, at den ikke indeholder en fastlagt proces for genforhandlingen, men blot tilkendegiver, at aftaleparterne skal genforhandle.¹²⁹ Dette rejser uundgåeligt spørgsmålet, hvordan det sikres at denne type hardshipklausul reducerer risikoen, fordi den er meget bred. Som beskrevet i *afsnit 4.3*, så er loyalitetspligten en essentiel grundsætning i denne situation. Denne pligt til loyal at forhandle nye

¹²⁷ (Petersen, 2014) Procesretlige aspekter af genforhandlingsklausuler – Ændringsregler i længerevarende kontrakter s. 77

¹²⁸ (Petersen, 2014) Procesretlige aspekter af genforhandlingsklausuler – Ændringsregler i længerevarende kontrakter s. 77

¹²⁹ (Werlauff, 2013) Kontrakter s. 230

aftalevilkår, fordi aftalen er blevet mere bebyrdende for aftalemodparten, hænger tæt sammen med den almindelige tabsbegrænsningspligt, hvorefter en aftalepart skal søge at reducere et tab hos sin modpart.¹³⁰ Disse pligter skal aftaleparterne forholde sig til, og rent faktisk forsøge at finde en mindelig løsning på de ændrede forhold. Netop fordi aftaleparterne ved aftaleindgåelsen har indsat en blød hardshipklausul, så vil det være en misligholdelse af aftalen, hvis én af aftaleparterne ikke indgår i den anmodede genforhandling. Dette skaber en potentiel mulighed for, at en aftalepart indgår i genforhandlingen på skrømt udelukkende for ikke at misligholde aftalen, uden at have til hensigt at finde mindelig løsning, men blot for ikke at misligholde aftalen. Dette kan i sagens natur være særdeles svært at bevise for modparten.

4.3.2 PRISFALDSKLAUSULEN, AFTALT HARDSHIP

Som anført adskillige gange i afhandlingen, så kan erhvervsdrivende i vid udstrækning selv indsætte særlige aftalevilkår og klausultyper i aftalen. Derfor kan der også aftales hardshipklausuler, som er asymmetriske i forhold til almindelig metodik omkring hardshipklausuler, der almindeligvis er symmetriske som beskrevet i *afsnittet 4.3*. Et eksempel på en asymmetrisk hardshipklausul er prisfaldsklausulen, som samtidigt illustrerer hardshipklausulens anvendelsesområde i praksis rigtig godt. Prisfaldsklausulen aktiveres, hvis der sker en, typisk signifikant, prisudvikling på én af ydelserne i aftaleforholdet eller andre områder, som forrykker den oprindelige balance mellem aftaleparterne. Prisfaldsklausulen giver i en sådan situation, afhængig af dens udformning, adgang til at genforhandle eller helt at ophæve aftaleforholdet.

Derfor bør de erhvervsdrivende også ved aftaleindgåelsen indsætte bestemmelser, som regulerer prisfaldets størrelse samt dokumentationskravene for prisfaldet. Derudover bør prisfaldsklausulen indeholde bestemmelser om, hvilke retsvirkninger den skal udløse, hvis den aktiveres.¹³¹ De erhvervsdrivende bør i konciperingsprocessen forholde sig til, at prisfaldsklausulen stiller den ene aftalepart fordelagtigt, hvorfor bør den anden aftalepart have indsat en kompensering et andet sted i aftalen. På denne måde kan aftaleparterne selv genforhandle sig til nye aftalevilkår og kan bibeholde et gevinstgivende forhold til hinanden.¹³²

¹³⁰ (Andersen, et al., 2014) Lærebog i Obligationsret I s. 263

¹³¹ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 421

¹³² (Østergaard, 2005) Anvendelsen af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv s. 220

4.4 UNDLADELSE AF HARDSHIPKLAUSUL

Partsautonomien skaber muligheden for, at disse i princippet kan indsætte utallige forskellige klausuler og vilkår i aftalen. Derfor er der i visse udenlandske retssystemer en tendens til at skabe særdeles omfangsrige aftaler, fordi mange forskellige eventualiteter tages i betragtning i aftalen. Dermed bliver der udtømmende aftale, som har forholdt sig til alle eventualiteter. I teorien er det muligt, at den alvidende koncipist kan forudsige alle fremtidige situation. Dette vil dog ikke i praksis ikke være en mulighed, hvorfor koncipisten må på et tidspunkt må acceptere, at denne ikke kan forudsige alt. Dette kan sammenlignes med det klassiske strategiske risikostyringsværktøj – *scenario planning* – hvor man forberede handleplaner for, hvordan forskellige mulige situationer skal håndteres.¹³³

Der er ikke tradition for i Danmark i samme grad at lave meget lange udtømmende aftaler, idet dansk formueret har en række udfyldende deklaratoriske bestemmelser, som kan fraviges i aftalen mellem parterne. Hvis parterne vælger ikke i aftaleindgåelsesprocessen at indsætte et vilkår eller en klausul type, så fungere baggrundsretten til at udfylde aftalen, hvis der skulle opstå tvister eller uklarheder. Der er i dansk ret ikke lignende udfyldende regler om hardship, som åbner op for genforhandling af aftaler mellem aftaleparterne som beskrevet i *DEL 3* uden, at domstolene er inde over, og vurderer rimeligheden af aftaleforholdet efter AFTL § 36 eller forudsætningslæren.¹³⁴

Som beskrevet i *DEL 2*, så må ordlydsfortolkningen have en central rolle, når man skal vurdere sproglige forskelligheder på lovtekster eller aftalevilkår. Denne sammenligning kompliceres en anelse, idet både forudsætningslæren og AFTL § 36 er beskrevet og analyseret på dansk i de anvendte kilder og afhandlingen, fordi der er tale om henholdsvis dansk lovgivning og retspraksis. Derimod så er UNIDROITS principles på engelsk, hvilket kan forvanske den nøjagtige ordlyd af bestemmelsen. På trods af dette, så må det på baggrund af ordlyden af UNIDROIT principles kriterier for hardship vurderes, at disse er lempeligere end både forudsætningslæren og AFTL § 36. Derfor kan anvendelsen af en hardshipklausul efter UNIDROIT principles give adgang til ændring af aftalen på et tidligere

¹³³ (Heijden, 2002) Scenarios – The art of Strategic Conversation

¹³⁴ (Bruserud, 2010) Hardshipklausuler s. 134

stadie end både forudsætningslæren og AFTL § 36. Denne tidligere indgriben kan bevirke, at aftaleparterne kan få afhjulpet den bebyrdende situation inden denne potentielt forværres i endnu højere grad.

Ved ikke at anvende hardshipklausuler eller voldgift, så løber aftaleparterne risikoen for, at deres aftalebetingelser offentliggøres. Dermed risikere aftaleparterne at få erhvervshemmeligheder ud i offentligheden, hvis sagen afgøres ved domstolene under anvendelse af forudsætningslæren eller AFTL § 36.

4.4.1 FORCE MAJEURE SOM UDFYLDENDE REGEL

Først om fremmest adskiller force majeure sig fra hardship i sin påvirkning af aftaleforholdet efter aftaleindgåelsen. Formålet med hardship er, som nævnt i *afsnit 4.3*, at give adgang til at genforhandle enten hele aftalen eller dele af aftalen, hvis der skulle ske en udefrakommende påvirkning af aftaleforholdet, som ikke var forudsigeligt for aftaleparterne ved aftalens indgåelse. Dermed tilsigter hardship at bibeholde aftalen med ændrede vilkår, så der igen opstår en rimelig balance mellem aftaleparterne. Dette begrundes i, at det ikke er umuligt for aftaleparten at opfylde sin forpligtelse, men derimod kun blevet mere byrdefuldt at oprette holde det oprindelige aftalegrundlag. Derfor kan hardship påberåbes tidligere i aftaleforholdet i forhold til force majeure, hvor det skal være umuligt at opfylde aftalen som aftalt ved aftaleindgåelsen.

Det er væsentligt at adskille force majeure og hardship fra hinanden, idet de ikke dækker over samme situation. Det kan dog være særdeles svært at adskille hardship og force majeure, fordi grænsen mellem disse er diffus.¹³⁵ Force majeure er en del af baggrundsretten, som derfor kan træde i kraft uden nødvendigvis at være skrevet ind i det oprindelige aftaleforhold. Begrebet force majeure kan beskrives som en '*overvældende magt*', på engelsk anvendes '*act of god*' og i Tyskland '*Höhere Gewalt*'. Dermed ligger der i ordlyden, at der af beskrivelserne, at der er tale om voldsomme og omfangsrige begivenheder.¹³⁶ Force majeure er lovfæstet i købelovens § 24, som beskriver og

¹³⁵ (Østergaard, et al., 2018) The application of hardship and gain provisions in strategic contracting s. 206

¹³⁶ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 418

endda oplister eksempler på anvendelsessituationer, og dermed hvornår der kan være tale om force majeure.

Force majeure omhandler situationer, hvor en aftalepart umuligt kan opfylde sin forpligtigelse ifølge aftalen, fordi der er indtruffet en omstændighed af en sådan karakter efter aftaleindgåelsen, som aftaleparten ikke kunne have forventet og forsøgt at beskytte sig imod. Dette omfatter alle aspekterne, hvor der forekommer en forpligtigelse en aftale herunder den klassiske køberetlige grund sætning om, at en forpligtigelse skal leveres i *rette tid, rette sted, rette stand*. Kan en erhvervsdrivende ikke leve op til sine forpligtigelser, så er der tale om væsentlig misligholdelse, idet alt misligholdelse er væsentlig. KBL § 24 opregner selv tilfælde krig og indførselsforbud som situationer, som udløser muligheden for force majeure.¹³⁷

4.4.2 KRITIK AF HARSHIPKLAUSULEN

Som tidligere beskrevet, så er der i dansk ret tradition for relativt korte kontrakter, hvorfor baggrundsretten varetager en række udfyldende funktioner. Dette betyder også, at man i dansk ret ikke har tradition for at opremse mere eller mindre usandsynlige begivenheder. Derfor passer hardshipklausulens typisk brede karakter til danske forhold, fordi aftaleparterne har en stor grad af selvstændighed, både under genforhandlingen, men også under aftaleindgåelsen. Netop fordi hardshipklausulen er typisk er bredt formuleret, så kan den forekomme som en let og fornuftig sikkerhedsventil at indsætte i et aftalegrundlag. Hardshipklausulen kan dog give en falsk tryghed for de erhvervsdrivende, fordi forpligtigelsen til at genforhandle ikke er en forpligtigelse til, at genforhandlingen skal end med en rimelig løsning. Dermed risikerer de erhvervsdrivende at indsætte et aftalevilkår i form af hardshipklausulen, som ingen nytte har, idet der potentielt ikke kan opnås enighed om mindre byrdefulde vilkår. Som beskrevet i *afsnit 4.3.1*, så kan det være svært for domstolene at regulere i aftalevilkår ret meget i aftaleforholdet, og denne regulering af aftaleforholdet er også begrænset af domstolenes kompetencerammer.

Under konciperingsprocessen af hardshipklausulen, så har de erhvervsdrivende mulighed for, hvis de anvender den hårde hardshipklausul at udpege en tredjemand som kan afgøre i hvilken grad

¹³⁷ Købeloven § 24, stk. stk. 1.

aftaleforholdet skal reguleres. Så det ikke længere er for byrdefyldt. På denne måde, så sikres aftaleparterne, at der rent faktisk får skabt et revideret aftaleforhold, hvis dette ikke erkendes, så er der tale om misligholdelse af aftalen. På denne måde kan der drages paralleller til voldgift, som er beskrevet i *afsnit 3.2.10*, hvor aftaleparterne også kan vælge en betroet tredjepart til at vurdere, hvordan aftalen skal reguleres for igen at oprette en rimelig balance. Voldgiftsklausuler skal dog være eksplicit aftalt før, at de kan anvendes og eksekveres på.¹³⁸

Der vil dog i situationen, hvor man udpeger en tredjemand til at 'dømme' hardshipklausulen ikke være tale om en dom, som kan sammenlignes med de almindelige domstole eller voldgiftsretten, men derimod om en delegations af aftalekompetencen. Derfor vil denne udpegning af tredjeparten kunne beskrives som en situation, hvor tredjeparten optræder som fuldmægtig for begge aftaleparter samtidig, og laver en nye aftale. Der er derfor ikke tale om en fortolkning eller udfyldning af den oprindelige aftale, men derimod en indgåelse af et nyt aftalegrundlag på baggrund af det oprindelige.¹³⁹ Opstår der efterfølgende tvivl eller uenighed, så kan tvisten indbringes for de almindelige domstole, men dette var netop denne situation aftaleparterne med indsættelsen af hardshipklausulen havde forsøgt at undgå.

Samtidig rejser udpegelsen af en tredjepart en række problemstillinger, som minder om aftaleforhandlingen af voldgift, hvor begge erhvervsdrivende skal have tillid til den udpegede tredjemand etc. Udpegelsen af tredjeparten ændrer grundlæggende ved hardshipklausulens oprindelige hensigt, at de erhvervsdrivende selv kan regulere et tilfælde, hvor den oprindelige balance i aftaleforholdet har forrykket sig siden indgåelsen. Derfor falder ønsket, om at fastlægge en proces med en udvalgt tredjepart som dommer, som vurderer aftaleforholdet udenfor hensigten med hardshipklausulen.¹⁴⁰

ICC har forsøgt at løse problemstillingen, hvor der ikke kan opnås enighed mellem de oprindelige aftaleparter efter at hardshipklausulens genforhandling har fundet sted ved indsættelsen af et vilkår, som først aktiveres efter den oprindelige genforhandling er mislykket. ICC har skelet til fransk,

¹³⁸ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 378 ff.

¹³⁹ (Andersen, 2015) Praktisk aftaleret s. 107 f.

¹⁴⁰ Ibid

estisk og russisk ret, hvor netop denne tilføjelse bliver anvendt i mislykkede genforhandlinger. Mislykkes genforhandlingen, så gives der i ICCs 2020 hardshipklausul mulighed for at ophæve aftalen.¹⁴¹ Denne nye mulighed lægger et vist pres på begge aftaleparter om at opnå enighed, fordi hele aftaleforholdet kan bortfalde, hvilket ikke bør være i deres interesse. Dette pres er designet til at skulle understøtte aftaleparternes oprindelige ønske om at finde en mindelig løsning og bibeholde deres oprindelige aftaleforhold. Formålet med denne udvidelse af hardshipklausulen er, at erhvervsdrivende i højere grad skal føle sig sikre på et rimeligt resultat af genforhandlingen, og dermed øge anvendelsen af hardshipklausuler i praksis med en reduceret risiko. Derfor er det også af teoretikere antaget, at hardshipklausulen i stigende grad vil finde indpas hos erhvervsdrivende ved indgåelsen af strategiske længerevarende aftaleforhold.¹⁴²

UNIDROIT-principles' definition af hardship, som er anvendt i denne afhandling, er ikke specifikt tilpasset til danske forhold. Den er derimod skabt som en fælles international beskrivelse af hardshipklausuler, fordi den er skabt til at understøtte den globale handel. Derfor kan danske erhvervsdrivende med fordel anvende ordlyden af denne, hvis de ikke ønsker en international hardshipklausul.

4.5 DELKONKLUSION

Der findes flere forskellige internationale standardiserede hardshipklausuler, og de er i vid udstrækning ens, men der er små variationer. Derfor skal erhvervsdrivende ikke tankeløst vælge den første hardshipklausul, de støder på, men nøje overveje, hvilken af de standardiserede hardshipklausuler, der ville være mest fordelagtig at vælge. Hardship kan kun påberåbes, når de kumulative betingelser for hardship er opfyldt: en udefrakommende omstændighed, der ikke med rimelighed kunne forudsiges ved aftaleindgåelsen, der fundamentalt forrykker balancen i aftaleforholdet, risikoen for den udefrakommende omstændighed kan ikke tilskrives aftaleparten. Den almindelige hardshipklausul er symmetrisk, hvorfor den beskytter begge aftaleparter, fordi begge kan opleve, at balancen i aftaleforholdet forrykker sig. Der findes dog andre arter af hardshipklausuler, som er asymmetriske og i højere grad ensidige, eksempelvis prisfaldsklausulen.

¹⁴¹ (Bortolotti, 2020) ICC FORCE MAJEURE AND HARDSHIP CLAUSES 2020 s. 7ff.

¹⁴² (Østergaard, et al., 2018) The application of hardship and gain provisions in strategic contracting s.216

Den udefrakommende omstændighed skal have en sådan karakter, at den ikke kan kategoriseres som en bagatel. Den skal være så omfattende, at den beviseligt forrykker balancen i aftaleforholdet, men er den udefrakommende omstændighed for alvorlig, så vil der være tale om force majeure. Hardship ligger imellem disse to kategoriseringer, hvorfor det kan være svært at vurdere, hvornår der foreligger en hardship-situation. Tredjemanden, der skal løse en eventuel tvist vil i en given situation vurdere, om der foreligger hardship, hvis aftaleparterne ikke kan enes.¹⁴³ Force majeure og hardship adskiller sig ved deres påvirkning på aftaleforholdet, når de aktiveres. Force majeure skaber muligheden for at aftaleforholdet ophæves. Hardship giver adgang til at genforhandle de oprindelige aftalevilkår, så den oprindelige balance i aftaleforholdet reetableres.

Det centrale ved hardshipklausulen er, at den kan ophæve den almindelige hovedregel i dansk ret om, at aftalevilkår ikke kan ændres af aftaleparterne efterfølgende uden at den oprindelige aftale bortfalder. Undlades en hardshipklausul, så kan aftaler ikke efterfølgende ændres, medmindre domstolene anvender AFTL § 36 eller forudsætningslæren. Ønsker aftaleparterne selvstændigt at ændre uden tredjemands indblanding, så vil den oprindelige aftale bortfalde og blive erstattet af en ny.

Pligten til at genforhandle parterne imellem er unik i dansk ret, hvilket dog rejser spørgsmålet om hardshipklausulens svage punkt – håndhævelsen. Hardshipklausulen skaber en pligt for aftaleparterne til at genforhandle, hvis den bliver aktiveret. I alle forhandlingssituationer, om det er aftaleindgåelse eller genforhandling, så kan det ikke garanteres, at aftaleparterne kan enes om et resultat. Derfor skal begge aftaleparter deltage i genforhandlingen med det formål at enes under hensyntagen til såvel deres loyalitetsforpligtigelser som tabsbegrænsningspligt, og dermed ikke indgå i genforhandlingen på skrømt. Overholdes genforhandlingspligten ikke, så er der tale om misligholdelse af aftalen, hvorfor de almindelige misligholdelsesbeføjelser træder i kræft. Aftaleparternes uhæderlige hensigter under genforhandlingen er i sagens natur svære at bevise. Dette er én af hardshipklausulens svagheder.

¹⁴³ (Bruserud, 2010) Hardshipklausuler s. 371

Partsautonomien bevirker, at aftaleparterne selv kan bestemme omfanget af reguleringen i hardshipklausulen. De kan vælge at indsætte minimumsgrænser for, hvornår hardship foreligger, men i særdeleshed, så kan der i hardshipklausulen indsættes en løsningsprocedure – den hårde hardshipklausul. Dette kan være lettere for aftaleparterne at forholde sig til, inden at der opstår en eventuelt tvist. Undlades løsningsproceduren, kaldes det en blød hardshipklausul. Foruden en løsningsprocedure, så kan aftaleparterne også udpege en betroet tredjepart til at finde en mindelig løsning, men så forsvinder aftaleparternes mulighed for selv regulere aftalen uden andres indblanding, og dermed også beskyttelse af deres aftale.

ICC har forsøgt at løse problematikken, hvor aftaleparterne ikke kan enes ved genforhandlingen ved at udvide deres seneste standardiserede hardshipklausul til at omfatte en mulighed for at ophæve aftalen, hvis aftaleparterne ikke kan genforhandle aftalen. Dette lægger et yderligere pres på aftaleparterne for at gennemføre genforhandlingen med et succesfuldt resultat.

DEL 5: AFSLUTNING

5.1 KONKLUSION

Aftaler har siden romerretten fungeret som et risikostyringsværktøj, som har skullet hjælpe erhvervsdrivende med at nedbringe risici samt danne grundlag for at indrette deres fremtidige forretningsmæssige dispositioner på baggrund af, at aftalen opretholdes – *pacta sunt servanda*. Derfor er der ikke umiddelbart adgang til at foretage ændringer af aftaler efterfølgende i dansk ret for aftaleparter – med mindre de indgår en ny aftale. En efterfølgende justering af en aftale vil derfor kræve, at domstolene anvender enten AFTL § 36 eller forudsætningslæren, men anvendelsen af domstolene vil næppe have danne grobund for et fremtidigt samarbejde mellem aftaleparterne. For at minimere muligheden for konflikter bør aftaleparterne nøje overveje, hvordan risikofordelingen i aftaleforholdet skal bestemmes.

Traditionelt koncentrerer aftaler sig om forhold inden af indgåelsen, men i praksis kan der gå lang tid fra aftaleforhandlingen og dermed aftaleindgåelsen til aftaleforholdets opfyldte afslutning. Der er særligt ved længerevarende aftaleforhold en større grad af risiko for, at der opstår nogle udefrakommende omstændigheder, som ikke med rimelighed kunne have været forudset og forholdt sig til ved aftaleindgåelsen. Denne forrykkelse af den oprindelige balance i aftaleforholdet, så den ene aftalepart bliver særligt bebyrdet, når denne opfylder sin forpligtigelse, kan påvirke dennes lyst eller evne til opfylde sine forpligtigelser.

Derfor kan det for aftaleparterne være fordelagtigt i længerevarende aftaleforhold ved aftaleindgåelsen proaktivt at forholde sig til, hvordan de ønsker at imødegå uforudsete omstændigheder, som kan gøre det mere bebyrdende for den ene af dem at opfylde sin oprindelige forpligtigelse. Ved anvendelsen af hardshipklausulen kan aftaleparterne aktivt forholde sig til, mens de er på god fod med hinanden, hvordan de vil løse en potentiel fremtidig konflikt uden at deres forretningshemmeligheder bliver offentligt kendte. De erhvervsdrivende får med hardshipklausulen et proaktivt juridisk værktøj, så de kan ændre aftaler efterfølgende, hvis der skulle opstå en byrdefuld omstændighed. Dette sikrer de erhvervsdrivende i større grad i forbindelse med indgåelsen af længerevarende strategiske aftaleforhold.

Erhvervsdrivende kan i vidt omfang indsætte hardshipklausuler i deres aftaler, dog skal de være opmærksomme på disses begrænsninger. Pligten til at genforhandle er ikke en pligt til at opnå et resultat, hvorfor hardshipklausulen ikke nødvendigvis garanterer aftaleparterne et nyt rebalanceret og velfungerende aftaleforhold. En betroet tredjemand kan indsættes til at regulere aftalen, men i denne situation forspilder de oprindelige aftaleparter hardshipklausulens mulighed for at løse den opståede tvist mellem sig, hvilket også gælder, hvis tvisten bringes for domstolene.

5.2 PERSPEKTIVERING

Verden er i løbende forandring, hvor der sker større eller mindre påvirkninger af erhvervsdrivende i Danmark og i udlandet. Denne kontinuerlige forandring af forretningsmiljøerne vil i en fremtid, hvor disse bliver endnu mere globale end hidtil, åbne op for i en større grad af påvirkninger fra udefrakommende omstændigheder. I en globaliseret verden kan ændrede forhold på andre kontinenter i stigende grad påvirke danske erhvervsdrivendes mulighed for at opfylde deres forpligtigelser, fordi de globale forsyningskæder bliver tyndere og tyndere. Opstår der en flaskehals eller andre forhold, som påvirker den internationale transport, så kan forudsætningerne og forventningerne ved aftaleindgåelse forrykke sig i en sådan grad, at opfyldelsen af aftalen bliver særligt bebyrdende for den ene af aftaleparterne. Ikke kun flaskehalse i forsyningskæderne kan skabe denne type af udsving og besværligheder for danske erhvervsdrivende. I lyset af Vestens solidaritet med Ukraine efter invasionen fra Rusland, hvor denne solidaritet har skabt enorme prisstigninger og forsyningsvanskeligheder, så er det ikke utænkeligt, at Vesten vil forholde sig lignende i situationer, hvor et andet stort land angriber et naboland.¹⁴⁴

Hvis dette betyder, at de seneste år med relativt rolige økonomiske markeder og den kontinuerlige globale vækst potentielt afløses af nogle usikre og svingende globale markeder, så bør danske erhvervsdrivende i stigende grad forholde sig til at sikre sig selv og deres aftalemodparter med hardshipklausuler, som kan give adgang til at genforhandle allerede eksisterende aftalevilkår, så denne risiko ikke kommer til at påvirke erhvervsdrivendes lyst til at indgå længerevarende aftaleforhold negativt.

¹⁴⁴ (KARLSSON, 2022) Professor til virksomheder: Kina kan blive nyt Rusland

Bibliografi

Bøger

- Andersen, Mads Bryde. 2016.** *Enkelte transaktioner*. 3. Udgave : Gjellerup, 2016.
- . **2021.** *Grundlæggende aftaleret*. København : Gjellerup, 2021.
- Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph. 2014.** *LÆREBOG I OBLIGATIONSRET I*. 3. Udgave : Karnov Group, 2014.
- Andersen, Mads Bryde. 2015.** *Praktisk Aftaleret*. 4. Udgave : Gjellerup, 2015.
- Blume, Peter. 2009.** *Juridisk metodelære*. 5. udgave : Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2009.
- Bruserud, Hermann. 2010.** *Hardshipklausuler*. s.l. : Fagbokforlaget, 2010.
- Clause, Nis Jul, Ørgaard, Anders og Edlund, Hans Henrik. 2015.** *Købsretten*. 6. Reviderede udgave : Karnov Group, 2015.
- Evald, Jens. 2020.** *Juridisk teori, metode og videnskab*. 2. udgave : Djøf Forlag, 2020.
- Gomard, Bernhard, Ørgaard, Anders og Godsk Pedersen, Hans Viggo. 2015.** *Almindelig kontraktsret*. 5. Udgave : Jurist- og Økonomiforbudnets Forlag, 2015.
- Hansen, Carsten Munk. 2018.** *Retsvidenskabsteori*. 2. Udgave : Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2018.
- Hansen, Lone og Werlauff, Erik. 2016.** *Den juridiske metode*. 2. Udgave : Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016.
- Heijden, K. van Der. 2002.** *Scenarios - The Art of Strategic Conversation*. Wiley. 2002.
- International Institute for the Unification of Private Law. 2016.** *UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts*. 2016.
- Ross, Alf. 1966.** *Om Ret og Retfærdighed*. København : Nyt Nordisk Forlag, 1966.
- Werlauff, Erik. 2013.** *Kontrakter*. s.l. : Jurist og Økonomiforlaget, 2013.

Artikler

- Bortolotti, Fabio. 2020.** *ICC FORCE MAJEURE AND HARDSHIP CLAUSES 2020*. s.l. : INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2020.
- Petersen, Clement. 2014.** *Procesretlige aspekter af genforhandlingsklausuler – Ændringsregler i længerevarende kontrakter*. København : Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2014.

Østergaard, Kim. 2005. Anvendelse af hardshipklausuler i et erhvervsjuridisk perspektiv. [forfatter] Juridisk Institut. *Juridisk Institut. Julebog*. s.l. : Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2005.

Østergaard, Kim og Petersen, Bent. 2018. <https://research.cbs.dk/da/publications/the-application-of-hardship-and-gain-provisions-in-strategic-cont> . *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*. 2018, Årg. vol 4, 4.

Elektroniske kilder

International Chamber of Commerce. 2020. www.iccwbo.org. [Online] International Chamber of Commerce, 9. Oktober 2020. [Citeret: 22. April 2022.] <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-releases-incoterms-2020/>.

KARLSSON, JEPPE BOYSEN. 2022. Professor til virksomheder: Kina kan blive nyt Rusland. *Børsen*. 5. april, 2022.

Nationalbanken. 2015. 2008- FINANSKRISE OG SIKRING AF FINANSIEL STABILITET . www.nationalbanken.dk. [Online] 3. December 2015. [Citeret: 5. Maj 2022.] <https://www.nationalbanken.dk/da/om-nationalbanken/historie/Sider/2008---Finanskrise-og-sikring-af-finansiel-stabilitet.aspx>.

Dansk Industri. 2020. www.danskindustri.dk. [Online] 2020. [Citeret: 22. April 2022.] <https://www.danskindustri.dk/vi-radgiver-dig-ny/virksomhedsregler-og-varktojer/handel-og-eksport/eksporthandbogen/eksport-knowhow/ico-terms/>.

Det Danske Voldgiftsinstitut. Anbefalede klausuler. [Online] [Citeret: 7. Maj 2022.] <https://voldgiftsinstituttet.dk/anbefalede-klausuler/>.

LOVGIVNING

Kong Christian Den Femtis Danske Lov nr. 11000 af 15. april 1683.

Lovbekendtgørelse om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (aftaleloven) nr. 193 af 2. marts 2016, jf. lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996, med de ændringer, der følger af § 2 i lov nr. 1376 af 28. december 2011 og § 15 i lov nr. 1565 af 15. december 2015

Lovbekendtgørelse om lov om køb (Købeloven) nr. 140 af 17. februar 2014, jf. lovbekendtgørelse nr. 237 af 28. marts 2003, med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 523 af 6. juni 2007, § 7 i lov nr. 718 af 25. juni 2010 og § 1 i lov nr. 1460 af 17. december 2013.

Lovbekendtgørelse om rettens pleje (retsplejeloven) nr. 1284 af 14. september 2018, jf. lovbekendtgørelse nr. 1101 af 22. september 2017, med de ændringer, der følger af lov nr. 1679 af 26. december 2017, § 2 i lov nr. 1680 af 26. december 2017, lov nr. 130 af 27. februar 2018, § 5 i lov nr. 503 af 23. maj 2018, § 2 i lov nr. 708 af 8. juni 2018, lov nr. 709 af 8. juni 2018, lov nr. 710 af 8. juni 2018, § 4 i lov nr. 713 af 8. juni 2018, lov nr. 714 af 8. juni 2018 og § 2 i lov nr. 715 af 8. juni 2018.

Lovbekendtgørelse nr. 1324 af 21. november 2018 (færdelsesloven), med de ændringer, der følger af § 15 i lov nr. 1521 af 18. december 2018, lov nr. 1559 af 18. december 2018, lov nr. 1563 af 18. december 2018, lov nr. 509 af 1. maj 2019, lov nr. 556 af 7. maj 2019, lov nr. 139 af 25. februar 2020, § 1 i lov nr. 2074 af 21. december 2020, lov nr. 2081 af 21. december 2020, § 3 i lov nr. 2082 af 21. december 2020, lov nr. 2083 af 21. december 2020, lov nr. 534 af 27. marts 2021, lov nr. 884 af 12. maj 2021, § 2 i lov nr. 1169 af 8. juni 2021, § 5 i lov nr. 1177 af 8. juni 2021 og § 2 i lov nr. 1187 af 11. juni 2021.

Lovbekendtgørelse nr. 977 af 9. september 2019 (arbejdsskadesforsikringsloven), med de ændringer, der følger af § 9 i lov nr. 1374 af 13. december 2019, § 3 i lov nr. 1554 af 27. december 2019 og § 11 i lov nr. 1559 af 27. december 2019.

LOV nr. 181 af 24/05/1972 (voldgiftsloven)

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed (AB 18) udstedt af Transport-, Bygnings- og Boligministeriet den 10. august 2018

UDENLANDSK LOVGIVNING

Uniform Commercial Code, amerikansk lovgivning.

SOFT LAW

UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. 2016. Rom: International Institute for the Unification of Private Law

UNCITRAL Conciliation Rules. 1980.
International Chamber of Commerce – INCOTERMS

The Principles of European Contract Law

ICC Force Majeure and Hardship Clauses 2020

RETSPRAKSIS:

- U 2015.1922 V
- U 2012.2503 Ø
- U 2009.2800 SH
- U 2008.1538 V
- U 2005.2438 H
- U 2000.2280 H
- U 2000.656 H
- U 1985.334 H
- U 1985.1101 V.
- U 1975.607 SH

C-6/64, Costa mod E.N.E.L

