

Aspekter af hardship inden for internationale kontrakter

Aspects of hardship within
international contracts

Aalborg Universitet, Juridisk Institut
Erhvervsøkonomi-jura, cand.merc.jur.

Speciale i international kontraktret
Under vejledning af Thomas Neumann

Ane Ammitzbøll Lyngsø	20185672
Mette Nygaard Andersen	20183756
Sascha Aakerhjelm Laage Sørensen	20183758

Antal anslag 182.220 svarende til 76 sider



Abstract

This thesis aims to shed light on various aspects of hardship in international contracts, as hardship is a controversial issue. Hardship occurs when a party's obligation to perform becomes more onerous than at the time of the contract's conclusion. The aspects are examined based on four research questions. The legal dogmatic method is used to answer the research questions, as the intention of the thesis is to describe the state of the law within the aspects of hardship. The state of the law is analysed based on legal literature, international principles, and case law.

The first research question concerns the extent to which there is a basis for hardship within the wording of the CISG. The research question is answered by interpreting the provisions of the convention according to CISG art. 7(1). Based on the analysis of CISG art. 4, it is more appropriate to address the legal basis for hardship under CISG art. 79, while the analysis of CISG art. 8 illustrates that hardship according to this provision can be difficult in practice. The analysis of CISG art. 79 establishes that there is no unequivocal legal basis for hardship in the provision, as the legal basis depends on the arguments.

The second research question concerns with whether hardship can be regulated through the convention's underlying general principles if hardship is not regulated by the wording of the CISG. To answer the research question, CISG art. 7(2) is used to interpret the convention, as the provision is used to fill a gap in the convention. Based on the analysis of international principles, a general principle within the international principles has been established. The general principle within the international principles can be used to fill the gap regarding hardship in the convention if it is considered a general principle within the CISG. Hardship can thus be regulated through the convention's general principles. If the general principle within the international principles is not acknowledged, the issue of hardship must be regulated by national law.

The third research question concerns the extent to which an indicative threshold for hardship can be derived from case law. The research question is answered by comparing case law, as there is no threshold specified in the CISG or the international principles. The threshold expresses the extent of a price fluctuation risk that the disadvantaged party should bear in case of hardship. In case law, the threshold ranges from a price fluctuation of 50 pct. to 300 pct., if even specified, which is why the legal position is unclear. Therefore, it is not possible to derive an indicative threshold for hardship through case law, but speculative transactions have a higher threshold.

The fourth research question concerns which remedies the parties can invoke in case of hardship under the CISG and the convention's underlying general principles. To answer this, the CISG's remedies will be analysed in the case of a breach of the contract and other remedies through the convention's underlying general principles. Based on the analysis, the convention's remedies of damages, specific performance, and avoidance can be invoked. At the same time, renegotiation can be invoked as a result of the convention's general principles. However, there are arguments for and against the application of the remedies under the CISG and the general principles, which will be illuminated in the thesis.

Indholdsfortegnelse

1	Indledning og forskningsspørgsmål.....	1
2	Metode.....	3
3	Afgrænsning	5
4	Hardship	6
	4.1 Forskellen mellem hardship og force majeure	8
5	CISG	9
	5.1 Anvendelsesområdet af CISG	11
	5.2 Fortolkning af CISG	11
	5.2.1 Fortolkning efter CISG art. 7(1)	12
	5.2.2 Fortolkning efter CISG art. 7(2)	13
6	Hjemmel til hardship i ordlyden af CISG	15
	6.1 Hjemmel efter CISG art. 4	15
	6.2 Hjemmel efter CISG art. 8	16
	6.3 Hjemmel efter CISG art. 79	16
	6.4 Delkonklusion	18
7	Hjemmel til hardship gennem CISG's generelle principper	19
	7.1 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.....	19
	7.1.1 Scafom v. Lorraine.....	23
	7.2 TransLex-Principles	28
	7.3 Principles of European Contract Law	31
	7.4 Draft Common Frame of Reference.....	34
	7.5 The Principles of Latin American Contract Law	38
	7.6 Udledte grundsætninger	42
	7.7 Delkonklusion	44
8	Vejledende offergrænse for hardship.....	44
	8.1 Offergrænsen ved forudsigelighed.....	45
	8.2 Offergrænsen ved spekulative transaktioner.....	47
	8.3 Offergrænsen ved hardship.....	49
	8.4 Retsstillingen.....	50
	8.5 Delkonklusion	51
9	Parternes beføjelser ved hardship	51
	9.1 Erstatning.....	51
	9.2 Genforhandling	52

9.3	Naturalopfyldelse	53
9.4	Ophævelse	54
9.5	Delkonklusion	55
10	Konklusion	55
11	Litteraturliste	59
11.1	Bøger.....	59
11.2	Artikler	60
11.3	Internetsider.....	61
11.4	Lovgivning.....	61
11.5	Principper.....	61
11.6	Retspraksis	62
12	Bilag	63

1 Indledning og forskningsspørgsmål

Det klare udgangspunkt inden for aftaleretten er *pacta sunt servanda*, hvilket betyder, at aftaler skal holdes.¹ Dette indebærer, at parternes aftale er bindende. Når parterne indgår en bindende aftale, forhandler de typisk deres kontraktmæssige forpligtelser med hinanden. De kontraktmæssige forpligtelser består af ydelser og modydelse, hvilket er de tungtvejende og fundamentale krav i parternes aftale.² En ydelse og modydelse er eksempelvis levering og betaling mellem parterne. Såfremt en af parterne ikke er i stand til at opfylde sine forpligtelser i overensstemmelse med aftalen, kan der foreligge misligholdelse. I tilfælde af misligholdelse vil den ikke-misligholdende part fortsat sikre sine interesser, hvorfor denne er berettiget til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for den misligholdende part. Samtidigt bør der gives mulighed for, at den misligholdende part kan afhjælpe misligholdelsen, således den modstående part alligevel ikke kan gøre misligholdelsesbeføjelserne gældende.³ Det kan dog forekomme, at en part ikke opfylder sine kontraktuelle forpligtelser, uden dette medfører misligholdelse af parternes aftale.⁴ Dette ses eksempelvis ved ansvarsfritagelser, der er en undtagelse til den misligholdende parts ansvar over for den ikke-misligholdende part. Ansvarsfritagelserne kan enten reguleres af lovgivningen eller de underliggende principper hertil. Der kan forekomme situationer, hvor en parts forpligtelse til at præstere en aftalt ydelse bliver mere byrdefuld end på tidspunktet for aftalens indgåelse. Når parterne indgår aftalen, findes der, gennem forhandling, en balance i ydelse og modydelse, men når det byrdefulde forhold opstår, sker der en forrykkelse af denne balance i parternes aftale. Hvis balancen forrykkes, således ydelse og modydelse ikke længere er modsvarende, kan der opstå hardship, som er en type af ansvarsfritagelse.⁵ Der kan ligeledes forekomme situationer, hvor en part ikke misligholder sine forpligtelser, hvis disse bliver umulige at opfylde grundet udefrakommende begivenheder, der ikke kunne forudses på aftaletidspunktet.⁶ Denne ansvarsfritagelse betegnes *force majeure*, hvor parterne ikke er forpligtet til at præstere det umulige.⁷ Aftalens forpligtelser er mere byrdefulde at opfylde ved hardship, mens aftalens forpligtelser er umulige at opfylde ved *force majeure*.⁸ Begge typer af ansvarsfritagelser regulerer den ugunstigt stillede parts forpligtelser, når der ellers ville foreligge misligholdelse af parternes aftale.

Hardship og *force majeure* kan forekomme i nationale såvel som internationale kontrakter. I og med aftaler mellem parter foregår på et mere og mere globalt niveau, har dette speciale et internationalt perspektiv.⁹ Der tages derfor udgangspunkt i den internationale konvention, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (herefter: CISG), eftersom denne regulerer internationale aftaler mellem parter. CISG indeholder en bestemmelse, som hovedsageligt regulerer ansvarsfritagelse i forbindelse med *force majeure*. Det er omdiskuteret, hvorvidt denne bestemmelse ligeledes kan rumme ansvarsfritagelse i tilfælde af

¹ Schwenger, I. og Muñoz, E., *Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship*, s. 150.

² Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 265.

³ Clausen, J. C., Edlund, H. H. og Ørgaard, A., *Købsretten*, s. 84.

⁴ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 265.

⁵ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 243.

⁶ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 241.

⁷ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 265-266.

⁸ Andersen, M. B. og Lookofsky, J., *Lærebog i Obligationsret I*, s. 196.

⁹ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 3.

hardship.¹⁰ I flere retssystemer findes en selvstændig bestemmelse, som regulerer hardship, men en sådan bestemmelse findes ikke i CISG.¹¹ På baggrund af dette ønskes denne problematik belyst sammen med specialets undersøgelse af forskellige aspekter af hardship inden for internationale kontrakter.

Inden for hardship findes flere kontroversielle spørgsmål, hvorfor der tages udgangspunkt i udvalgte problematikker, der relaterer sig til hardship i internationale kontrakter. Ordlyden af konventionsteksten i CISG nævner hverken hardship eller mere byrdefulde aftaler. Såfremt konventionen ikke regulerer hardship, kan det resultere i, at den ugunstigt stillede part fortsat er forpligtet til at opfylde den byrdefulde forpligtelse i parternes aftale. Dette fører til en undren over, hvordan parterne er stillet, såfremt der opstår en hardshipsituation. Såfremt parterne ikke har aftalt reguleringen af hardship gennem deres aftale, består undringen af, i hvilket omfang baggrundsretten, i dette tilfælde CISG, regulerer, hvorledes parterne er stillet i tilfælde af hardship. En problematik, der kan forekomme i praksis, er at aftaler bliver mere byrdefulde at opfylde efter aftaleindgåelsen, hvor dette ikke er reguleret i parternes aftale. Derfor findes det relevant at undersøge, hvorvidt det ved fortolkning af ordlyden i CISG, er muligt at regulere hardship herigennem. Dette resulterer i følgende forskningsspørgsmål: *I hvilket omfang findes der hjemmel til hardship i ordlyden af CISG?*

Såfremt der ikke findes hjemmel til hardship i ordlyden af CISG, fører dette til en videre undren over, hvorledes den ugunstigt stillede part er stillet. Undringen indebærer, hvorvidt den ugunstigt stillede part fortsat er forpligtet til at opfylde den byrdefulde forpligtelse, idet hjemlen til ansvarsfritagelse i tilfælde af hardship ikke kan findes i ordlyden af konventionen. Hvis hjemlen ikke findes i ordlyden, er der et *gap (lacuna)*, hvilket betyder, at der er et tomrum inden for lovgivningen. Dette *gap* skal udfyldes med konventionens underliggende generelle principper. Herudfra findes det relevant at undersøge, hvorvidt det er muligt at regulere hardship i CISG, såfremt der ikke findes en hjemmel direkte af ordlyden i konventionen. Hermed opstår forskningsspørgsmålet: *Kan hardship reguleres gennem konventionens generelle principper, hvis hardship ikke reguleres af ordlyden i CISG?*

Hardship er aktuelt, når omstændighederne omkring parternes aftale ændrer sig, således forpligtelsen bliver mere byrdefuld end ved aftaleindgåelsen. I CISG er der ikke fastsat en grænse for, hvornår hardship kan gøres gældende.¹² Det fremgår derfor ikke, hvor byrdefuld forpligtelsen skal være, forinden der foreligger hardship. Dermed er det uvist for parterne, hvor byrdefuld forpligtelsen skal være, før grænsen, for hvor stor en del af risikoen ved et prisudsving den ugunstigt stillede part skal bære, overstiges, og der statueres hardship. Denne grænse betegnes offergrænsen. På baggrund heraf opstår en undren over, om en sådan grænse kan findes gennem retspraksis, som parterne kan anvende vejledende i praksis i tilfælde af hardshipsituationer. Dette resulterer i følgende forskningsspørgsmål: *I hvilket omfang kan der udledes en vejledende offergrænse for hardship gennem retspraksis?*

¹⁰ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 161.

¹¹ Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1129-1130.

¹² CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 20 - Hardship under the CISG*, kommentar 7.1.

Hvis der statueres hardship, foreligger der en byrdefuld forpligtelse, som den ugunstigt stillede part forventeligt ikke ønsker at opfylde. Dette indebærer, at den ugunstigt stillede part er fritaget for ansvar, men den modstående part er fortsat berettiget til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Misligholdelsesbeføjelserne i CISG består af, at den modstående part kan kræve erstatning, naturalopfyldelse og ophævelse over for den ugunstigt stillede part. Det er derfor nærliggende at undersøge, hvilke beføjelser parterne kan gøre gældende i henhold til CISG ved hardship. Tilmed findes det relevant at undersøge, hvorvidt der er øvrige beføjelser i tilfælde af hardship gennem konventionens underliggende generelle principper. På baggrund heraf opstilles forskningsspørgsmålet: *Hvilke beføjelser kan parterne gøre gældende ved hardship i henhold til CISG og konventionens generelle principper?*

For at være i stand til at besvare de fire forskningsspørgsmål i specialet fastlægges først metoden for spørgsmålenes behandling, hvorefter specialets forskningsområde afgrænses. Dernæst beskrives hardship og CISG generelt, hvilket skal danne en baggrundsforståelse forinden besvarelsen af forskningsspørgsmålene. Derefter besvares forskningsspørgsmålene efter samme struktur, som de er opstillet ovenfor. Endeligt konkluderes der på de fire forskningsspørgsmål.

2 Metode

Overordnet set anvendes retsdogmatisk metode til besvarelse af forskningsspørgsmålene i specialet. Retsdogmatisk metode beskriver og analyserer retsregler ud fra gældende ret inden for et bestemt område.¹³ Hensigten med specialet er at beskrive retstilstanden i forhold til aspekter inden for hardship i internationale kontrakter, hvorfor metoden er nærliggende at anvende.

Primært tager specialet afsæt i internationale retskilder, idet aspekterne inden for hardship ønskes belyst på et internationalt niveau. Besvarelsen af forskningsspørgsmålene tager udgangspunkt i CISG, hvorfor denne tillægges betydelig retskildeværdi, da konventionen danner grundlag for analysen i specialet.¹⁴ I specialet anvendes den engelske udgave af CISG, da dette er en af de seks officielle oversættelser, hvor national forståelse af begreber ikke indblandes i bestemmelsernes ordlyd.^{15, 16} Yderligere ønskes aspekterne af hardship belyst på et internationalt niveau, hvorfor den engelske udgave af konventionen er nærliggende at anvende. For at beskrive og analysere retstilstanden inden for aspekter af hardship i henhold til CISG, benyttes retslitteratur, internationale principper og retspraksis.

Retslitteraturen består blandt andet af litteratur, hvor forfattere kommenterer på bestemmelserne i CISG, hvilket betegnes kommentarværker. Kommentarværkerne, der er anvendt i specialets analyse, tillægges en betydelig retskildeværdi, eftersom de benyttes til at undersøge og

¹³ Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, s. 85.

¹⁴ Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, s. 21.

¹⁵ *United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods*, postambel.

¹⁶ Kristensen, L. H., Kartoft, S. og Iversen T., *Dansk og international køberet*, s. 312.

analysere retstilstanden inden for hardship. Kommentærværkerne afspejler forfatterens subjektive holdning til hardship, hvorfor de som udgangspunkt ikke bør tillægges retskildeværdi.¹⁷ Alligevel benyttes kommentærværkerne i specialet, da disse bidrager til en grundlæggende forståelse af retstilstanden på området. Dette gør de gennem argumenter for og imod aspekterne inden for hardship, hvormed retstilstanden belyses. Det er i praksis ikke muligt at fremsøge retspraksis fra samtlige CISG-kontraherende lande. Dette skyldes blandt andet både tilgængeligheden af retspraksis, samt sproget retspraksis er afsagt på. Derfor anvendes forfatterens analyser af lovgivningen og retspraksis, da disse allerede har foretaget en grundig forskning på området, der kan tilegnes viden ud fra til besvarelse af forskningsspørgsmålene i specialet. På trods af dette er argumenterne forfatterens subjektive holdning, hvorfor det er nødvendigt at være kildekritisk. Specialets kildekritik afspejles ved, at der tages hensyn til, hvilke retskilder forfatterne bruger i deres argumentation. Jo mere forfatterne henviser til lovgivning og retspraksis for at underbygge deres argumenter, jo mere pålidelig må deres analyse være. Yderligere er der udvalgt flere forfatteres kommentærværker, således hardship ikke anskues på en indskrænket og ensidig måde. Desuden tillægges kommentærværkerne ikke forskellig værdi i specialet. De anvendte kommentærværker er både af nyere og ældre dato. Dette medfører, at det er nødvendigt at have for øje, om der er sket en udvikling på området, der gør, at værkets kommentarer til lovgivningen inden for området ikke længere kan tillægges lige så betydelig værdi. Den øvrige retslitteratur i specialet er faglitteratur og artikler, der anvendes til beskrivelse af aspekterne inden for hardship.

De internationale principper belyser retstilstanden i forhold til hardship, hvis der ikke tages udgangspunkt i ordlyden af CISG. De udvalgte principper repræsenterer både det internationale, europæiske og latinamerikanske. Disse principper er udvalgt, idet der er bred geografisk spredning mellem de CISG-kontraherende lande, hvorfor de udvalgte principper ønskes at repræsentere dette. Ydermere henvender principperne sig til områder, hvori der er kontraherende lande, som har mulighed for at benytte principperne. Spredningen af princippernes anvendelsesområde bidrager til et retvisende billede af retstilstanden inden for aspekter af hardship. Desuden fremgår flere af de anvendte internationale principper i litteraturen, hvilket bestyrker deres anvendelse i praksis. Tilsammen bevirker dette, at principperne kan anses som internationalt anerkendte. For at belyse retstilstanden i forhold til hardship ud fra de internationalt anerkendte principper anvendes komparativ metode. Dermed sammenlignes de internationale principper for at finde forskelle og ligheder mellem disse. Dette gøres ved en løbende analyse, hvor principperne gennemgås i forlængelse af hinanden med inddragelse af den foregående analyse af principperne. Princippernes forskelle fremhæves under det konkrete princip, men danner ikke baggrund for den videre analyse, idet der i specialet er fokus på lighederne mellem principperne. Princippernes ligheder illustrerer, hvor disse er enige, hvilket benyttes til at udlede en samlet grundsætning. Grundsætningen afspejler dermed de internationalt anerkendte princippers ligheder, der kan være udtryk for konventionens underliggende generelle principper. Grundsætningen kan herudfra anvendes til at beskrive retstilstanden ved hardship på baggrund af de internationalt anerkendte principper samt belyse de øvrige aspekter inden for hardship i den videre analyse.¹⁸ Anvendelsen af grundsætningen skal

¹⁷ Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, s. 74.

¹⁸ Neumann, Thomas, *An Exploration of Article 80 CISG*, s. 31.

ske med forsigtighed, da der kan være andre internationale principper, som ikke er behandlet i specialet, der er uenige. Derudover kan de kontraherende lande have en anden opfattelse af hardship, hvorfor det ikke entydigt kan siges, om grundsætningen er et udtryk for et generelt princip inden for CISG.

Retspraksis anvendes i specialets analyse til at underbygge retslitteraturens opfattelse af retstilstanden inden for aspekter af hardship. I forlængelse heraf bemærkes det, at tilgængelig retspraksis på området er begrænset, hvorfor det udelukkende er muligt at beskrive og analysere retstilstanden ud fra disse. Dette kan tænkes at skyldes, at tvister inden for hardship afsiges af voldgiftsretten, hvormed tilgængeligheden af disse kendelser er begrænset. Retspraksis benyttes desuden til at udlede retsstillingen på området for at belyse retstilstanden inden for aspekter af hardship. Ved anvendelse af retspraksis til udledning af retsstillingen, skal det vurderes, hvorvidt afgørelserne er af overbevisende karakter. Dette vurderes ud fra domstolens eller voldgiftsrettens argumentation, retsinstansen og hensyntagen til fremmed retspraksis fra andre CISG-kontraherende lande.¹⁹ Hertil ses det, at CISG art. 7(1) bestemmer, at det er op til de nationale domstole at lade sig overbevise af velbegrundede afgørelser fra andre kontraherende lande. Landene skal dermed være tilbageholdende med at fravige udenlandsk retspraksis, hvorfor de har pligt til at tage afgørelser fra andre kontraherende lande i betragtning ved afgørelse af egne sager.²⁰ Såfremt retspraksis er af overbevisende karakter, tillægges de værdi i specialet, hvorfor de kan anvendes til at udlede retsstillingen inden for hardship.²¹ I specialet lægges der hovedsageligt vægt på, om argumentationen fremgår tydeligt af afgørelserne, når det vurderes, om retspraksis er overbevisende. Dette skyldes, at det er omfangsrigt at undersøge de forskellige kontraherende landes retssystemer, hvilket fjerner fokus fra specialets forskningsspørgsmål, når specialets omfang er begrænset. Desuden er der, i de analyserede afgørelser, ikke refereret til fremmede retspraksis, hvorfor denne vurdering endvidere ikke kan anvendes i analysen i specialet til fastlæggelse af den overbevisende karakter.

Formålet med specialet er at beskrive og analysere retstilstanden, i forhold til aspekter af hardship i internationale kontrakter, ud fra forskningsspørgsmålene. Der tilsigtes ikke at finde en entydig besvarelse og løsning på spørgsmålene, men derimod at nærme sig et billede af retstilstanden inden for området. Dette gøres ved at belyse forskellig argumentation inden for aspekterne af hardship. Dette er ligeledes i overensstemmelse med den retsdogmatiske metode, hvorfor der ikke endeligt kan konkluderes på forskningsspørgsmålene i specialet.

3 Afgrænsning

Specialet belyser alene aspekter vedrørende hardship inden for CISG's anvendelsesområde, hvorfor specialet afgrænses fra at behandle problematikker uden for konventionens anvendelsesområde. Dette indebærer endvidere, at der afgrænses fra nationale lovvalgsregler, herunder nationale domstoles anvendelse heraf i retspraksis. Yderligere behandles aspekterne ikke ud fra, hvis hardship er aftalt i parternes kontrakt, da fokus i specialet er hardship inden for

¹⁹ Lookofsky, Joseph, *The CISG in Denmark and Danish Courts*, s. 307.

²⁰ Neumann, Thomas, *An Exploration of Article 80 CISG*, s. 34.

²¹ Neumann, Thomas, *An Exploration of Article 80 CISG*, s. 35.

CISG, internationale principper og retspraksis. Dette indebærer, at analysen i specialet udelukkende behandler hardship som en ansvarsfritagelse. Ved fortolkning af konventionsteksten ud fra CISG art. 7(1) afgrænses der fra *good faith*, da dette er en problematik, som er genstand for omfattende diskussion i litteraturen vedrørende CISG.²² Idet *good faith* er omdiskuteret, vil det fjerne fokus fra besvarelsen af forskningsspørgsmålene, hvis denne problematik ligeledes skal behandles i specialet. I forbindelse med analysen af aspekter inden for hardship afgrænses der fra CISG art. 79(2), (3) og (4). Disse bestemmelser vedrører manglende opfyldelse på grund af tredjemand, hindringens varighed og meddelelse til den modstående part. Bestemmelserne er derfor ikke relevante for besvarelsen af forskningsspørgsmålene i specialet.

4 Hardship

I nærværende afsnit beskrives hardship generelt, herunder definition af hardship samt betydningen for parternes aftale. Afsnittet skal give en baggrundsforståelse af hardship forinden besvarelsen af forskningsspørgsmålene.

Såfremt en part ikke opfylder sine forpligtelser, er dette som udgangspunkt misligholdelse af parternes aftale. Ansvarsfritagelser kan dog medføre, at der alligevel ikke foreligger misligholdelse.²³ Reguleringen af ansvarsfritagelser kan enten ske gennem lovgivningen eller de underliggende principper hertil. Parterne har desuden mulighed for at aftale ansvarsfraskrivelse i deres kontrakt, hvilket ligeledes fritager den misligholdende part fra ansvar, men i dette tilfælde er det den aftalte klausul, der er udgangspunktet for fritagelsen.²⁴

Hardship kan blandt andet være en ansvarsfritagelse og -fraskrivelse. Hardship forekommer i situationer, hvor omstændighederne ændrer sig drastisk efter aftaleindgåelsen. Dette bevirker, at opfyldelse af parternes aftale bliver overdrevent byrdefuldt for den ugunstigt stillede part.²⁵ Opstår der hardship, forrykkes balancen i kontrakten, således der ikke længere er ligevægt mellem parternes forpligtelser.²⁶ Dette indebærer, at balancen i ydelse og modydelse ikke længere er modsvarende, hvilket parterne ellers sikrede gennem forhandling ved aftaleindgåelsen. En forskydning af balancen i kontrakten opstår, når en part skal modtage en uforholdsmæssig lille ydelse, eller at ydelsen, som parten skal præstere, bliver uforholdsmæssig stor.²⁷ Den part, der skal modtage eller levere en ydelse, som ikke længere er modsvarende til den modstående parts ydelse, bliver dermed stillet ugunstigt i forhold til parternes aftale. Såfremt opfyldelsen af kontrakten ikke bliver ekstraordinær byrdefuld som følge af hardship, falder det inden for den ugunstigt stillede parts sfære, da dette må være en del af risikoen ved indgåelse af aftaler. Den ugunstigt stillede part er derfor fortsat forpligtet til at opfylde sine forpligtelser i parternes aftale, såfremt disse blot er byrdefulde grundet ændrede omstændigheder. Dette

²² Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 96-97.

²³ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 265.

²⁴ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 243-244.

²⁵ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 90-91.

²⁶ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 165.

²⁷ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 243.

gælder desuden, selvom den ugunstigt stillede part ikke kunne forudse hindringen ved aftaleindgåelsen.²⁸ Hertil skal det bemærkes, at hardship er en konkret vurdering fra sag til sag, hvorfor alle omstændigheder skal tages i betragtning ved vurderingen af, om der kan statueres hardship i det konkrete tilfælde.²⁹

Hardship kan inddeles i økonomisk og etisk hardship. Økonomisk hardship opstår, hvis indkøb eller fremstilling af varer medfører en urimelig omkostning for sælger på grund af en ændring i de økonomiske omstændigheder. Ligeledes er der økonomisk hardship, hvis der sker ekstrem devaluering af den valuta, der anvendes til at udtrykke prisen for varen, som der handles med.³⁰ Den økonomiske hindring skal dog være exceptionel alvorlig, før dette medfører, at den ugunstigt stillede part ikke skal opfylde kontrakten.³¹ Etisk hardship opstår, hvis den ugunstigt stillede part på grund af etiske årsager ikke kan forventes at opfylde kontrakten. Situationer, hvor der er etisk hardship, forekommer eksempelvis ved varer, som har dobbelt anvendelse, hvor den ugunstigt stillede part finder ud af, at køber enten misbruger eller vil misbruge varerne til blandt andet at producere våben.³² Etisk hardship kan desuden forestilles eksempelvis at opstå i en situation, hvor parterne tidligere har indgået en aftale om russisk gas, men som følge af krigen mellem Ukraine og Rusland, ønsker køber ikke længere at få leveret det russiske gas af etiske årsager. Dette kunne skyldes, at både køber og dennes kunder ikke ønsker at støtte det russiske styre efter invasionen. I et sådant tilfælde kan den ugunstigt stillede part påberåbe etisk hardship. Hardship forekommer dog hovedsageligt som økonomisk hardship, da etisk hardship ikke er en alment anerkendt form for hardship i litteraturen.^{33, 34, 35}

Hvis parterne i deres kontrakt aftaler en ansvarsfraskrivelse i form af hardship, er det en klausul, som parterne skal have reguleret i kontrakten, før den finder anvendelse.³⁶ Hardshipklausuler fremgår ofte af parternes kontrakt i længerevarende aftaleforhold.³⁷ Årsagen er, at der ved længerevarende kontrakter kan ske ændringer i omstændighederne, der gør, at parterne er nødt til at justere kontrakten, således denne tilpasses de nye omstændigheder.³⁸ Såfremt parterne ved aftaleindgåelsen vælger at forhandle en hardshipklausul i deres aftale, bør de fastlægge, hvorvidt klausulen skal være blød eller hård.³⁹

En blød hardshipklausul forpligter parterne til genforhandling af det aftalevilkår, der nu er byrdefuldt, men såfremt parterne ikke kan nå til enighed, regulerer den bløde hardshipklausul ikke en løsning på uoverensstemmelsen. Dette betyder, at parten, som påberåber en

²⁸ Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 575.

²⁹ Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 577-578.

³⁰ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1142-1143.

³¹ Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 575.

³² Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1142-1143.

³³ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1142-1143.

³⁴ Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 575-576.

³⁵ Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, s. 628-629.

³⁶ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 243-244.

³⁷ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 215.

³⁸ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 271.

³⁹ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 243-244.

blød hardshipklausul, ikke er i stand til at gennemtvinge en ændring af det byrdefulde aftalevilkår ved genforhandlingen.⁴⁰ Dette indebærer dog ikke, at modparten blankt kan afvise at genforhandle aftalevilkåret, eftersom det er et brud på loyalitetspligten mellem parterne. Derfor skal parterne, ved aftale om en blød hardshipklausul, forsøge at genforhandle aftalevilkåret, men hvis parterne ved genforhandling ikke når et resultat, giver klausulen ikke en løsning på parternes tvist.⁴¹

En hård hardshipklausul forpligter ligeledes parterne til genforhandling af det byrdefulde aftalevilkår, men hvis parterne ikke når til enighed, kan ændringen af aftalevilkåret gennemtvinges. Dette medfører, at parten, som påberåber en hård hardshipklausul, kan tvinge en løsning af tvisten igennem, hvis parterne ikke når et resultat ved genforhandlingen. Typisk løses parternes uoverensstemmelse gennem voldgift, hvor den voldgiftsret, som parterne har fastlagt til at løse tvister i deres aftale, har kompetence til at ændre det byrdefulde aftalevilkår. Voldgiftsretten kan dermed justere aftalevilkåret i aftalen, eller bringe hele parternes aftale til ophør. Der findes dog argumenter for, at dette ligger uden for voldgiftslovens regler, idet voldgiftsrettens håndtering af hårde hardshipklausuler nærmere er en aftaleændring, som er foretaget af tredjemand efter parternes bemyndigelse, end en kendelse. De samme overvejelser gælder, såfremt parterne aftaler, at tvister skal løses hos domstolen, idet domstolens ændring af aftalen overskrider deres område for retsanvendelse.⁴²

Såfremt parterne ikke aftaler en hardshipklausul i deres kontrakt, og et uforholdsmæssigt byrdefuldt forhold opstår for den ene af parterne, må denne part afsøge mulighederne for reguleringen af hardship gennem lovgivningen eller de underliggende principper hertil. Disse situationer undersøges nærmere i specialet gennem forskningsspørgsmålene.

4.1 Forskellen mellem hardship og force majeure

En ansvarsfritagelse, der ligner hardship, er force majeure, hvor en parts forpligtelse bliver umulig at opfylde som følge af udefrakommende begivenheder. Hvis begivenhederne, der forårsager umulighed, ikke med rimelighed kunne forudses på aftaletidspunktet, foreligger der ikke misligholdelse af parternes kontrakt.⁴³ Force majeure kan optræde i baggrundsretten såvel som specifikke klausuler reguleret i parternes kontrakt. Parterne har dermed mulighed for enten at lade force majeure være reguleret af baggrundsretten eller som ønsket direkte i deres kontrakt.⁴⁴ Eksempler på begivenheder, som kan resultere i force majeure, kan blandt andet være krig, pandemier eller naturkatastrofer.⁴⁵

Hardship og force majeure er begge ansvarsfritagelser, hvor den ugunstigt stillede parts forpligtelse bliver påvirket af udefrakommende omstændigheder. De udefrakommende omstændigheder medfører, at den ugunstigt stillede parts forpligtelse bliver vanskelig at opfylde, hvorfor parten har et ønske om at blive fritaget for ansvar herfor. Hertil må den udefrakommende omstændighed ikke kunne forudses på aftaletidspunktet ved både hardship og force majeure. Hardship og force majeure adskiller sig ved, at hardship hovedsageligt vedrører økonomiske omstændigheder, mens force majeure ikke udelukkende er begrænset til at omfatte

⁴⁰ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 244-245.

⁴¹ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 220.

⁴² Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 220-221.

⁴³ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 241.

⁴⁴ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 265-266.

⁴⁵ Werlauff, Erik, *Kontrakter*, s. 241.

økonomiske omstændigheder. Endvidere adskiller de sig ved graden af, hvor vanskelig forpligtelsen er at opfylde efter den udefrakommende omstændighed, er indtrådt. Ved hardship ses det, at aftaler bliver mere byrdefulde at opfylde, mens aftaler bliver umulige at opfylde ved force majeure.⁴⁶ Modsat force majeure bliver hardship aktiveret på trods af, at parten er i stand til at præstere forpligtelsen, idet denne er uforholdsmæssig byrdefuld, men ikke umulig at opfylde.⁴⁷

5 CISG

I nærværende afsnit beskrives CISG, herunder konventionens anvendelsesområde og fortolkning heraf. Formålet med afsnittet er at give en generel baggrundsforståelse af CISG forud for besvarelsen af forskningsspørgsmålene.

CISG er en konvention, der er udarbejdet af United Nations Commission on International Trade Law (herefter: UNCITRAL), som hører under De Forenede Nationer.⁴⁸ Konventionen blev vedtaget den 11. april 1980 i Wien og trådte i kraft over for 11 kontraherende lande den 1. januar 1988.^{49, 50} Forud for arbejdet med CISG var der tidligere forsøg på at udarbejde internationale konventioner, der regulerer internationale handler, men uden dette fik gennemslagskraft på et globalt niveau.⁵¹ Ens for de internationale konventioner er, at de ønsker at skabe international harmonisering gennem et ensartet retsgrundlag.⁵² CISG har dog formålet at opnå verdensomspændende accept, hvorfor denne anvendes som et internationalt deklaratisk retsgrundlag.^{53, 54} Det vil sige, at CISG indeholder deklaratisk regler, som kan fraviges ved aftale mellem parterne, der indgår en kontrakt.

Konventionen regulerer aftale- og køberet ved internationale handler af løsøre. Formålet med CISG er at gøre internationale handler mellem kontraherende lande lettere ud fra et ensartet retsgrundlag. Desuden medfører formålet med konventionen harmonisering, hvilket betyder, at de kontraherende lande handler under samme vilkår i tilfælde af internationale handler.⁵⁵ CISG regulerer både aftaleindgåelsen og parternes efterfølgende forpligtelser, hvormed konventionen formår at tage hensyn til både købers og sælgers interesser. Endvidere regulerer konventionen parternes misligholdelsesbeføjelser, hvis en part ikke er i stand til at opfylde sine forpligtelser i medfør af kontrakten.⁵⁶

CISG består af en præambel, fire hoveddele og en postambel.⁵⁷ De fire hoveddele er fordelt på 101 deklaratisk bestemmelser, hvoraf del I beskriver konventionens anvendelsesområde og almindelige bestemmelser, del II vedrører aftalens indgåelse, del III omhandler løsørekøb,

⁴⁶ Andersen, M. B. og Lookofsky, J., *Lærebog i Obligationsret I*, s. 196.

⁴⁷ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 271.

⁴⁸ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 23.

⁴⁹ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 32.

⁵⁰ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 1.

⁵¹ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 32.

⁵² Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 23.

⁵³ Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1.

⁵⁴ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 23.

⁵⁵ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 23.

⁵⁶ UNCITRAL, *International Sale of Goods (CISG) and Related Transactions*.

⁵⁷ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 24.

mens del IV indeholder de afsluttende bestemmelser. Postamblen fremsætter blandt andet, at CISG officielt er affattet på seks sprog, herunder engelsk.⁵⁸ Flere kontraherende lande har dog udarbejdet uofficielle oversættelser af konventionsteksten, heriblandt Danmark.⁵⁹

For at CISG bliver en del af landenes retsgrundlag, skal de i første omgang tiltræde konventionen, hvormed de får status som et kontraherende land. Herefter skal landene implementere CISG ved enten ratificering, omskrivning eller henvisning i national lov.⁶⁰ Efter implementeringen af CISG har de kontraherende lande dermed mindst to regelsæt vedrørende aftale- og køberet bestående af både national lovgivning og CISG. Den nationale lovgivning finder fortsat anvendelse på indenlandske handler med løsøre, mens CISG finder anvendelse på internationale handler med løsøre.⁶¹ Dermed sker anvendelsen af CISG på bekostning af den nationale lovgivning, såfremt den internationale aftale er inden for anvendelsesområdet af konventionen.⁶² De kontraherende lande har dog mulighed for at udelukke anvendelsen af dele af konventionen i henhold til CISG art. 92-96. Der er alene hjemmel til at udelukke dele af konventionen, hvis dette kan indeholdes i CISG art. 92-96. Ifølge CISG art. 92 er det muligt for de kontraherende lande at udelukke konventionens del II og III.⁶³ Desuden kan landene udelukke anvendelsen af CISG for geografiske områder inden for det kontraherende land, jf. CISG art. 93. Dette ses eksempelvis i Danmark, hvor konventionen ikke finder anvendelse i Grønland.⁶⁴ Hertil er det ligeledes muligt for landene at udelukke anvendelsen af CISG i transaktioner mellem lande med samme eller nært beslægtede retsregler, jf. CISG art. 94, hvilket de nordiske lande har gjort.⁶⁵ Yderligere kan landene udelukke CISG art. 1(1)(b), hvorefter de internationale privatretlige regler ikke kan føre til anvendelse af konventionen, medmindre begge parter har forretningssted i kontraherende lande.⁶⁶ Endelig kan landene udelukke konventionens bestemmelse om formkrav til parternes kontrakt, således denne udelukkende kan være skriftlig, jf. CISG art. 96.⁶⁷

Som nævnt ovenfor indeholder konventionens del I de bestemmelser, der regulerer anvendelsesområdet af CISG samt de almindelige bestemmelser. Før end forskningsspørgsmålene besvares, er det essentielt at afklare, hvornår CISG finder anvendelse, idet specialet alene belyser aspekter vedrørende hardship inden for konventionens anvendelsesområde. Forinden forskningsspørgsmålene besvares er det ligeledes afgørende at forstå, hvordan konventionens bestemmelser fortolkes. Fortolkningen sker ud fra konventionens almindelige bestemmelser i del I, nærmere betegnet CISG art. 7(1) og (2). Anvendelsesområdet og fortolkning af CISG belyses i det følgende, før konventionens øvrige bestemmelser behandles på baggrund af specialets forskningsspørgsmål.

⁵⁸ *United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods*, postambel.

⁵⁹ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 32.

⁶⁰ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 28.

⁶¹ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 3.

⁶² Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 32.

⁶³ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 199.

⁶⁴ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 201.

⁶⁵ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 202.

⁶⁶ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 202-203.

⁶⁷ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 204.

5.1 Anvendelsesområdet af CISG

CISG art. 1-6 definerer konventionens anvendelsesområde. Forinden en kontrakt er reguleret af CISG, skal bestemmelserne i konventionens art. 1-6 være opfyldt. Såfremt bestemmelserne ikke er opfyldt, er parternes kontrakt ikke omfattet af konventionen.

Konventionen finder anvendelse på internationale aftaler om køb af løsøre, hvis parterne har forretningssted i kontraherende lande, jf. CISG art. 1(1)(a), eller hvis de internationale privatretlige regler fører til anvendelse af CISG, jf. CISG art. 1(1)(b). Begrebet løsøre er ikke entydigt defineret i CISG, hvorfor konventionens bestemmelser i del I, kapitel 1 foretager en negativ afgrænsning af, hvad der er omfattet af begrebet. Konventionen udelukker forbrugerkøb, medmindre sælger ikke vidste eller burde have vidst at varen var købt til privat forbrug, jf. CISG art. 2(1)(a). Dette medfører, at størstedelen af forbrugerkøb ikke er omfattet af CISG, hvorfor konventionens hovedfokus er handelskøb.⁶⁸ Derudover afgrænses anvendelsen af konventionen til udelukkende at omfatte varer, hvorfor tjenesteydelser ikke reguleres af CISG, jf. CISG art. 3. Konventionen regulerer alene indgåelse af kontrakten samt parternes rettigheder og forpligtelser ud fra aftalen, jf. CISG art. 4. Hertil fremgår det af CISG art. 4(a) og (b), at konventionen ikke regulerer gyldighed eller ejendomsret, medmindre andet udtrykkeligt fremgår af konventionen. Desuden regulerer konventionen ikke sælgers erstatningsansvar for skade på liv eller helbred, som varen forvolder, jf. CISG art. 5. Endelig fremgår det af CISG art. 6, at parterne har aftalefrihed, hvorfor de kan fravige anvendelsen af konventionen helt eller delvist i deres aftale.

Det er en forudsætning for analysen af forskningsspørgsmålene i specialet, at parternes aftale er inden for konventionens anvendelsesområde, jf. CISG art. 1-6. Såfremt parternes aftale er uden for CISG's anvendelsesområde, betyder dette, at aspekterne inden for hardship ikke kan behandles under konventionen, hvilket ikke belyses i specialet. Det lægges derfor til grund i resten af specialet, at parternes aftale er inden for konventionens anvendelsesområde.

5.2 Fortolkning af CISG

CISG art. 7 anvendes til fortolkning af konventionens bestemmelser, idet konventionen skal fortolkes ved besvarelse af forskningsspørgsmålene i specialet, hvorfor denne belyses i nærværende afsnit. CISG art. 7 findes i konventionens del I, kapitel 2 om almindelige bestemmelser. Bestemmelsens formål er at skabe en ensartet fortolkning og udfyldning af konventionens tekst. Dette betyder, at CISG skal fortolkes uniformt af de kontraherende lande. Årsagen til at konventionen indeholder en bestemmelse, som behandler fortolkning og udfyldning er, at der ikke findes en supranational domstol inden for CISG, der kan fastlægge, hvordan konventionen skal fortolkes. CISG art. 7 behandler, hvordan konventionen skal fortolkes af blandt andet de nationale domstole, således forståelsen af de nationale begreber ikke overføres til konventionen.⁶⁹ Dommere, ved de nationale domstole, har ofte en forståelse af juridiske begreber og deres indhold. Dommere kan ligeledes møde disse begreber i forbindelse med CISG, hvor de ikke nødvendigvis har samme betydning som i national lovgivning, men her kan de have en tendens til at tillægge begreberne en fælles betegnelse og indhold. Konventionens regler skal

⁶⁸ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 19.

⁶⁹ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 91.

dog fortolkes og anvendes ud fra, at konventionen er selvstyrende, og dermed må de nationale domstole ikke lægge vægt på deres egne retskilder. For at undgå en national anvendelse af begreberne på CISG har UNCITRAL, ved udarbejdelsen af konventionen, forsøgt at undgå juridiske begreber, der allerede er indgroet i national ret.⁷⁰

CISG art. 7 består af stk. (1) og (2), hvoraf CISG art. 7(1) bestemmer, hvad der skal tages hensyn til i forbindelse med fortolkning af konventionsteksten. CISG art. 7(2) bestemmer, hvordan emner, som konventionen ikke tager stilling til, skal udfyldes. Ved anvendelse af bestemmelsen benyttes en toleddet metode, hvilket betyder, at emnet i første omgang skal vurderes ud fra CISG art. 7(1). Løses emnet ikke ud fra CISG art. 7(1), skal emnet forsøges løst efter bestemmelsens CISG art. 7(2).^{71, 72}

5.2.1 Fortolkning efter CISG art. 7(1)

CISG art. 7(1) indeholder tre elementer, som domstolene skal tage hensyn til i forbindelse med fortolkningen af konventionen.⁷³ CISG art. 7(1) lyder således:

“In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.”⁷⁴

Første element i CISG art. 7(1) er, at der skal tages hensyn til konventionens internationale karakter. Dette betyder, at konventionen skal fortolkes autonomt, hvormed det er CISG's egne regler og principper, der skal anvendes ved fortolkning. De nationale domstole skal derfor løsrive sig fra nationale regler og principper, idet disse ikke må lægges til grund ved fortolkningen af CISG.⁷⁵ Til trods for elementet i bestemmelsen er der i praksis en risiko for, at domstolene følger *the homeward trend*, hvor der tages nationale elementer med i deres fortolkning af konventionen.⁷⁶

Det andet element i bestemmelsen foreskriver en ensartet anvendelse af konventionen. Anvendelsen skal dermed være uniform, således CISG fortolkes ens af samtlige domstole i de kontraherende lande. Hensigten med elementet er, at uanset hvilken domstol, der fortolker konventionen, skal fortolkningen heraf være den samme. Såfremt domstolene ikke formår at fortolke konventionen ensartet, er der risiko for *forum shopping*, hvor parterne kan vælge den domstol, som medfører den mest fordelagtige retsstilling.^{77, 78}

Det tredje og sidste element i CISG art. 7(1) omhandler, at fortolkning af CISG skal ske ved at god forretningsskik (*“good faith”*) iagttages.⁷⁹ Betegnelsen god forretningsskik kommer fra den danske oversættelse af konventionen, selvom dette ikke er en officiel udgave. Specialets behandling af forskningsspørgsmålene er ikke afhængig af denne diskussion, hvorfor denne

⁷⁰ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 56-57.

⁷¹ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 92.

⁷² Kristensen, L. H., Kartoft, S. og Iversen T., *Dansk og international køberet*, s. 311.

⁷³ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 55.

⁷⁴ *United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods*, art. 7(1).

⁷⁵ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 56.

⁷⁶ Kristensen, L. H., Kartoft, S. og Iversen T., *Dansk og international køberet*, s. 312.

⁷⁷ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 59.

⁷⁸ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 350.

⁷⁹ Kristensen, L. H., Kartoft, S. og Iversen T., *Dansk og international køberet*, s. 312.

betegnelse anvendes i forhold til CISG, jf. afsnit 3. Henvisningen og placeringen af god forretningskik var omstridt ved forhandlingerne af konventionen. De kontraherende lande nåede dog til enighed om, at god forretningskik skal være et princip, som domstolene er forpligtet til at benytte, når konventionen fortolkes. I praksis er god forretningskik imidlertid et princip, der ligeledes anvendes til fortolkning af parternes pligter. Omfanget af anvendelsen af god forretningskik i konventionen er dog omdiskuteret, hvorfor dette ikke behandles nærmere i specialet, jf. afsnit 3.⁸⁰

5.2.2 Fortolkning efter CISG art. 7(2)

CISG art. 7(2) benyttes i de tilfælde, hvor CISG art. 7(1) ikke finder anvendelse.⁸¹ Når CISG art. 7(1) ikke løser emnet, er der et *gap* (*lacuna*), hvilket betyder, at der er et tomrum inden for konventionen.⁸² Forinden det skal klarlægges, om der er et *gap* i CISG, er det nødvendigt at gennemgå konventionshierarkiet, jf. illustration i afsnit 12.⁸³ Konventionshierarkiet fastlægger rangordenen af de kilder, som skal vurderes i forbindelse med udfyldelse af *gaps*. Kilderne er som følger; parternes aftale, parternes praksis, branchesædvaner, reglerne i CISG, generelle principper inden for CISG samt national ret.⁸⁴ Konventionshierarkiet bruges eksempelvis, når der opstår et *gap* i parternes aftale, hvorefter de er nødsaget til at vurdere, hvorvidt *gappet* kan udfyldes ud fra deres tidligere praksis. Såfremt aftalens *gap* ikke kan udfyldes herved, må parterne fortsætte ned gennem hierarkiet. Hvis aftalens *gap* fortsat ikke er udfyldt, når *gappet* skal vurderes ud fra reglerne i CISG, skal CISG art. 7(2) anvendes til udfyldning af parternes aftale, såfremt problematikken ikke reguleres direkte af ordlyden i konventionen. Bestemmelsen lyder således:

*“Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.”*⁸⁵

CISG art. 7(2) vedrører emner, som falder inden for konventionens anvendelsesområde (“*governed*”), men som ikke er reguleret direkte gennem konventionens regler (“*settled*”).⁸⁶ Dette betyder, at CISG art. 7(2) behandler, hvordan *gaps* i konventionen skal udfyldes.⁸⁷ Af bestemmelsen fremgår to typer af *gaps*; interne *gaps* og eksterne *gaps*.⁸⁸ Litteraturens brug af de latinske betegnelser for et internt *gap* og et eksternt *gap*, som anvendes til en fælles forståelse af begreberne, er inkonsekvent. I visse dele af litteraturen fremgår det, at *lacuna intra legem* er et eksternt *gap*, mens *lacuna praeter legem* er et internt *gap*.^{89, 90, 91} I andre

⁸⁰ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 96-97.

⁸¹ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 92.

⁸² Neumann, Thomas, *Internationale løsøreftaler (CISG del II)*, s. 11.

⁸³ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 67.

⁸⁴ Neumann, Thomas, *Internationale løsøreftaler (CISG del II)*, s. 11.

⁸⁵ *United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods*, art. 7(2).

⁸⁶ Neumann, Thomas, *Internationale løsøreftaler (CISG del II)*, s. 23.

⁸⁷ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 64.

⁸⁸ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 48.

⁸⁹ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 98.

⁹⁰ Felemegas, John, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, s. 24.

⁹¹ Neumann, Thomas, *An Exploration of Article 80 CISG*, s. 106.

dele af litteraturen fremgår det modsatte, hvilket skaber uklarhed på området.⁹² Sprogligt betyder *lacuna intra legem*, at der er et tomrum inden for loven, mens *lacuna praeter legem* betyder, at der er et tomrum ud over loven. Måden hvorpå en del af litteraturen anvender begreberne, skaber forvirring, idet et internt *gap* skal udfyldes ved anvendelse af de generelle principper i CISG, hvorfor *gappet* er inden for loven. Såfremt litteraturen betegner dette som *lacuna praeter legem*, vil det være imod den sproglige forståelse heraf. Det ses ligeledes i forhold til et eksternt *gap*, eftersom dette skal udfyldes af national ret, hvorfor *gappet* er ud over loven, hvilket er imod den sproglige forståelse af *lacuna intra legem*. Det findes mest logisk at benytte den sproglige forståelse af begreberne, da to begreber ellers sættes lig med hinanden, som ikke har samme betydning. I dette speciale er det derfor nærliggende at et internt *gap* betegnes som *lacuna intra legem*, mens et eksternt *gap* betegnes som *lacuna praeter legem*. Disse betegnelser anvendes i specialets analyse.

Interne *gaps* (*lacuna intra legem*) er emner inden for konventionens anvendelsesområde, som ikke er direkte reguleret, hvor emnet skal udfyldes ved anvendelse af de generelle principper inden for CISG. *Gappet* skal forsøges udfyldt gennem generelle principper, hvorpå CISG er baseret.⁹³ Et eksempel på et generelt princip fra CISG, som konventionen er baseret på, er *reasonableness*.⁹⁴ For at udlede et generelt princip i CISG kan parterne forsøge at finde en løsning gennem internationalt anerkendte principper. De internationalt anerkendte principper kan bruges, da parterne dermed tager hensyn til konventionens overordnede mål om at skabe uniformitet. Det er dog vigtigt at være opmærksom på, om de internationalt anerkendte principper er i overensstemmelse med CISG's anvendelsesområde, idet dette sikrer en uniform anvendelse af konventionen. Såfremt de internationalt anerkendte principper ikke er i overensstemmelse med konventionens anvendelsesområde og formål, kan disse ikke anvendes, da det dermed ikke er et generelt princip inden for CISG. Visse internationale principper regulerer emner inden for flere kontrakttyper, hvilket rækker ud over CISG's anvendelsesområde, idet konventionen udelukkende vedrører handel med løsøre. Derfor er det ikke alle internationale anerkendte principper, som kan anvendes direkte til udfyldelse af konventionens *gaps*.⁹⁵

Eksterne *gaps* (*lacuna praeter legem*) er ligeledes emner inden for konventionens anvendelsesområde, som ikke er direkte reguleret i CISG. Et eksternt *gap* opstår, hvis der ikke findes generelle principper, som kan regulere emnet. Dette indebærer, at emnet ikke er reguleret af generelle principper inden for konventionen, som CISG er baseret på, eller af udefrakommende fortolkningsbidrag, såsom internationale principper. I sådanne tilfælde skal emnet udfyldes i henhold til baggrundsretten, som udpeges af de internationale privatrets regler. Dette betyder, at *gappet* udfyldes af national ret, hvormed emnet afgøres på baggrund af de nationale regler.^{96, 97}

⁹² CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 14 - Interest Under Article 78 CISG*, kommentar 3.25.

⁹³ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 98.

⁹⁴ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 44.

⁹⁵ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 98-99.

⁹⁶ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 98-99.

⁹⁷ Schwenzler og Hachem redigeret af Schwenzler, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 132.

6 Hjemmel til hardship i ordlyden af CISG

Nærværende analyse tager udgangspunkt i første forskningsspørgsmål, hvor det undersøges, i hvilket omfang der findes hjemmel til hardship i ordlyden af CISG. Analysen behandler udvalgte bestemmelser i CISG for at undersøge, hvorvidt der er hjemmel til hardship i konventionstekstens ordlyd, jf. CISG art. 7(1). Bestemmelserne er udvalgt, idet disse danner baggrund for diskussionen i litteraturen om, hvor i konventionsteksten hjemlen til hardship kan findes.^{98, 99, 100, 101, 102}

I det følgende vil fortolkning efter CISG art. 7(1) danne grundlag for analysen af, hvorvidt der er hjemmel til hardship i konventionsteksten, idet bestemmelsen fortolker ordlyden af CISG. Hvis der opstår en situation, hvor der foreligger hardship, er det først nødvendigt at fastlægge, om emnet kan løses ud fra fortolkning efter CISG art. 7(1). Kan hardship ikke løses på baggrund af CISG art. 7(1), skal emnet forsøges løst ud fra fortolkning efter CISG art. 7(2), jf. afsnit 7.

6.1 Hjemmel efter CISG art. 4

CISG art. 4 vedrører, som tidligere omtalt, anvendelsesområdet for konventionen. Bestemmelsen fastlægger, at emnet, i dette tilfælde hardship, skal være reguleret af CISG, før dette er inden for konventionens anvendelsesområde. Af CISG art. 4, 1. pkt. fremgår det, at konventionen regulerer indgåelsen af kontrakten samt de rettigheder og forpligtelser, der opstår mellem parterne som følge af kontrakten. Den resterende del af bestemmelsen angår emner, som ikke reguleres af konventionen, jf. CISG art. 4, 2. pkt. I henhold til CISG art. 4(a) og (b) regulerer konventionen ikke gyldighed eller ejendomsret, medmindre andet udtrykkeligt fremgår af konventionen.

Eftersom konventionstekstens ordlyd i CISG art. 4(a) og (b) ikke udtrykkeligt udelukker hardship, er dette et argument, som taler for, at hardship er inden for anvendelsesområdet af CISG.¹⁰³ Det taler endvidere for, at konventionen regulerer, hvorvidt og hvornår ændrede omstændigheder påvirker parternes forpligtelser eller fritager en part, som er påvirket af de ændrede omstændigheder.¹⁰⁴ Dette indebærer, at aftaler, der reguleres af CISG, kan tilpasses ændrede omstændigheder som følge af hardship.¹⁰⁵ Konventionens regulering af hardship findes imidlertid mere hensigtsmæssig at håndtere under CISG art. 79.^{106, 107, 108} Et argument, der kan tale imod, at hardship er inden for konventionens anvendelsesområde i henhold til CISG art.

⁹⁸ Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*.

⁹⁹ Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*.

¹⁰⁰ Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*.

¹⁰¹ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 20 - Hardship under the CISG*.

¹⁰² CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 7 - Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*.

¹⁰³ Sag 4267/88, *Nuova Fucinati S.p.A v. Fondmetal International A.B.*, CISG-online nr. 108, Italien, Distriktsdomstolen.

¹⁰⁴ Brunner, Murmann og Stucki redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 63.

¹⁰⁵ Schwenzer og Hachem redigeret af Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 90-91.

¹⁰⁶ Schwenzer og Hachem redigeret af Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 91.

¹⁰⁷ Brunner, Murmann og Stucki redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 63.

¹⁰⁸ Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, s. 82.

4, kan opstå, hvis der statueres hardship med hjemmel i konventionen. I denne situation, hvor der er konstateret hardship i parternes aftale, kan det diskuteres, hvorvidt parternes forpligtelser i aftalen fortsat er gyldige som følge af hardship. Såfremt parternes forpligtelser i aftalen bliver ugyldige, vedrører hardshipsituationen et spørgsmål om gyldighed, som ligger uden for konventionens anvendelsesområde, jf. CISG art. 4(a). Denne diskussion opstår dog først, når hardship statueres, hvorfor dette ikke behandles nærmere i analysen, idet denne søger at finde hjemlen til hardship i CISG, jf. afsnit 3.

6.2 Hjemmel efter CISG art. 8

Konventionens art. 8 omhandler fortolkning af parternes kontrakt. Ifølge CISG art. 8(1) skal parternes kontrakt fortolkes subjektivt, hvor parternes hensigt skal tages i betragtning. Såfremt det ikke er muligt at foretage en subjektiv vurdering, skal parternes kontrakt fortolkes objektivt, hvor en rimelig persons forståelse af omstændighederne skal tages i betragtning, jf. CISG art. 8(2). Ved både den subjektive og objektive fortolkning af parternes kontrakt skal forhandlingerne, parternes praksis, handelspraksis og enhver efterfølgende adfærd fra parterne inddrages i vurderingen af fortolkningen, jf. CISG art. 8(3).

Der kan argumenteres for, at hjemlen til hardship kan findes i CISG art. 8, idet parternes praksis eller handelspraksis inden for parternes branche kan indikere, hvorledes parterne skal håndtere hardship, hvis omstændighederne omkring deres aftale ændrer sig. Til gengæld kan afgrænsningen mellem fortolkning af parternes kontrakt og muligheden for manglende opfyldelse af sine forpligtelser som følge af hardship forekomme problematisk. Dette skyldes, at hardship kan anses som en undskyldning for, at en part ikke er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for den anden part. Generelt forbyder CISG dog ændringer af kontraktens indhold efter aftaleindgåelsen, hvorfor hardship ikke er en situation, hvor en part kan undslippe opfyldelse af sine forpligtelser. Derimod skal parterne fordele risikoen ved forpligtelsen, der udsættes for hardship, ud fra fortolkning af deres aftale.¹⁰⁹ Anvendelsen af CISG art. 8 kan dermed forekomme vanskelig, såfremt parternes praksis eller handelspraksis er stiltiende om håndteringen af de ændrede omstændigheder, der forårsager hardship.

6.3 Hjemmel efter CISG art. 79

CISG art. 79 regulerer ansvarsfritagelse, hvor force majeure er en af de problematikker, der kan henføres under bestemmelsen.¹¹⁰ Idet både force majeure og hardship er ansvarsfritagelser, bør det undersøges, hvorvidt der ligeledes kan være hjemmel til hardship i bestemmelsen. Ordlyden af CISG art. 79(1) er således:

“A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences.”¹¹¹

¹⁰⁹ Schmidt-Kessel redigeret af Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 148-149.

¹¹⁰ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 161.

¹¹¹ *United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods*, art. 79(1).

I henhold til CISG art. 79(1) er det parten, der påberåber sig bestemmelsen, som har bevisbyrden for, at betingelserne er opfyldt. Den ugunstigt stillede part skal bevise, at den manglende opfyldelse af kontrakten skyldes en hindring, som er uden for den ugunstigt stillede parts kontrol, jf. CISG art. 79(1). Det vil sige, at hvis hindringen vedrører interne finansielle forhold eller øvrige interne forhold, vil der ikke være en hindring, som er uden for den ugunstigt stillede parts kontrol, idet parten generelt bør have kontrol over egen virksomhed.¹¹² Den ugunstigt stillede part skal desuden bevise, at det ikke med rimelighed kunne forventes, at hindringen burde have været forudset på tidspunktet for kontraktens indgåelse, jf. CISG art. 79(1). Derudover fremgår det af CISG art. 79(1), at den ugunstigt stillede part ikke med rimelighed kunne have undgået eller overvundet hindringen eller konsekvenserne heraf.

I diskussionen om, hvorvidt der findes hjemmel til hardship i CISG art. 79 i henhold til CISG art. 7(1), er der både argumenter for og imod. Dét, der taler for, at der er hjemmel i bestemmelsen, er, at CISG art. 79 regulerer parternes forpligtelser til at opfylde kontrakten. Hardship kan derfor være inden for bestemmelsens anvendelsesområde, idet problematikken vedrørende hardship omhandler, hvorvidt den ugunstigt stillede part er forpligtet til at opfylde sine forpligtelser i henhold til parternes kontrakt.^{113, 114} Derudover indeholder bestemmelsen begrebet hindring ("*impediment*"), som ikke er defineret nærmere. Dette kan indikere, at ordlyden i CISG art. 79 kan fortolkes således, at hardship kan være omfattet af bestemmelsen, eftersom det kan anføres, at hardship kan være en hindring, der er omfattet af CISG art. 79. Ydermere fremgår det ikke af ordlyden i CISG art. 79, at bestemmelsen alene kan anvendes til situationer, hvor der foreligger umulighed.¹¹⁵ Bestemmelsen udelukker dermed ikke hardship ud fra, at den alene kan anvendes på situationer, hvor det bliver umuligt for den ugunstigt stillede part at opfylde sin forpligtelse. På baggrund af ordlyden kan bestemmelsen dermed omfatte hardship, selvom den ugunstigt stillede parts forpligtelser blot er blevet byrdefulde. Det kan ydermere tale for, at hardship kan være omfattet af bestemmelsen, at historikken bag udarbejdelsen af bestemmelsen er uklar. Det fremgår af historikken, at forslagene til bestemmelsen vedrørende hardship blev afvist. Til trods for dette overvejede arbejdsgruppen, UNCITRAL, imidlertid efterfølgende et forslag om hardship i forbindelse med udarbejdelsen af CISG art. 79, men det fremgår ikke, hvorfor dette forslag ikke blev vedtaget.¹¹⁶ Arbejdsgruppen valgte ligeledes ikke, at hardship skulle ekskluderes direkte fra bestemmelsen, hvilket kan antyde, at der ikke blev taget en konkret beslutning vedrørende problematikken om hardship, da bestemmelsen blev udarbejdet.^{117, 118} Der var dermed opmærksomhed på, at hardship er en problemstilling, som efter udarbejdelsen eventuelt kan henføres under CISG art. 79, hvis arbejdsgruppen ikke tog stilling til problematikken ved udarbejdelsen. Idet arbejdsgruppen ikke direkte ekskluderede hardship i forbindelse med udarbejdelsen, kan dette tale for, at hardship kan være omfattet af CISG art. 79. Historikken bag bestemmelsen bør desuden ses i lyset af

¹¹² Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 162.

¹¹³ Brunner redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 579.

¹¹⁴ Honnold, John O. redigeret af Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, s. 630.

¹¹⁵ Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, s. 627.

¹¹⁶ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 7 - Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, kommentar 27 og 29.

¹¹⁷ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 20 - Hardship under the CISG*, kommentar 2.1.

¹¹⁸ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 7 - Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, kommentar 30.

udviklingen af samfundet, idet der siden udarbejdelsen af konventionen er sket ændringer i samfundet. Der kan dermed være sket en udvikling i samfundet som gør, at arbejdsgruppen ville have behandlet hardship nærmere, hvis bestemmelsen skulle udfærdiges i dag. Der kan herudfra argumenteres for, at der er hjemmel til hardship i CISG art. 79.^{119, 120, 121, 122}

Det taler omvendt imod, at hardship ikke fremgår af ordlyden i CISG art. 79, hvilket kan være et bevidst valg ved udarbejdelsen af bestemmelsen. Når hardship ikke direkte fremgår af bestemmelsen, skal hjemlen findes ved fortolkning af ordlyden i CISG art. 79, jf. CISG art. 7(1). Begrebet hindring (“*impediment*”) skal sikre, at der sker en snæver og objektiv fortolkning af årsagen til en ansvarsfritagelse. En fritagelse efter CISG art. 79 bør derfor overvejes under snævre betingelser grundet ordlyden, hvilket kan pege i retning af, at hardship ikke er omfattet af bestemmelsen.¹²³ Endnu et modargument er det ovenfor omtalte vedrørende historikken ved udarbejdelsen af bestemmelsen, hvor forslagene om hardship netop blev afvist. Historikken kan endvidere give et indtryk af, at arbejdsgruppen indsatte begrebet hindring i bestemmelsen i et forsøg på at udelukke hardshipsituationen fra bestemmelsen.¹²⁴ I forbindelse med udarbejdelsen af CISG valgte UNCITRAL, at manglende opfyldelse af den ugunstigt stillede parts forpligtelser skal være på baggrund af en hindring i stedet for baseret på en ændring af omstændighederne. I et tidligere forsøg på at udarbejde en konvention som CISG, blev den ugunstigt stillede part fritaget for ansvar, hvis dette var på baggrund af en ændring i omstændighederne. Idet UNCITRAL lavede dette om, således vurderingen sker på baggrund af en hindring, og ikke ændrede omstændigheder, kan det være et forsøg på at indsnævre mulighederne for fritagelse efter bestemmelsen.¹²⁵ Historikken bag udarbejdelsen af bestemmelsen kan dermed indikere, at hardship er ekskluderet af CISG art. 79’s anvendelsesområde, hvorfor der ikke er hjemmel til hardship i henhold til denne bestemmelse.¹²⁶

På baggrund af analysen af CISG art. 79 findes der både argumenter for og imod, hvorvidt der er hjemmel til hardship i konventionsteksten, jf. CISG art. 7(1). I hvilket omfang der findes hjemmel til hardship i ordlyden af CISG art. 79 må derfor besvares ud fra, hvilken argumentation der tilsluttes og lægges vægt på.

6.4 Delkonklusion

Den forudgående analyse af, hvorvidt der er hjemmel til hardship i CISG, viser at hardship kan fortolkes gennem konventionsteksten, jf. CISG art. 7(1). I forbindelse med fortolkningen af CISG art. 4 er det belyst, at hardship forekommer mere hensigtsmæssig at behandle under CISG art. 79, mens anvendelsen af CISG art. 8 kan være vanskelig ved håndtering af hardship. På baggrund af analysen fastlægges det, at der ikke er en entydig hjemmel til hardship i CISG art. 79. Årsagen er, at ordlyden og historikken i bestemmelsen både kan argumentere for og

¹¹⁹ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1142.

¹²⁰ Brunner redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 575.

¹²¹ Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, s. 627.

¹²² CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 20 - Hardship under the CISG*, regel nr. 2 og kommentar 0.6.

¹²³ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1129-1130 og 1133.

¹²⁴ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 7 - Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, kommentar 29.

¹²⁵ Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, s. 627.

¹²⁶ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 7 - Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, kommentar 27.

imod, at hardship er omfattet af CISG art. 79. Herudfra konkluderes det, at hjemlen til hardship kan findes i ordlyden af CISG afhængig af, hvilke argumenter der tillægges vægt.

7 Hjemmel til hardship gennem CISG's generelle principper

I hvilket omfang der findes hjemmel til hardship i ordlyden af CISG, angår, hvilken argumentation, der lægges vægt på ud fra fortolkningen af CISG art. 7(1). Såfremt argumentationen, om at hardship ikke er indeholdt i CISG's bestemmelser, tilsluttes, må det undersøges, om hjemlen til hardship kan reguleres gennem konventionens generelle principper. Dette analyseres i andet forskningsspørgsmål i specialet.

Hvis CISG art. 7(1) ikke løser hjemmelsspørgsmålet, er der et *gap* i konventionen, hvorfor det skal undersøges, om hardship falder inden for konventionens anvendelsesområde, men ikke er direkte reguleret gennem konventionens regler ud fra fortolkning, jf. CISG art. 7(2). Parterne skal derfor anvende fortolkning efter CISG art. 7(2) til at udfylde *gappet*. Af CISG art. 7(2) fremgår både interne *gaps* og eksterne *gaps*, hvoraf det analyseres, hvorvidt *gappet* vedrørende hardship i CISG kan udfyldes som et internt *gap*.^{127, 128} Udfyldelse af interne *gaps* sker gennem underliggende generelle principper, som konventionen er baseret på. For at finde de generelle underliggende principper inden for konventionen, analyseres internationalt anerkendte principper, idet disse kan være udtryk for, hvilke principper, CISG er baseret på.¹²⁹ Analysen af, hvorvidt hardship kan reguleres gennem konventionens generelle principper ved udfyldelse af et internt *gap*, behandles med udgangspunkt i UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (herefter: PICC), TransLex-Principles (herefter: TLP), Principles of European Contract Law (herefter: PECL), Draft Common Frame of Reference (herefter: DCFR) og The Principles of Latin American Contract Law (herefter: PLACL). Principperne er udvalgt, idet de henvender sig til områder, hvori der er CISG-kontraherende lande, som kan benytte sig af disse samtidigt med, at flere af principperne fremgår af litteraturen. Herudfra undersøges det, hvorvidt de internationalt anerkendte principper danner en samlet grundsætning, der kan udfylde det interne *gap* i CISG.

7.1 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

PICC er et sæt generelle principper med fokus på international handelsret. Principperne er udarbejdet af The International Institute for the Unification of Private Law (herefter: UNIDROIT), som er en uafhængig, mellemstatslig organisation.¹³⁰ UNIDROIT's hovedformål er at undersøge metoder til koordinering, modernisering og harmonisering af privatretten, herunder særligt handelsretten mellem lande, for at forfatte ensartede instrumenter og principper herfor.¹³¹ UNIDROIT har med årene publiceret adskillige principper og konventioner, hvor

¹²⁷ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 66.

¹²⁸ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 98.

¹²⁹ Neumann, Thomas, *An Exploration of Article 80 CISG*, s. 31.

¹³⁰ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 40.

¹³¹ UNIDROIT, *Overview*.

PICC er den mest kendte. PICC blev første gang udgivet i 1994, hvortil der efterfølgende er udkommet opdaterede udgaver af principperne.¹³² Den seneste udgave af PICC er fra 2016.¹³³

PICC kapitel 6, afsnit 2 vedrører hardship. Det aftaleretlige udgangspunkt om at aftaler skal holdes, fremgår af PICC art. 6.2.1, der lyder:

“Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.”¹³⁴

PICC art. 6.2.1 fastlægger, at hvis opfyldelsen af en kontrakt bliver mere byrdefuld for en af parterne, er denne part fortsat forpligtet til at opfylde sine forpligtelser. Princippet siger dermed, at parternes kontrakt er bindende, hvorfor denne skal opfyldes, selvom en forpligtelse bliver mere byrdefuld for en af parterne. Det vil sige, at vilkårene i kontrakten skal respekteres på trods af, at ydelsen bliver meningsløs, eller at der opleves et tab i stedet for et forventet overskud.¹³⁵

Udgangspunktet om, at parternes kontrakt er bindende, og parterne derfor skal opfylde deres forpligtelser, er dog ikke absolut. Såfremt PICC art. 6.2.2 og 6.2.3 finder anvendelse, kan den ugunstigt stillede part påberåbe hardship, jf. PICC art. 6.2.1. Hardship opstår, hvis efterfølgende omstændigheder medfører en væsentlig ændring af kontraktens ligevægt.¹³⁶

Definitionen af og kravene til, om der foreligger hardship, er reguleret i PICC art. 6.2.2, der lyder 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.”¹³⁷*

PICC art. 6.2.2 afgrænser, at der foreligger hardship, når der indtræffer en begivenhed, som væsentligt ændrer aftalens ligevægt. Dette sker enten fordi omkostningerne ved den ene parts ydelse er steget, eller fordi værdien af ydelsen, som den ene part skal modtage, er faldet. Udgangspunktet er dog, at en ændring af omstændighederne, der resulterer i, at ligevægten af parternes forpligtelser i aftalen ændres, fortsat skal opfyldes af den ugunstigt stillede part, jf.

¹³² Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 40.

¹³³ UNIDROIT, *Commercial Contracts*.

¹³⁴ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.1.

¹³⁵ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.1, s. 217.

¹³⁶ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2 art. 6.2.1, s. 217.

¹³⁷ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.2.

PICC art. 6.2.1. Det vil sige, at hardship ikke kan påberåbes, medmindre aftalens ligevægt ændres væsentligt. I PICC er det ikke uddybet, hvad væsentligt ("*fundamental*") indebærer, hvorfor en væsentlig ændring, hvor hardship kan påberåbes, vil afhænge af aftalens omstændigheder. En væsentlig ændring i aftalens ligevægt viser sig på to forskellige måder i praksis. Den første måde er kendetegnet ved, at der for den ene part sker en stor stigning i omkostningerne af betydelig karakter vedrørende forpligtelsen. Dette vil typisk være den part, som ikke skal opfylde betalingsforpligtelsen, men derimod leveringsforpligtelsen. En betydelig stigning i omkostningerne kan eksempelvis skyldes, at nødvendige råvarer til produktionen stiger i pris eller nye sikkerhedsforskrifter fra myndigheder, som indebærer en dyrere produktionsproces. Den anden måde er kendetegnet ved et betydeligt fald i værdien af ydelsen, eller hvor ydelsen ikke længere har en faktisk værdi for den anden part. Dette kan vedrøre begge parter i form af en ændring i betalingsforpligtelsen eller leveringsforpligtelsen. Et betydeligt fald i værdien kan skyldes markedsforholdene, herunder eksempelvis en stigning i inflationen.¹³⁸

Forinden bestemmelsen om hardship kan finde anvendelse, oplister bestemmelsen fire kumulative betingelser i litra (a)-(d) i PICC art. 6.2.2, som skal opfyldes af den part, der oplever forøgede omkostninger eller forringet værdi. Først skal begivenheden, som statuerer hardship, indtræde eller blive kendt af den ugunstigt stillede part efter aftaleindgåelsen, jf. PICC art. 6.2.2(a). Herudfra kan det analyseres, at begivenheden ligeledes kan have eksisteret på tidspunktet for aftaleindgåelsen, uden at dette var kendt af den ugunstigt stillede part. Den ugunstigt stillede part har derfor ikke mulighed for at påberåbe hardship ud fra bestemmelsen, hvis denne kendte til begivenheden ved aftaleindgåelsen, uden at have taget det i betragtning.¹³⁹

Dernæst må begivenheden ikke rimeligt kunne være taget i betragtning af den ugunstigt stillede part ved aftaleindgåelsen, jf. PICC art. 6.2.2(b). Dette bevirker, at den ugunstigt stillede part ikke kan påberåbe hardship under bestemmelsen, hvis begivenheden med rimelighed kunne tages i betragtning af den ugunstigt stillede part ved aftaleindgåelsen.¹⁴⁰

Herefter skal begivenheden være uden for den ugunstigt stillede parts kontrol, jf. PICC art. 6.2.2(c), forinden hardship kan påberåbes.

Endelig må den ugunstigt stillede part ikke have påtaget sig risikoen for begivenheden, jf. PICC art. 6.2.2(d). Det er hertil ikke et krav, at den ugunstigt stillede part har påtaget sig risikoen udtrykkeligt, hvorfor det er tilstrækkeligt, at denne har påtaget sig risikoen underforstået. Dette skyldes, at det alene fremgår af bestemmelsen, at den ugunstigt stillede part ikke må have påtaget ("*assumed*") risikoen. En påtagelse af risiko kan både ske udtrykkeligt og i henhold til kontraktens indhold. Det antages desuden ved spekulative handler, at parten i sådanne aftaler accepterer større risici, uanset om disse ikke kunne forudsiges af parten for aftaleindgåelsen, jf. afsnit 8.2.¹⁴¹

¹³⁸ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.2, s. 218-219.

¹³⁹ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.2, s. 220.

¹⁴⁰ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.2, s. 220.

¹⁴¹ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.2, s. 221.

PICC art. 6.2.3 regulerer konsekvensen af hardship:

“(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.”¹⁴²

Af PICC art. 6.2.3(1) fremgår det, at den ugunstigt stillede part er berettiget til at anmode om genforhandling af de oprindeligt aftalte vilkår i kontrakten med henblik på at tilpasse vilkårene til de nye ændrede omstændigheder i tilfælde af hardship. Den ugunstigt stillede part har dermed mulighed for at anmode (*“request”*) den modstående part om genforhandling. En anmodning om genforhandling ved hardship, er dog ikke mulig, hvis aftalen i forvejen har en klausul om eksempelvis automatisk indeksering ved indtræden af specifikke begivenheder.¹⁴³ Dette skyldes, at såfremt aftalen indeholder en automatisk indeksering, vil forpligtelsen i aftalen ikke blive byrdefuld. Det er dermed kun muligt at påberåbe hardship, såfremt den aftalte indekseringsklausul ikke regulerer netop den begivenhed, som udgør hardship i den konkrete situation.¹⁴⁴ Anmodningen skal fremsættes uden unødigt forsinkelse og indikere, hvorfor der foreligger hardship, jf. PICC art. 6.2.3(1). Anmodningen skal ske så hurtigt, som det er muligt i den konkrete situation, hvorfor den nøjagtige tid for anmodningen kan variere fra kontrakt til kontrakt. I tilfælde af at den ugunstigt stillede part ikke får fremsat anmodningen om hardship uden unødigt forsinkelse, mister parten ikke sin ret til at anmode om genforhandling. Forsinkelsen kan dog tale imod, hvorvidt hardshipsituationen eksisterede, eftersom parten burde reagere, hvis denne oplever hardship. Den ugunstigt stillede part skal ved anmodningen angive, hvorfor der foreligger hardship, således den modstående part har bedre mulighed for at vurdere, om anmodningen om genforhandling er berettiget. Såfremt den ugunstigt stillede part ikke begrunder hardship, har dette samme virkning som en forsinket anmodning, hvorfor dette kan tale imod, hvorvidt hardship egentligt eksisterer. Anmodningen fra den ugunstigt stillede part i henhold til genforhandlingen samt begge parter adfærd under selve genforhandlingen, er underlagt principperne om god tro (*“good faith”*) og retfærdig behandling (*“fair dealing”*).¹⁴⁵ PICC's brug af betegnelsen god tro har ikke relation til betegnelsen af god forretningsskik (*“good faith”*) i CISG, hvorfor den sproglige forståelse heraf anvendes ved be-

¹⁴² UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.3.

¹⁴³ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.3, s. 223-224.

¹⁴⁴ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.3, s. 223-224.

¹⁴⁵ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.3, s. 224.

handlingen af princippet. Betegnelsen i princippet og CISG har dermed ikke samme betydning, hvorfor forståelsen af *good faith* i CISG ikke kan anvendes ved princippet. Vurderingen af betegnelsen er den samme for de øvrige princippers brug af *good faith*.

Anmodningen om genforhandling berettiger ikke i sig selv den ugunstigt stillede part til at tilbageholde sin ydelse, jf. PICC art. 6.2.3(2). Årsagen hertil må antages at være det potentielle misbrug af bestemmelsen vedrørende hardship samt hardships særegne karakteristika. Hardship er karakteristisk ved, at dette berettiger den ugunstigt stillede part til ikke at opfylde sine forpligtelser i parternes aftale på trods af, at der ikke foreligger umulighed. Den ugunstigt stillede parts tilbageholdelse af sin ydelse kan udelukkende begrundes i usædvanlige omstændigheder.¹⁴⁶

Såfremt parterne ved genforhandling ikke når til enighed inden for rimelig tid, har hver af parterne mulighed for at anlægge sag hos domstolen, jf. PICC art. 6.2.3(3). Uenighed vil oftest opstå, såfremt den modstående part afslår anmodningen om genforhandlingen, eller i tilfælde af at parterne er blevet enige om genforhandling, og denne er mislykkedes.¹⁴⁷

Hvis domstolen ligeledes finder, at der foreligger hardship, kan den, hvis det er rimeligt, ophæve aftalen, jf. PICC art. 6.2.3(4)(a), eller justere aftalens vilkår med henblik på at genoprette ligevægten i aftalen, jf. PICC art. 6.2.3(4)(b). Såfremt domstolen vælger at ophæve kontrakten, skal ophævelsen angives med en bestemt dato under de vilkår, som domstolen fastsætter, jf. PICC art. 6.2.3(4)(a). Vælger domstolen at genoprette ligevægten i aftalen, skal denne sørge for at foretage en fair fordeling af tabene mellem parterne, således domstolen eksempelvis tager stilling til, hvis en af parterne har påtaget sig en større risiko, end hvad der antages at være almindeligt i et sådan aftaleforhold. Domstolen skal kun ophæve eller justere aftalens vilkår, såfremt denne finder det rimeligt, jf. PICC art. 6.2.3(4). Sommetider kan omstændighederne afgøre, at hverken justering af vilkår eller ophævelse er en hensigtsmæssig løsning på den konkrete aftale. I denne situation kan domstolen vurdere, at den mest rimelige løsning er, at parterne genoptager genforhandlingen. Derigennem giver domstolen parterne endnu en mulighed for genforhandling, hvor parterne kan nå til enighed om en eventuel tilpasning af aftalevilkårene, som aftalen er underlagt, eller at parterne bekræfter at aftalevilkårene er, som de oprindeligt blev aftalt ved kontraktindgåelsen.¹⁴⁸

7.1.1 Scafom v. Lorraine

Scafom International BV mod Lorraine Tubes S.A.S (herefter: Scafom v. Lorraine) er en afgørelse, hvor domstolen anvender PICC til udfyldning af konventionen i tilfælde af hardship i henhold til CISG art. 7(2). Dommen er kontroversiel, idet denne statuerer hardship, hvorefter PICC anvendes til at regulere konsekvensen af hardship. For at illustrere, hvordan hardship kan reguleres gennem konventionens generelle principper, behandles dommen i nedenstående afsnit. Sagen er behandlet af tre retsinstanser; *Commercial Court* i Tongeren i Belgien

¹⁴⁶ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.3, s. 225.

¹⁴⁷ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.3, s. 225.

¹⁴⁸ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, Chapter 6, Section 2, art. 6.2.3, s. 226.

(herefter: Handelsretten), *Court of Appeal* i Antwerpen i Belgien (herefter: Appelretten) og i den belgiske *Supreme Court* (herefter: Højesteret).^{149, 150, 151}

7.1.1.1 Sagens faktum

Dommen omhandler køb og levering af stål til stilladser, hvor køber, Scafom International BV (herefter: Scafom), og sælger, Lorraine Tubes S.A.S (herefter: Lorraine), indgår en række aftaler om stål. I aftalerne er der indgået en fast pris på stålet, men aftalen indeholder ikke en prisreguleringsmekanisme, hvorfor der ved ændrede omstændigheder ikke er adgang til genforhandling eller at foretage ændringer i den aftalte pris. Af Lorraines generelle betingelser fremgår en prisreguleringsmekanisme, men denne er dog ikke vedlagt de enkelte aftaler med Scafom, hvorfor det er uvist mellem parterne, hvorvidt denne kan anvendes ved ændringer i prisen på markedet.¹⁵²

Efter aftalens indgåelse stiger prisen på stål med 70 pct., hvorfor Lorraine foretager prisstigninger på stålet. Lorraine meddeler herefter prisstigninger på gennemsnitligt 48 pct. til Scafom. Desuden meddeler Lorraine, at prisen ligeledes stiger på de ordrer, som er bestilt, men som endnu ikke er leveret til Scafom. Scafom meddeler herefter til Lorraine, at den oprindeligt indgåede pris fastholdes, samt at de allerede bestilte ordrer skal leveres omgående. Lorraine meddeler efterfølgende Scafom, at de skal acceptere prisstigningerne på stålet. Dette nægter Scafom, hvorefter parterne indgår forhandling vedrørende de ændrede omstændigheder og prisstigningerne. Imidlertid kolliderer forhandlingen mellem Scafom og Lorraine, og parterne ender dermed uden løsning på deres tvist. Den kollapsede forhandling medfører, at Lorraine tilbageholder ydelsen, indtil Scafom tilkendegiver, at de accepterer prisstigningerne. Scafom accepterer dog fortsat ikke prisstigningerne og betragter derfor Lorraine for at være i misligholdelse af aftalens forpligtelser. Lorraine leverer fortsat ikke stålet, hvorefter Scafom sagsøger Lorraine for manglende opfyldelse af forpligtelsen. Parternes tvist behandles derfor af Handelsretten i Belgien.¹⁵³

7.1.1.2 Handelsrettens afgørelse

Sagen forelægges for den belgiske Handelsret, der udsteder et midlertidigt påbud, hvorefter Lorraine pålægges at levere stålet til den aftalte pris. Scafom skal samtidig betale stålet til den aftalte pris samt halvdelen af beløbet på de prisstigninger, som Lorraine meddeler som følge af de ændrede omstændigheder.¹⁵⁴

Scafom anker det midlertidige påbud og nedlægger påstand om, at Lorraine skal levere stålet til den aftalte pris, uden de skal betale halvdelen af prisstigningerne. Lorraine hævder at deres generelle betingelser finder anvendelse i aftaleforholdet, hvorfor de er berettigede til at modtage de krævede prisstigninger. Subsidiært kræver Lorraine prisstigninger under CISG

¹⁴⁹ Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten.

¹⁵⁰ Sag 2005/AR/2372, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*, CISG-online nr. 3062, Belgien, Appelretten.

¹⁵¹ Sag C.07.0289.N, *Scafom International V Lorraine Tubes S.A.S*, CISG-online nr. 1963, Belgien, Højesteret.

¹⁵² Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten, s. 1-2.

¹⁵³ Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten, s. 2-3.

¹⁵⁴ Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten, s. 3.

art. 79 gennem påberåbelse af hardship.¹⁵⁵ Belgien og Frankrig, hvor parterne har forretningssted, har begge ratificeret CISG, hvorfor CISG finder anvendelse, jf. CISG art. 1(1)(a).¹⁵⁶

Handelsretten finder, at Lorraine behørigt beviser, at prisstigningen på stålet er uforudsigelig. Dette beviser Lorraine ved at fremsende prislister og artikler, der fastslår, at den pågældende prisstigning på stål ikke kunne forudses ved aftaleindgåelsen. Til trods for prisstigningens uforudsigelighed bør dette ikke have forhindret Lorraine i at forhandle en prisreguleringsmekanisme direkte i kontrakten. Dette begrundes særligt ud fra, at Lorraine allerede har en prisreguleringsmekanisme i de generelle betingelser, selvom det er uklart, i hvilket omfang de generelle betingelser er en del af parternes kontrakt. Hertil fastlægger Handelsretten dog, at de generelle betingelser ikke finder anvendelse, eftersom CISG ikke anerkender stiltiende accept.¹⁵⁷

I forhold til Lorraines subsidiære påstand vedrørende CISG art. 79 finder retten, at CISG ikke udtrykkeligt regulerer hardship, hvorfor aftalen ikke kan ændres på denne baggrund. Retten finder desuden, at en ændring af aftalens indhold modvirker princippet om *pacta sunt servanda* og sikkerheden heraf, idet princippet har til formål, at aftaler skal holdes. Handelsretten lægger desuden vægt på, at Højesteret i Belgien systematisk afviser teorien om hardship, selvom balancen i aftalen forrykkes. Endvidere udtaler retten, at Lorraine skal bære risikoen for prisstigningen, hvorfor CISG art. 79 ikke finder anvendelse, eftersom Lorraine bør have forudset de ændrede omstændigheder. Afslutningsvist bemærker retten, at betydningen af CISG art. 79 ikke skal benyttes som en hjælp til en part, der, som følge af egen skødesløshed, ikke forudser sådanne situationer. CISG art. 79 finder derfor ikke anvendelse på aftalen mellem Scafom og Lorraine, hvorfor Handelsretten fastslår, at parternes tvist skal løses gennem belgisk ret.¹⁵⁸

7.1.1.3 Appelrettens afgørelse

Sælger, Lorraine, anker afgørelsen fra Handelsretten, hvorfor sagen yderligere behandles i Appelretten i Belgien. Her finder Appelretten, at parternes tvist skal løses efter den relevante lov efter de internationale privatretlige regler. Her finder den belgiske Appelret, at dette indebærer, at fransk lovgivning finder anvendelse til at løse parternes tvist.¹⁵⁹ Appelretten bemærker desuden, at Handelsretten ikke har behandlet spørgsmålet om CISG's anvendelse korrekt. Såfremt tvisten skal løses ved anvendelse af konventionen, hindrer CISG art. 79 ikke adgangen til prisregulering på baggrund af ændrede omstændigheder. Derfor er det ikke i strid med CISG, og de generelle principper konventionen bygger på, at foretage en regulering af den aftalte pris.¹⁶⁰ Appelrettens begrundelse indikerer, at der er et *gap* i konventionen i forhold til

¹⁵⁵ Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten, s. 8.

¹⁵⁶ Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten, s. 4.

¹⁵⁷ Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten, s. 6-7.

¹⁵⁸ Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten, s. 9-11.

¹⁵⁹ Sag 2005/AR/2372, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, CISG-online nr. 3062, Belgien, Appelretten.

¹⁶⁰ Sag C.07.0289.N, *Scafom International V Lorraine Tubes S.A.S.*, CISG-online nr. 1963, Belgien, Højesteret, s. 5-9.

genforhandling. Dette *gap* skal udfyldes efter CISG art. 7(2), hvor Appelretten mener, at der er et eksternt *gap*, som skal udfyldes af fransk lov i stedet for et internt *gap*, der udfyldes af konventionens generelle principper.

7.1.1.4 Højesterets afgørelse

Køber, Scafom, anker Appelrettens afgørelse, hvorefter den belgiske Højesteret afsiger endelig dom i sagen. Højesteret finder, at en forrykket balance i kontrakten, på baggrund af uforudsigelige og ændrede omstændigheder efter aftaleindgåelsen, kan statuere en hindring efter CISG art. 79. Retten udtaler ydermere, at *gaps* i CISG skal udfyldes efter CISG art. 7(2). Den belgiske Højesteret mener, at *gappet* efter CISG art. 7(2) skal udfyldes af generelle principper fra den internationale handelsret. Her finder retten, at PICC er et sæt generelle internationale principper inden for handelsretten, der uden videre kan anvendes til udfyldningen. Højesteret finder, at PICC art. 6.2.3 berettiger den ugunstigt stillede part, Lorraine, til at kræve genforhandling af aftalen. Højesteret omstøder derfor Appelrettens afgørelse, således fransk lov ikke finder anvendelse. Højesteret finder, på denne baggrund, at den ændrede omstændighed forrykker balancen i parternes aftale, hvorfor Scafom er forpligtet til at genforhandle parternes aftale, jf. PICC art. 6.2.3.¹⁶¹

7.1.1.5 Sammenfatning og kritik af dommen

Første retsinstans, Handelsretten, finder, at CISG ikke udtrykkeligt regulerer hardship, samt at Højesteret i Belgien konsekvent afviser hardship til trods for, at balancen i aftalen forrykkes som følge af ændrede omstændigheder. Derfor finder Handelsretten, at CISG art. 79 ikke kan anvendes, hvorfor belgisk ret skal løse parternes tvist.¹⁶² Anden retsinstans, Appelretten, finder ligeledes, at CISG art. 79 ikke skal anvendes til at løse parternes tvist, men de mener derimod, at tvisten skal afgøres ud fra fransk ret. Appelretten bemærker dog, at hvis konventionen finder anvendelse, er CISG art. 79 ikke til hinder for at foretage en prisregulering på baggrund af ændrede omstændigheder.¹⁶³ Tredje retsinstans, Højesteret, finder, at en hindring efter CISG art. 79 kan statuere hardship. Hertil benytter Højesteret CISG art. 7(2) til at udfylde *gappet* i CISG art. 79. Ved udfyldningen finder Højesteret, at CISG art. 7(2) tillader udfyldning gennem internationale principper inden for handelsretten, herunder PICC. Dette bevirker, at Lorraine kan kræve genforhandling, hvorefter det er muligt at tilpasse aftalevilkårene, jf. PICC art. 6.2.3.¹⁶⁴

Den belgiske Højesterets afgørelse er efterfølgende blevet kritiseret af flere forfattere.^{165, 166} *Gaps* i CISG skal udfyldes af konventionens underliggende generelle principper, men dette er ikke nødvendigvis ensbetydende med generelle principper inden for international handelsret.

¹⁶¹ Sag C.07.0289.N, *Scafom International V Lorraine Tubes S.A.S*, CISG-online nr. 1963, Belgien, Højesteret, s. 11-12.

¹⁶² Sag A.R. A/04/01960, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*, CISG online nr. 1106, Belgien, Handelsretten.

¹⁶³ Sag 2005/AR/2372, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*, CISG-online nr. 3062, Belgien, Appelretten.

¹⁶⁴ Sag C.07.0289.N, *Scafom International V Lorraine Tubes S.A.S*, CISG-online nr. 1963, Belgien, Højesteret.

¹⁶⁵ Gillette, P. C. og Walt, D. S., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, s. 308-310.

¹⁶⁶ Harry Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 191.

Konventionens generelle principper kan ligeledes være principper, som CISG er baseret på, såsom *reasonableness*. Højesterets brug af principperne kan dermed være en overfortolkning, idet retten kommer frem til, at Lorraine er berettiget til at kræve genforhandling af aftalen med henvisning til PICC art. 6.2.3.¹⁶⁷ De generelle principper inden for international handelsret kan derfor ikke uden videre anvendes til at udfylde et *gap*, idet domstolen først skal undersøge, om principperne er et udtryk for de generelle principper, som CISG er baseret på.

Endnu en kritik af Højesterets anvendelse af PICC er, at disse principper først blev udgivet efter konventionens ikrafttrædelse.¹⁶⁸ Retten kan derfor ikke blot benytte PICC og inkorporere dem under konventionen ved fortolkning efter CISG art. 7(2), da *gaps* skal udfyldes efter de generelle principper, som konventionen er baseret på.^{169, 170} Idet PICC først er udgivet efter konventionen, kan der argumenteres for, at disse ikke er udtryk for principper, som CISG bygger på. PICC kan derfor ikke være taget i betragtning i forbindelse med udarbejdelsen af CISG, hvilket medfører, at PICC kan indeholde principper, som ikke er et udtryk for et generelt princip inden for konventionen. Dette skal undersøges forinden anvendelse af PICC til udfyldning af konventionen.

Desuden kan Højesterets beslutning om genforhandling mellem parterne kritiseres. Ordlyden af PICC art. 6.2.3(1) siger, at den ugunstigt stillede part kan anmode ("*request*") om genforhandling. Højesteret benytter ordet kræve ("*claim*"), hvormed de mener, at Lorraine har mulighed for at kræve genforhandling, og ikke blot anmode herom, som det ellers fremgår af PICC. Herudfra analyseres det, at den belgiske Højesteret udvider kravet for genforhandling ifølge PICC art. 6.2.3(1). Anvendelsesområdet udvides, da den modstående part ikke har en pligt til genforhandling ud fra ordlyden af PICC, hvis den ugunstigt stillede part alene kan anmode om genforhandling. Når Højesteret bestemmer, at den ugunstigt stillede part kan kræve genforhandling, er dette en ændring, som medfører, at den modstående part får en pligt til at genforhandle parternes aftale. Det har dermed en betydelig forskel for den modstående part, om den ugunstigt stillede part kan anmode eller kræve genforhandling.

Analysen af *Scafom v. Lorraine* illustrerer, at det ikke er muligt at tage udgangspunkt i et enkelt sæt af de internationale principper inden for handelsretten, når et internt *gap* i CISG skal udfyldes. Konventionens generelle principper kan derfor ikke blot udledes på baggrund af PICC, hvorfor øvrige internationale anerkendte principper må analyseres for at finde et generelt princip, som konventionen er baseret på. Denne analyse danner baggrund for den videre undersøgelse af de udvalgte internationale principper, således det afslutningsvist er muligt at udlede en samlet grundsætning, der kan være udtryk for en fælles forståelse af håndteringen af *hardship* under konventionen.

¹⁶⁷ Gillette, P. C. og Walt, D. S., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, s. 308-310.

¹⁶⁸ Harry Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 198-199.

¹⁶⁹ Gillette, P. C. og Walt, D. S., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, s. 308-310.

¹⁷⁰ Harry Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 198-199.

7.2 TransLex-Principles

TLP er en samling af principper og regler, der behandler transnational handelsret.¹⁷¹ Dette indebærer, at TLP varetager flere landes interesser, hvorfor principperne anvendes internationalt. TLP har til formål at forsone teori og praksis ved blandt andet at fastlægge betydningen af juridiske begreber, såsom hardship, inden for transnational handel.¹⁷² Første udgave af principperne, som danner grundlag for TLP, blev udgivet i 1992. Efterfølgende er TLP opdateret i nye udgaver og udvidet med flere regler og principper, som i dag danner baggrunden for den online samling.¹⁷³

Af TLP's kapitel VIII fremgår principperne om hardship. TLP art. VIII.1 regulerer kravene til, at der foreligger hardship. Ordlyden af TLP art. VIII.1 er følgende:

“Any event of legal, economic, technical, political, financial or similar nature

- i) which is beyond the typical sphere of control of the disadvantaged party, and*
- ii) which occurs after the conclusion of the contract and whose effects could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract, or*
- iii) which existed at that time but was not known by the disadvantaged party and could not have been recognized by a reasonable person of the same kind as the disadvantaged party in the same circumstances, and*
- iv) which causes a fundamental alteration of the equilibrium of the contractual obligations, thereby rendering the performance of the contract excessively onerous for that party, and*
- v) for which the disadvantaged party did not assume, explicitly or implicitly, in the contract or otherwise, the risk of its existence or occurrence.*

*constitutes hardship.”*¹⁷⁴

Først definerer TLP hardship som enhver begivenhed af juridisk, økonomisk, teknisk, politisk, finansiel eller lignende karakter. Dermed forsøger TLP at specificere, hvornår der forekommer hardship, men dette er fortsat inden for en bred definition, idet der fremgår flere forskellige typer af begivenheder. Dernæst opstiller princippet fire kumulative betingelser, som skal opfyldes.

TLP art. VIII.1(i) er første krav, der skal opfyldes forinden, der foreligger hardship ifølge princippet. Kravet siger, at begivenheden skal være uden for den typiske kontrolsfære for den ugunstigt stillede part. Dette minder om ordlyden i PICC art. 6.2.2(c), hvor begivenheden skal være uden for den ugunstigt stillede parts kontrol, mens TLP nævner, at kontrollen skal være uden for den typiske kontrolsfære (*“the typical sphere”*). Herudfra kan det analyseres, at hardship kun kan forekomme ifølge TLP, såfremt begivenheden opstår uden for et område, som den ugunstigt stillede part typisk varetager kontrollen af gennem parternes aftale. TLP

¹⁷¹ Trans-Lex.org - Transnational Law Research, *TransLex-Principles*.

¹⁷² Trans-Lex.org - Transnational Law Research, *History & Modern Evolution of Transnational Commercial Law*.

¹⁷³ Trans-Lex.org - Transnational Law Research, *History*.

¹⁷⁴ *TransLex-Principles*, Chapter VIII, art. VIII.1.

stiller dermed strengere krav til den ugunstigt stillede parts kontrolsfære, idet begivenheden blot skal være uden for den ugunstigt stillede parts kontrol efter PICC art. 6.2.2(c).

Dernæst udgør TLP art. VIII.1(ii) og (iii) andet krav for hardship. Begivenheden skal forekomme efter kontraktens indgåelse samtidigt med, at begivenhedens virkninger ikke rimeligt kunne tages i betragtning af den ugunstigt stillede part på aftaletidspunktet, jf. TLP art. VIII.1(ii). Første del af TLP art. VIII.1(ii) ligner PICC art. 6.2.2(a), der ligeledes siger, at begivenheden skal indtræde efter aftaleindgåelsen. Anden del af TLP art. VIII.1(ii) kan sammenholdes med PICC art. 6.2.2(b), som fremsætter, at begivenheden ikke rimeligt kunne tages i betragtning af den ugunstigt stillede part ved aftaleindgåelsen. På baggrund heraf ses en forskel mellem TLP og PICC, eftersom TLP har fokus på, at den ugunstigt stillede part med rimelighed ikke kunne tage begivenhedens virkninger ("*effects*") i betragtning, da aftalen blev indgået, mens PICC har fokus på, at selve begivenheden ("*the events*") ikke med rimelighed kunne tages i betragtning af den ugunstigt stillede part, da aftalen blev indgået. Her lægger principperne vægt på forskellige forventninger til, hvad den ugunstigt stillede part kunne have forudsat ved aftaleindgåelsen, idet TLP nævner effekterne af begivenheden, mens PICC nævner selve begivenheden. TLP art. VIII.1(ii) og (iii) er formuleret således, at såfremt den ugunstigt stillede part ikke er i stand til at opfylde TLP art. VIII.1(ii), kan TLP art. VIII.1(iii) opfyldes. Dermed kræver det, at begivenheden enten falder inden for TLP art. VIII.1(ii) eller TLP art. VIII.1(iii), hvorefter andet krav er opfyldt. TLP art. VIII.1(iii) siger, at begivenheden kan eksistere på tidspunktet for kontraktens indgåelse, men at dette ikke skal være kendt af den ugunstigt stillede part. Denne betragtning støttes af PICC art. 6.2.2(a), der ligeledes nævner, at begivenheden skal kendes af den ugunstigt stillede part efter aftaleindgåelsen. Hertil udbygger TLP princippet med, at begivenheden, som eksisterede på aftaletidspunktet, ikke kunne forudses af en rimelig person af samme type som den ugunstigt stillede part i samme omstændigheder.

Tredje krav fremgår af TLP art. VIII.1(iv), som fremsætter, at begivenheden skal forårsage en væsentlig ændring af ligevægten i kontraktens forpligtelser, hvormed kontraktens opfyldelse bliver overdrevent byrdefuld for den pågældende part, som skal opfylde denne forpligtelse. TLP og PICC er enige om, at der foreligger hardship, såfremt en begivenhed væsentligt ændrer ligevægten i parternes aftale, jf. PICC art. 6.2.2.

Afslutningsvist opstiller TLP art. VIII.1(v) det fjerde krav for hardship. Her må den ugunstigt stillede part ikke have påtaget sig risikoen for begivenhedens eksistens eller forekomst. Dette gælder både eksplicit eller implicit i parternes kontrakt eller på anden vis. PICC art. 6.2.2(d) indeholder en betingelse af samme betydning, hvoraf det fremgår, at risikoen for begivenheden ikke må være påtaget af den ugunstigt stillede part. TLP art. VIII.1(v) beskriver nærmere hvordan og i hvilket omfang, dette skal vurderes. Dette fremgår, som tidligere beskrevet, ligeledes af PICC art. 6.2.2(d) med kommentarer.

Efterfølgende behandler TLP art. VIII.2 de juridiske konsekvenser ved hardship. TLP art. VIII.2 lyder som følger:

“(a) In case of the occurrence of an event as defined in Principle VIII.1, the disadvantaged party may claim from the other party renegotiation of the contract with a view to reaching agreement on alternative contractual terms which reasonably allow both parties the continuation of the contract.

(b) If the parties fail to reach agreement on these alternative terms within reasonable time, either party may apply to a court or arbitral tribunal in order to have the contract

i) adapted to the changed circumstances (provided the applicable procedural law gives the court or arbitral tribunal the authority to decide on such adaptation) with a view to restoring the initial equilibrium of the contract or, if such restoration is not feasible, to distributing the losses caused by the hardship event equally between the parties, or

ii) terminated at a date and on terms to be determined by the court or arbitral tribunal.”¹⁷⁵

I tilfælde af at en begivenhed, som defineret i TLP art. VIII.1, opstår, kan den ugunstigt stillede part kræve, at kontrakten genforhandles med henblik på at opnå enighed om alternative kontraktvilkår, som rimeligt tillader begge parter at fortsætte kontrakten, jf. TLP art. VIII.2(a). I PICC art. 6.2.3(1) er der ligeledes mulighed for genforhandling, eftersom den ugunstigt stillede part er berettiget til at anmode om genforhandling af parternes aftale. TLP og PICC mener dermed begge, at der er mulighed for genforhandling, såfremt der foreligger hardship. Principperne differentierer sig dog ved, at TLP kræver (“*claim*”) genforhandling med den modstående part, mens PICC anmoder (“*request*”) om genforhandling hos den modstående part. Herudfra kan det analyseres, at TLP pålægger en strengere forpligtelse for den modstående part til at genforhandle parternes kontrakt i tilfælde af hardship. PICC nævner, at anmodningen om genforhandling skal fremsættes uden unødigt forsinkelse og indikere, hvorfor der foreligger hardship, jf. PICC art. 6.2.3(1). I TLP art. VIII.2(a) opstilles ingen krav til tidsfrist eller indhold, når den ugunstigt stillede part vil kræve genforhandling som følge af hardship.

Det fremgår af TLP art. VIII.2(b), at såfremt parterne ikke opnår enighed om de alternative kontraktvilkår inden for rimelig tid, har hver part mulighed for at ansøge domstolen eller voldgiftsretten om enten at få tilpasset eller ophævet kontrakten, jf. TLP art. VIII.2(b)(i) og (ii). Hertil ses det af PICC art. 6.2.3(3), at såfremt parterne ved genforhandling ikke når til enighed inden for rimelig tid, har hver part mulighed for at anlægge en sag hos domstolen. Principperne er dermed enige om, at begge parter kan tage sagen videre, hvis parterne ikke når til enighed inden for rimelig tid. Ifølge PICC kan parterne anlægge en sag hos domstolen, mens TLP nævner, at det både er muligt at anlægge sagen hos domstolen eller voldgiftsretten. På baggrund af TLP art. VIII.2(b)(i) kan domstolen eller voldgiftsretten tilpasse parternes kontrakt til de ændrede omstændigheder med henblik på at genoprette den oprindelige ligevægt i kontrakten. TLP og PICC er enige om dette, idet PICC giver domstolen mulighed for at justere aftalens vilkår med henblik på at genoprette ligevægten i aftalen, jf. PICC art. 6.2.3(4)(b). Her tilføjer TLP dog, at justeringen af kontrakten udelukkende kan ske, forudsat den gældende procesret giver domstolen eller voldgiftsretten beføjelse til at træffe afgørelse om en sådan tilpasning, jf. TLP art. VIII.2(b)(i) og afsnit 4. Såfremt det ikke er muligt at genoprette den oprindelige ligevægt i kontrakten, giver TLP en løsning herpå. TLP art. VIII.2(b)(i) siger, at hvis en sådan genopretning ikke er mulig, skal domstolen eller voldgiftsretten fordele tabene, som er forårsaget af hardship, ligeligt mellem parterne. Her adskiller TLP sig fra PICC, da PICC ikke fremsætter en løsning, hvis ligevægten ikke kan genoprettes. Derimod er både

¹⁷⁵ *TransLex-Principles*, Chapter VIII, art. VIII.2.

TLP og PICC enige om, at parternes kontrakt også kan ophæves, hvor dato og vilkår for ophævelsen fastsættes af den dømmende instans, jf. TLP art. VIII.2(b)(ii) og PICC art. 6.2.3(4)(a).

7.3 Principles of European Contract Law

PECL er et sæt af internationale principper i forhold til kontraktretten. I modsætning til CISG, er PECL ikke begrænset til kun at omhandle løsøre, idet regelsættet omhandler kontraktretten generelt. PECL er dog geografisk afgrænset til kun at omfatte Europa. Juristen, Ole Lando, ledede arbejdet i forbindelse med udarbejdelsen af principperne og ligger ligeledes navn til kommissionen, som stod for udarbejdelsen. Arbejdet blev startet i begyndelsen af 1980'erne af en række akademikere med speciale i kontraktretten. Principperne er udgivet i tre dele, hvor den første del blev udgivet i 1995, anden del i 1999 og tredje del i 2002. Formålet med principperne er at fastlægge regler inden for kontrakt- og obligationsretten, som er fælles inden for Europa.¹⁷⁶

PECL indeholder en bestemmelse vedrørende ændring af omstændighederne, hvilket omhandler situationer, hvor der kan foreligge hardship. Bestemmelsen findes i PECL kapitel 6, art. 6:111. Ordlyden af art. 6:111 er således:

“(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.*

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

- (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or*
- (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.*

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.”¹⁷⁷

PECL definerer, at den ugunstigt stillede part er forpligtet til at opfylde sine forpligtelser, selvom opfyldelsen af kontrakten er blevet mere byrdefuld, jf. PECL art. 6:111(1). Desuden fremgår det, at kontrakten kan blive mere byrdefuld, hvis omkostningerne for opfyldelsen stiger eller hvis værdien af ydelsen mindskes. Dette udgangspunkt fremgår ligeledes af PICC art.

¹⁷⁶ Schönbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, s. 41-42.

¹⁷⁷ *Principles of European Contract Law*, Chapter 6, art. 6:111.

6.2.1, hvoraf det fremgår, at den ugunstigt stillede part er forpligtet til at opfylde sine forpligtelser, selvom kontrakten bliver mere byrdefuld. PICC nævner dog ikke, hvorledes kontrakten kan blive mere byrdefuld, hvilket fremgår af PECL. Bestemmelserne om hardship i TLP indeholder ikke et sådant udgangspunkt, men definerer derimod, hvornår der foreligger hardship samt konsekvenserne heraf. TLP adskiller sig dermed fra PICC og PECL på dette punkt.

I tilfælde af at forpligtelsen bliver overdrevent byrdefuld på grund af ændrede omstændigheder, er parterne forpligtet til at indgå forhandlinger, jf. PECL art. 6:111(2). I PECL er det afgørende, om forpligtelsen bliver overdrevent byrdefuld ("*excessively onerous*"), hvilket ligeledes fremgår af TLP, jf. TLP art. VIII.1(iv). PICC benytter derimod udtrykket væsentligt ("*fundamentally*"), jf. PICC art. 6.2.2. PECL og TLP er dermed enige om, at opfyldelsen af kontrakten skal være blevet overdrevet byrdefuld, hvorimod begivenheden skal ændre væsentligt på ligevægten af kontrakten efter PICC. Ifølge PECL skal forhandlingerne ske med henblik på, at parterne enten skal tilpasse kontrakten eller ophæve denne. Det fremgår dermed af PECL, at parterne er forpligtet til både at indlede og deltage i forhandlingerne, hvorimod det af PICC art. 6.2.3(1) fremgår, at parterne er berettigede til at anmode om genforhandling. PECL og PICC differentierer sig derfor fra hinanden på dette punkt, idet parterne ikke er forpligtede til at deltage i genforhandlingen efter PICC, som de er efter PECL. Hertil ses det, at parterne efter TLP art. VIII.2(a) kan kræve genforhandling, men at det ikke fremgår, at parterne er bundet til at forhandle kontrakten. Herudfra ses det, at principperne er enige om, at der er mulighed for genforhandling af kontrakten i tilfælde af hardship. Principperne differentierer sig dog fra hinanden i forhold til, om parterne skal anmode om genforhandling, kan kræve dette eller er bundet til at deltage. PECL pålægger parterne den strengeste forpligtelse, eftersom det direkte fremgår af princippet, at parterne er forpligtede til at deltage i en forhandling af kontrakten og ikke kun er berettiget til enten at anmode om eller kræve genforhandlingen.

Derudover fremgår der tre kumulative betingelser, som skal være opfyldt forinden, at parterne er forpligtede til at indgå forhandlinger som følge af hardship, jf. PECL art. 6:111(2)(a)-(c). Den første betingelse er, at ændringen i omstændighederne skal indtræde efter tidspunktet for indgåelsen af aftalen, jf. PECL art. 6:111(2)(a). Både PICC og TLP indeholder en bestemmelse om, at begivenheden skal indtræde efter aftaleindgåelsen, jf. PICC art. 6.2.2.(a) og TLP første del af art. VIII.1(ii). Principperne adskiller sig dog fra hinanden ved, at PECL fokuserer på, at der skal ske en ændring i omstændighederne, hvorimod PICC og TLP har fokus på, at der skal forekomme en begivenhed efter aftaleindgåelsen. Det fremgår desuden af TLP art. VIII.1(iii) og PICC art. 6.2.2(a), at begivenheden kan eksistere på tidspunktet for kontraktens indgåelse, hvis denne endnu ikke kendes af den ugunstigt stillede part. Denne betragtning fremgår ikke af PECL, idet bestemmelsen udelukkende har fokus på ændring af omstændigheder efter aftaleindgåelsen. Herudfra kan det analyseres, at anvendelsesområdet for PECL er mere snævert end for PICC og TLP, eftersom disse giver mulighed for at indrømme hardship for begivenheder, som eksisterede på tidspunktet for aftaleindgåelsen.

Den anden betingelse er, at muligheden for ændringen i omstændighederne ikke med rimelighed kunne tages i betragtning på aftaletidspunktet, jf. PECL art. 6:111(2)(b). Denne betingelse kan sammenlignes med PICC art. 6.2.2(b) og anden del af TLP art. VIII.1(ii), hvoraf det ligeledes fremgår, at begivenheden ikke rimeligt kunne tages i betragtning ved aftaleindgåelsen. Principperne adskiller sig dog fra hinanden i forhold til, hvad den ugunstigt stillede

part skal kunne forudse ved aftaleindgåelsen. PECL har fokus på, at den ugunstigt stillede part ikke kunne tage ændringen i omstændighederne i betragtning, hvorimod TLP og PICC har fokus på henholdsvis effekterne af begivenheden og selve begivenheden.

Den tredje betingelse i PECL er, at den ugunstigt stillede part ikke, ifølge kontrakten, er forpligtet til at bære risikoen for ændringen af omstændighederne, jf. PECL art. 6:111(2)(c). Af PICC art. 6.2.2(d) fremgår en lignende betingelse, hvorefter den ugunstigt stillede part ikke må have påtaget sig risikoen for begivenheden. Ligeledes fremgår det af TLP art. VIII.1(v), at den ugunstigt stillede part, hverken eksplicit eller implicit, må have påtaget sig risikoen for begivenhedens eksistens eller forekomst. Fælles for principperne er, at den ugunstigt stillede part ikke må have påtaget sig risikoen for ændringen af omstændighederne eller begivenheden. Principperne adskiller sig dog fra hinanden, idet PECL har fokus på, at den ugunstigt stillede part ikke må have påtaget sig risikoen ifølge kontrakten, hvorimod det i PICC og TLP hverken må være implicit eller eksplicit. I PECL er indholdet af kontrakten altså afgørende for vurderingen af risikoen, hvorimod det ved PICC og TLP er en udvidet vurdering.

Bestemmelsen i PECL adskiller sig fra både PICC og TLP ved, at det ikke fremgår af betingelserne, at begivenheden eller ændringen i omstændighederne skal være uden for den ugunstigt stillede parts kontrol eller den typiske kontrolsfære, jf. PICC art. 6.2.2(c) og TLP art. VIII.1(i). PECL indeholder dermed ikke et krav om, at ændringen i omstændighederne skal være uden for den ugunstigt stillede parts kontrol. I henhold til PECL har det dermed ikke nogen betydning, om begivenheden eller ændringen af omstændighederne sker uden for eller inden for den ugunstigt stillede parts kontrol eller typiske kontrolsfære. Vurderingen i PECL er dermed mildere end PICC og TLP, idet denne har én mindre betingelse forinden, der foreligger hardship.

Det fremgår af PECL art. 6:111(3), at hvis parterne ikke bliver enige ved genforhandlingen inden for en rimelig periode, kan domstolen enten ophæve eller tilpasse kontrakten, jf. PECL art. 6:111(3)(a) og (b). Både PICC og TLP indeholder en bestemmelse om, at hvis parterne ikke når til enighed inden for rimelig tid, har begge parter mulighed for at anlægge en sag hos domstolen, jf. PICC art. 6.2.3(3) og TLP art. VIII.2(b). Det fremgår dermed af både PECL, PICC og TLP, at parterne skal nå til enighed inden for rimelig tid. Det fremgår dog ikke direkte af PECL art. 6:111(3), at det er parterne, der skal anmode retten om, at kontrakten enten skal ophæves eller tilpasses. Dette medfører dog ikke, at principperne på dette punkt adskiller sig fra hinanden, idet problemstillingen udelukkende vil komme til domstolen i det tilfælde, hvor en af parterne anlægger en sag. Principperne er dermed enige om, at parterne har mulighed for at anlægge en sag, hvis de ikke når til enighed ved genforhandlingen. TLP nævner, at parterne har mulighed for både at anlægge en sag hos domstolen og voldgiftsretten, hvilket adskiller sig fra både PICC og PECL, idet disse kun nævner domstolen.

Ifølge PECL art. 6:111(3)(a) kan domstolen ophæve kontrakten, hvis parterne ikke når til enighed ved forhandlingerne. Retten fastsætter i den forbindelse dato og vilkår for ophævelsen. Både PICC og TLP er enige med PECL om, at domstolen kan ophæve kontrakten, hvor dato og vilkår fastsættes af retten, jf. PICC art. 6.2.3(4)(a) og TLP art. VIII.2(b)(ii). Principperne adskiller sig dermed ikke fra hinanden i forhold til dette.

Det fremgår desuden af PECL art. 6:111(3)(b), at domstolen kan tilpasse kontrakten. Bestemmelsen specificerer, at domstolen skal tilpasse kontrakten således, at tab og gevinster,

som skyldes ændrede omstændigheder, fordeles på en retfærdig og ligelig måde mellem parterne. Ifølge PICC art. 6.2.3(4)(b) kan domstolen tilpasse aftalen således at ligevægten i kontrakten genoprettes, hvor det af TLP art. VIII.2(b)(i) fremgår, at voldgiftsretten ligeledes har denne mulighed. Principperne er dermed enige om, at kontrakten kan tilpasses, hvis parterne ikke når til enighed ved forhandlingerne. PECL adskiller sig dog fra PICC og TLP ved, at denne bestemmelse tilpasser kontrakten ud fra, at der skal ske en retfærdig og ligelig fordeling af tab og gevinster, hvorimod PICC og TLP har fokus på ligevægten i kontrakten. Hverken PICC eller TLP indeholder en specificering af, hvad domstolen skal justere kontrakten ud fra for at genoprette ligevægten. En fordeling af tab og gevinster på en retfærdig og ligelig måde efter PECL, må dog medføre, at ligevægten i kontrakten genoprettes, idet fordelingen ellers ikke vil være retfærdig. Herudfra analyseres det, at ordlyden af principperne er forskellige, men resultatet hos domstolen, og dermed også betydningen af principperne, vil ende med at være det samme.

PECL art. 6:111 indeholder en afsluttende sætning, hvoraf det fremgår, at både ved ophævelse og tilpasning af kontrakten, kan domstolen tilkende erstatning for de tab, der er lidt ved, at en af parterne nægter at forhandle eller afbryder forhandlingerne i strid med god tro ("*good faith*") og retfærdig behandling ("*fair dealing*"). Årsagen, til at denne bestemmelse er en del af PECL, er, at parterne ifølge PECL er forpligtet til at indlede og deltage i forhandlingerne, hvis kontrakten bliver overdrevent byrdefuld, jf. PECL art. 6:111(2). Der skal dermed også være en konsekvens, hvis den ene part enten nægter eller bryder forhandlingerne, idet den anden part har en forventning om, at parterne deltager i forhandlingerne. Denne bestemmelse adskiller sig fra både PICC og TLP, idet disse principper ikke indeholder en bestemmelse om, hvad der sker, hvis en af parterne nægter at forhandle. Hverken PICC eller TLP indeholder en forpligtelse til, at parterne skal deltage i en forhandling, hvilket må være årsagen til, at disse principper ikke indeholder en lignende bestemmelse. I henhold til TLP kan den ene af parterne kræve genforhandling med den modstående part, men det fremgår ikke af bestemmelsen, at parterne er forpligtet til at deltage, jf. TLP art. VIII.2(a). Af TLP art. VIII.2(b)(i) fremgår det dog, at domstolen eller voldgiftsretten skal fordele de tab, som er forårsaget af hardship, ligeligt mellem parterne, hvis det ikke er muligt at genoprette den oprindelige ligevægt i kontrakten. I denne bestemmelse er det afgørende, at domstolen eller voldgiftsretten ikke har mulighed for at genoprette ligevægten ved justering af kontrakten. Bestemmelserne i PECL og TLP er derfor ikke ens, idet PECL handler om erstatning, hvorimod TLP handler om ligelig fordeling af et eventuelt tab. PICC har ikke en bestemmelse, der minder om den afsluttende sætning i PECL art. 6:111, idet PICC ikke løser problematikken om, at en part ikke deltager i genforhandlingen eller ligevægten ikke kan genoprettes.

7.4 Draft Common Frame of Reference

DCFR er principper, definitioner og modelregler for europæisk privatret. DCFR er udarbejdet af forskningsgrupper, på baggrund af et projekt fra EU-Kommissionen, for at finde en fælles referenceramme for europæisk formueret. Dermed er formålet med DCFR at skabe en ensartet forståelse af begreber inden for formueretten, som skal sikre en konform anvendelse i senere

EU-lovgivning. DCFR er baseret på PECL og allerede gældende principper i den eksisterende EU-lovgivning.¹⁷⁸

I DCFR under kapitel I om forpligtelser og tilsvarende rettigheder findes DCFR art. III. – 1:110 om ændring eller ophævelse ved domstolen på baggrund af ændrede omstændigheder. Dette indikerer, at princippet kan omfatte situationer, hvor der forekommer hardship. DCFR art. III. – 1:110 har følgende ordlyd:

“(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:

(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and

(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.”¹⁷⁹

Det fremgår af DCFR art. III. – 1:110(1), at en forpligtelse skal opfyldes, selvom opfyldelsen er mere byrdefuld end ved aftaleindgåelsen. Dette kan enten ske ved, at omkostningerne ved opfyldelsen stiger, eller fordi værdien af det, der skal modtages som betaling, er formindsket, jf. DCFR art. III. – 1:110(1). Som tidligere fastlagt ses der lignende formuleringer i PICC 6.2.1 og PECL art. 6:111(1), hvoraf både DCFR og PECL forklarer, hvordan kontrakten kan blive mere byrdefuld. Her er begge principper enige i, at en byrdefuld kontrakt forekommer, når omkostningerne stiger for opfyldelsen, eller værdien af ydelsen falder.

I DCFR art. III. – 1:110(2) beskrives konsekvenserne af hardship. Såfremt opfyldelsen af en kontraktlig forpligtelse eller en forpligtelse, der opstår fra en ensidig juridisk handling, bliver så byrdefuld, grundet en exceptionel ændring af omstændighederne, at det er åbenlyst urimeligt at fastholde debitor i forpligtelsen, kan domstolen ændre eller ophæve forpligtelsen, jf. DCFR art. III. – 1:110(2)(a) og (b). En nævneværdig forskel fra de øvrige principper er, at

¹⁷⁸ Steensgaard, Kasper, *Standardbetingelser i internationale kontrakter*, s. 47-48.

¹⁷⁹ *Draft Common Frame of Reference*, Book III, Chapter I, art. III. – 1:110.

DCFR fremhæver, at hardship både kan foreligge i gensidige og ensidige forpligtelser. Desuden bruger principperne et forskelligt ordvalg, når de omtaler, at den ugunstigt stillede parts forpligtelser bliver mere byrdefulde som følge af en ændring af omstændighederne. DCFR siger, at der skal ske en *exceptionel* (“*exceptional*”) ændring, mens PICC omtaler ændringen som væsentlig (“*fundamentally*”), jf. PICC art. 6.2.2. TLP og PECL siger, at der skal forekomme en overdreven (“*excessively*”) ændring af omstændighederne, jf. TLP art. VIII.1(iv) og PECL art. 6:111(2). Principperne er dermed ikke enige om, i hvilken grad forpligtelsen skal blive mere byrdefuld på baggrund af de ændrede omstændigheder. Derfor kan det ikke entydigt fastlægges, hvad der skal til for, at der foreligger hardship ud fra princippernes ordvalg. Derudover differentierer DCFR sig fra de øvrige principper, idet princippet påpeger, at det vil være åbenlyst urimeligt at fastholde debitor i en forpligtelse, der er *exceptionel* byrdefuld. Denne fremstilling og ordlyd ses ikke i PICC, TLP eller PECL.

Principperne er derimod enige om, at domstolen kan ændre eller ophæve forpligtelsen som konsekvens af hardship, jf. PICC art. 6.2.3(3), TLP art. VIII.2(b), PECL art. 6:111(3) og DCFR art. III. – 1:110(2). Ifølge DCFR art. III. – 1:110(2)(a) kan domstolen ændre forpligtelsen for at gøre denne rimelig og ligelig under de nye omstændigheder. DCFR har dermed fokus på, at forpligtelsen bliver rimelig og ligelig ved ændring af kontrakten. PECL art. 6:111(3)(b) nævner ligeledes, at domstolen kan tilpasse kontrakten, således tab og gevinster fordeles rimeligt og ligeligt mellem parterne. PICC og TLP ønsker at genetablere ligevægten i parternes kontrakt ved justering af aftalen, jf. PICC art. 6.2.3(4)(b) og TLP art. VIII.2(b)(i), men som tidligere analyseret vil en rimelig og ligelig ændring af kontrakten ligeledes indebære, at ligevægten af kontrakten genetableres. Principperne udtrykker forskelligt, hvis dette overhovedet er nævnt, hvordan domstolen skal foretage denne genetablering af ligevægten. Det kan herudfra fastlægges, at principperne er enige om, at domstolen skal ændre parternes kontrakt, således denne bliver rimelig og ligelig, hvormed ligevægten genetableres.

Domstolen kan derudover ophæve forpligtelsen på en dato og under vilkår, som fastsættes af retten, jf. DCFR art. III. – 1:110(2)(b). Her bekræftes det endnu en gang, at principperne er samstemmende om, at domstolen kan ophæve parternes kontrakt, hvor dato og vilkår for ophævelsen bestemmes af retten, jf. PICC art. 6.2.3(4)(a), TLP art. VIII.2(b)(ii), PECL art. 6:111(3)(a) og DCFR art. III. – 1:110(2)(b).

DCFR art. III. – 1:110(2) finder kun anvendelse, hvis de kumulative betingelser i DCFR art. III. – 1:110(3) opfyldes. Første betingelse er, at ændringen af omstændighederne skal indtræde efter tidspunktet, hvor den ugunstigt stillede part har påtaget forpligtelsen, jf. DCFR art. III. – 1:110(3)(a). Ligesom ved PECL ses det her, at DCFR har et mere snævert anvendelsesområde end de øvrige principper, eftersom PECL og DCFR mener, at ændringen af omstændighederne skal indtræde efter aftaleindgåelsen, jf. PECL art. 6:111(2)(a) og DCFR art. III. – 1:110(3)(a). PICC og TLP mener til gengæld, at begivenheden kan eksistere på tidspunktet for kontraktens indgåelse, men fordi dette ikke kendes af den ugunstigt stillede part på aftaletidspunktet, kan denne fortsat påberåbe hardship, jf. PICC art. 6.2.2(a) og TLP art. VIII.1(iii). Principperne er herudfra enige om, at såfremt ændringen af omstændighederne indtræder efter kontraktens indgåelse, kan der foreligge hardship, hvis de øvrige betingelser ligeledes opfyldes, jf. PICC

art. 6.2.2(a), TLP art. VIII.1(ii), PECL art. 6:111(2)(a) og DCFR art. III. – 1:110(3)(a). Principperne differentierer sig ved spørgsmålet om, hvorvidt ændringen af omstændighederne kan eksistere på tidspunktet for aftaleindgåelsen.

Anden betingelse siger, at debitor ikke på aftaletidspunktet tog højde for og ikke kunne forventes at tage højde for muligheden eller omfanget af denne ændring af omstændighederne, jf. DCFR art. III. – 1:110(3)(b). Som tidligere belyst har principperne ved sammenligning forskelligt fokus, idet PICC og TLP har fokus på henholdsvis effekterne af begivenheden og selve begivenheden, jf. PICC art. 6.2.2(b) og anden del af TLP art. VIII.1(ii). PECL og DCFR er dog mere sammenlignelige, da PECL art. 6:111(2)(b) mener, at muligheden for ændringen i omstændighederne ikke med rimelighed kunne tages i betragtning på aftaletidspunktet. Denne formulering ligger tæt op ad DCFR art. III. – 1:110(3)(b), eftersom begge principper har fokus på, at den ugunstigt stillede part ikke kendte eller burde have kendt til muligheden for ændringen af omstændighederne. DCFR art. III. – 1:110(3)(b) adskiller sig fra PECL art. 6:111(2)(b) ved ydermere at nævne, at den ugunstigt stillede part endvidere ikke tog højde for, eller kunne forventes at tage højde for, omfanget ved ændringen af omstændighederne. Herudfra kan det analyseres, at DCFR inddrager både muligheden for begivenheden og omfanget af begivenheden, hvormed princippet har et bredere anvendelsesområde for den ugunstigt stillede part, der ønsker at påberåbe hardship.

Dernæst finder DCFR art. III. – 1:110(2) kun anvendelse, såfremt debitor ikke påtog sig, og ikke rimeligt kan anses for at have påtaget sig, risikoen for denne ændring af omstændighederne, jf. DCFR art. III. – 1:110(3)(c). Herigennem bekræftes det, som også tidligere blev fastlagt, nemlig at principperne er enige om, at den ugunstigt stillede part ikke må have påtaget sig risikoen for ændringen af omstændighederne eller begivenheden, jf. PICC art. 6.2.2(d), TLP art. VIII.1(v), PECL art. 6:111(2)(c) og DCFR art. III. – 1:110(3)(c). Principperne uddyber denne betingelse på forskellig vis og i større eller mindre omfang, hvor DCFR tilslutter sig en bredere vurdering, som det ligeledes ses i PICC og TLP. Ifølge TLP art. VIII.1(v) skal det vurderes, hvorvidt den ugunstigt stillede part har påtaget sig risikoen eksplicit eller implicit. Dette kan sammenlignes med ordlyden af DCFR, idet den ugunstigt stillede part ikke må have påtaget sig, altså eksplicit, og ikke rimeligt kan anses for at have påtaget sig, altså implicit, risikoen for ændringen af omstændighederne, jf. DCFR art. III. – 1:110(3)(c).

Endelig fremgår det af fjerde og sidste betingelse, at debitor skal forsøge, rimeligt og i god tro, at opnå en rimelig og ligelig tilpasning af vilkårene, der regulerer forpligtelsen, gennem forhandling, jf. DCFR art. III. – 1:110(3)(d). Fælles for principperne er, at der er mulighed for genforhandling af kontrakten i tilfælde af hardship. DCFR art. III. – 1:110(3)(d) adskiller sig fra omstændighederne ved genforhandling i de øvrige principper, idet den ugunstigt stillede part ved genforhandling skal have forsøgt rimeligt og i god tro (*“reasonably and in good faith”*) at opnå en rimelig og ligelig ændring af parternes kontrakt. Dette stiller ikke blot et krav til den ugunstigt stillede part om, at denne skal anmode eller kræve genforhandling med den anden part, som det ses i henholdsvis PICC art. 6.2.3(1) og TLP art. VIII.2(a), men den ugunstigt stillede part skal også gennemføre genforhandlingen på rimelig vis og i god tro med henblik på at opnå en rimelig og ligelig tilpasning af aftalevilkårene. Ifølge PECL art. 6:111(2) forpligtes parterne til både at indlede og deltage i genforhandlingen, men der er ingen krav til selve deltagelsen i genforhandlingerne, hvorfor det i princippet vil være tilstrækkeligt, at par-

terne gennemfører en genforhandling, hvor de stiller urimelige krav til hinanden. Hvis parternes forhandling bryder sammen, og de ikke kan komme til enighed som følge af urimelige krav til hinanden, vil dette efter de øvrige principper føre til, at domstolen håndterer parternes tvist, hvis sagen anlægges herved. I langt de fleste kontrakter mellem parter vil det dog ikke være i parternes egen interesse, at der opstår en tvist, som må tages til domstolen. Derfor ønsker parterne formentligt, at den ugunstigt stillede part indleder genforhandlingen med hensigten om rimeligt og i god tro at opnå en rimelig og ligelig tilpasning af vilkårene i aftalen ligesom DCFR art. III. – 1:110(3)(d) tilskriver. I praksis må den anden part ligeledes være positivt stillet over for denne tilgang til genforhandlingen, eftersom det også formentligt er i denne parts interesse, at hardshipsituationen løses, således begge parters forpligtelser opfyldes. DCFR opstiller dermed en betingelse om, at parterne skal forsøge at genforhandle samtidigt med, at der stilles visse krav til selve genforhandlingen. DCFR pålægger herigennem parterne en endnu strengere forpligtelse end i PECL, da den ugunstigt stillede part skal forsøge at genforhandle med de rette intentioner under kravet om at opnå en rimelig og ligelig tilpasning af vilkårene, der regulerer den byrdefulde forpligtelse. Såfremt parterne forsøger at genforhandle, jf. DCFR art. III. – 1:110(3)(d), og de øvrige tre betingelser, jf. DCFR art. III. – 1:110(3)(a)-(c), er opfyldt, finder DCFR art. III. – 1:110(2) anvendelse. Dette betyder ligeledes, at hvis genforhandlingen bryder sammen, kan parterne anlægge en sag hos domstolen, jf. DCFR art. III. – 1:110(2). De øvrige principper er enige i dette, jf. PICC art. 6.2.3(3), TLP art. VIII.2(b) og PECL art. 6:111(3).

7.5 The Principles of Latin American Contract Law

PLACL er skrevet af en gruppe sydamerikanske akademikere, da de ville udarbejde et sæt principper, som minder om PECL og PICC.¹⁸⁰ Principperne er skrevet i 2010 under et privat initiativ, som er støttet af de universiteter, som akademikerne tilhører.¹⁸¹ Formålet med principperne er, at de skal identificere retsstillingen inden for Latinamerika samt forbedre det, som allerede er udarbejdet af harmoniserede instrumenter på lovområdet. Dette medfører, at PLACL er en række af principper, som forbedrer kontraktretten i Latinamerika.¹⁸²

Kapitel 7 i PLACL indeholder principper vedrørende opfyldelse af kontrakten. I dette kapitel findes PLACL art. 84, som omhandler ændring i omstændighederne, hvilket vedrører hardship. Ordlyden af PLACL art. 84 er følgende:

“(1) If after its conclusion, performance of the contract becomes excessively onerous or the utility of the performance considerably decreases, due to a change of circumstances, the event or magnitude of which could not have been reasonably foreseen, and if the risk of the change of circumstances has not been assumed by the affected party, the latter may request the renegotiation of the contract.

(2) Performance of the contract is not suspended during the renegotiation, unless such performance causes irreparable harm to the affected party.

¹⁸⁰ Momberg, Rodrigo, *The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections*, s. 212.

¹⁸¹ Momberg, Rodrigo, *The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections*, s. 212-213.

¹⁸² Momberg, Rodrigo, *The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections*, s. 212.

*(3) If, after a reasonable time, the parties have not adapted the contract, either party may request the court to adapt or terminate the contract. In doing this, the court has to take into consideration the distribution of risks and the costs assumed by the parties.*¹⁸³

Det fremgår af PLACL art. 84(1), at den ugunstigt stillede part kan anmode om genforhandling af kontrakten, hvis opfyldelsen af kontrakten bliver overdrevent byrdefuld efter indgåelsen eller nytteværdien af opfyldelsen mindskes væsentligt på grund af en ændring i omstændighederne, begivenheden eller størrelsen af disse. Den ugunstigt stillede part må derudover ikke med rimelighed kunne have forudset begivenheden eller størrelsen af denne, og parten må samtidig ikke have påtaget sig risikoen for ændringen af omstændighederne.

Det fremgår dermed af bestemmelsen, at opfyldelsen af kontrakten skal blive overdrevent byrdefuld (*“excessively onerous”*) eller nytteværdien af opfyldelsen af kontrakten, skal være væsentligt mindsket efter indgåelsen af parternes aftale. Som det fremgår ovenfor, benytter principperne forskellige ord til beskrivelsen af, i hvilken grad forpligtelsen skal blive mere byrdefuld. PECL beskriver det dog på samme måde som TLP og PLACL, hvorefter forpligtelsen skal blive overdrevent byrdefuld (*“excessively onerous”*), jf. TLP art. VIII.1(iv) og PECL art. 6:111(2). PLACL, TLP og PECL er dermed enige om, at dette er vurderingen, der skal lægges til grund, når der opstår et byrdefuldt forhold. Denne vurdering fremgår dog hverken af PICC eller DCFR. Yderligere fremgår det af PLACL, at bestemmelsen ligeledes finder anvendelse, hvis nytteværdien af opfyldelsen af kontrakten mindskes væsentligt. Denne betragtning findes ikke i de andre principper, hvormed PLACL adskiller sig på dette punkt.

Derudover fremgår det af PLACL art. 84(1), at omstændighederne skal indtræde efter indgåelsen af kontrakten. Denne betingelse fremgår ligeledes af PECL og DCFR, hvorimod det efter PICC og TLP også fremgår, at begivenheden kunne eksistere på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten, men at dette endnu ikke kendes af den ugunstigt stillede part, jf. PICC art. 6.2.2(a), TLP art. VIII.1(iii), PECL art. 6:111(2)(a) og DCFR art. III. – 1:110(3)(a). Alle principperne er dermed enige om, at såfremt en begivenhed eller ændring af omstændighederne sker efter aftaleindgåelsen, kan der foreligge hardship. Principperne er dog ikke enige om, hvorvidt begivenheden, der foreligger på tidspunktet for aftaleindgåelsen, ligeledes er omfattet, idet det kun fremgår af PICC og TLP.

Ifølge PLACL må den ugunstigt stillede part ikke med rimelighed kunne forudse begivenheden eller størrelsen heraf, jf. PLACL art. 84(1). PLACL indeholder dermed et krav om, at den ugunstigt stillede part enten ikke kunne forudse begivenheden, eller at størrelsen af begivenheden ikke kunne forudses. PLACL er mest sammenlignelig med PICC art. 6.2.2(b), idet PICC også har fokus på, om begivenheden kunne forudses. TLP nævner ligeledes begivenheden, men i denne bestemmelse, er det effekten af begivenheden, der er afgørende, jf. TLP art. VIII.1(ii). PECL og DCFR nævner ikke, hvorvidt en begivenhed kan forudses, men har derimod fokus på, om den ugunstigt stillede part ikke kendte eller burde kende til muligheden for ændringen af omstændighederne, jf. PECL art. 6:111(2)(b) og DCFR art. III. – 1:110(3)(b). Ændringen af omstændighederne fremgår hverken af PLACL eller PICC. PLACL adskiller sig dog fra PICC ved, at PLACL også indeholder en vurdering af, hvorvidt størrelsen af begivenheden kunne forudses. Dette fremgår ikke af PICC, men DCFR art. III. – 1:110(3)(b) indeholder en sammenlignelig sætning. DCFR nævner, at den ugunstigt stillede part ikke tog højde for eller

¹⁸³ *The Principles of Latin American Contract Law*, Chapter 8, Section 1, art. 84.

kunne forventes at tage højde for omfanget ved ændringen af omstændighederne. I DCFR er der også muligheden for, at det er omfanget af omstændighederne, som ikke kunne forudses af den ugunstigt stillede part, ligesom det fremgår af PLACL, at størrelsen af begivenheden ikke kunne forudses. Herudfra kan det analyseres, at både PLACL og DCFR har et større anvendelsesområde, idet begge bestemmelser indeholder en mulighed for, at det enten er begivenheden eller omstændighederne, der ikke kunne forudses eller størrelsen heraf. PLACL indeholder dermed elementer fra både PICC og DCFR, hvorimod det kun er kriteriet om forudsigeligheden, der er sammenligneligt for samtlige principper.

Den ugunstigt stillede part må desuden ikke have påtaget sig risikoen for ændringen af omstændigheder, jf. PLACL art. 84(1). PLACL er dermed enig med de øvrige principper i, at den ugunstigt stillede part ikke må have påtaget sig risikoen for ændringen af omstændighederne eller begivenheden, jf. PICC art. 6.2.2(d), TLP art. VIII.1(v), PECL art. 6:111(2)(c) og DCFR art. III. – 1:110(3)(c). PLACL tilslutter sig vurderingen i PICC, hvorefter det ligeledes fremgår, at risikoen for begivenheden ikke må være påtaget af den ugunstigt stillede part, jf. PICC art. 6.2.2(d). PLACL indeholder ikke en nærmere beskrivelse af, hvordan og i hvilket omfang dette skal vurderes. Herudfra kan det analyseres, at domstolen i henhold til PLACL har en større mulighed for at inddrage alle elementer i forbindelse med vurderingen, idet de ikke er bundet af noget bestemt ud fra ordlyden af princippet. Dette er derimod i forhold til PECL, hvor det skal vurderes i henhold til kontrakten, jf. PECL art. 6:111(2)(c). I henhold til PICC art. 6.2.2(d), TLP art. VIII.1(v) og DCFR art. III. – 1:110(3)(c) er det en vurdering af, hvorvidt risikoen er påtaget enten eksplicit eller implicit, hvilket kan indikere, at vurderingen efter disse principper, er den samme som efter PLACL. Dette skyldes, at en eksplicit og implicit vurdering er en direkte og indirekte vurdering, hvilket må indbefatte en vurdering af samtlige omstændigheder.

Såfremt ovenstående betingelser er opfyldt, kan den ugunstigt stillede part anmode om genforhandling af kontrakten, jf. PLACL art. 84(1). PLACL tilslutter sig dermed de andre principper, hvorefter det er muligt for parterne at genforhandle kontrakten, jf. PICC art. 6.2.3(1), TLP art. VIII.2(a), PECL art. 6:111(2) og DCFR art. III. – 1:110(3)(d). I PLACL kan den ugunstigt stillede part anmode ("*request*") om genforhandlingen af kontrakten, hvilket ligeledes fremgår af PICC art. 6.2.3(1). Det fremgår hverken af PLACL eller PICC, at modparten forpligtes til at deltage i en genforhandling af kontrakten. PLACL og PICC er dermed ens i forhold til, at den ugunstigt stillede part kan anmode om genforhandlingen, men uden der fremgår et krav til genforhandlingen. PICC indeholder dog en frist for, hvornår anmodningen skal fremsættes, hvilket ikke fremgår af PLACL. Disse to principper adskiller sig dermed fra både TLP, PECL og DCFR, idet parten herefter enten kan kræve genforhandling, er bundet til at deltage eller skal have forsøgt at gennemføre genforhandlingen. Der er derfor et større krav til parterne i forhold til genforhandlingen efter TLP, PECL og DCFR, hvilket ikke fremgår af PLACL og PICC.

Det fremgår af PLACL art. 84(2), at opfyldelsen af kontrakten ikke suspenderes under forhandlingerne, medmindre opfyldelsen medfører uoprettelig skade for den ugunstigt stillede part. Hertil ses det, at PICC art. 6.2.1 indeholder en lignende bestemmelse, idet den ugunstigt stillede part, ifølge denne bestemmelse, forpligtes til at opfylde sine forpligtelser, selvom kontrakten er mere byrdefuld. Formålet med PICC art. 6.2.1 er, at kontrakten er bindende, så

længe det er muligt, uanset at opfyldelsen pålægger en byrde på den ugunstigt stillede part, idet vilkårene i kontrakten skal respekteres. Undtagelsen hertil er dog, at den ugunstigt stillede part ikke skal opfylde kontrakten, hvis der sker en væsentlig ændring af ligevægten i kontrakten, hvilket reguleres i PICC art. 6.2.2 og 6.2.3.¹⁸⁴ Det fremgår af PICC art. 6.2.3(2), at anmodningen om genforhandling ikke i sig selv medfører, at den ugunstigt stillede part kan tilbageholde sin ydelse. PLACL art. 84(2) og PICC art. 6.2.1 og 6.2.3(2) har dermed samme betydning, da bestemmelserne medfører, at den ugunstigt stillede parts opfyldelse af kontrakten ikke uden videre kan suspenderes. En forhandling eller anmodning herom medfører ikke, at den ugunstigt stillede part er fritaget for sine forpligtelser, idet parterne er forpligtet til at opfylde forpligtelserne i henhold til kontrakten. Denne betragtning fremgår hverken af TLP, PECL eller DCFR, hvorfor PLACL og PICC adskiller sig fra de øvrige principper.

Tilpasser parterne ikke kontrakten inden for rimelig tid (*“reasonable time”*), kan begge parter anmode domstolen om at tilpasse eller ophæve kontrakten, jf. PLACL art. 84(3), 1. led. Som tidligere nævnt indeholder både PICC, TLP og PECL en bestemmelse om, at parterne skal nå til enighed inden for rimelig tid, jf. PICC art. 6.2.3(3), TLP art. VIII.2(b) og PECL art. 6:111(3). PLACL tilslutter sig dette, eftersom tidsperioden ligeledes er en del af bestemmelsen i PLACL art. 84(3). DCFR er det eneste sæt af principper, der ikke indeholder denne betragtning, idet fokuset i dette princip er, at debitor skal forsøge, rimeligt og i god tro (*“reasonably and in good faith”*), at opnå en rimelig og ligelig tilpasning af vilkårene, jf. DCFR art. III. – 1:110(3)(d). Ifølge DCFR er vurderingen dermed, hvorvidt parterne, rimeligt og i god tro, har forsøgt at tilpasse vilkårene. DCFR har fokus på parternes handlinger, hvorimod de øvrige principper har fokus på den tidsperiode, hvor parterne skal genforhandle. Vurderingen kan dermed blive forskellig i praksis, hvis genforhandlingen skal vurderes ud fra DCFR eller de resterende principper. Dette skyldes, at perioden for genforhandling ikke nødvendigvis er den samme, hvis det vurderes ud fra kriteriet rimelig tid (*“reasonable time”*), eller om parterne har forsøgt, rimeligt og i god tro (*“reasonable and in good faith”*), at opnå tilpasning af vilkårene.

Alle principper er enige om, at domstolen kan tilpasse eller ophæve kontrakten, jf. PICC art. 6.2.3(3), TLP art. VIII.2(b), PECL art. 6:111(3), DCFR art. III. – 1:110(2) og PLACL art. 84(3), 1. led. Det fremgår af PLACL art. 84(3), 2. led, at domstolen i forbindelse med enten tilpasning eller ophævelse, skal tage hensyn til (*“take into consideration”*) fordelingen af de risici og omkostninger, som parterne har påtaget sig. Denne bestemmelse er mest sammenlignelig med PECL art. 6:111(3)(b), hvoraf det fremgår, at tab og gevinster skal fordeles (*“distribute”*) ved tilpasning af kontrakten. Herudfra analyseres det, at PLACL adskiller sig fra PECL, da domstolen ifølge PLACL blot skal tage hensyn til risiciene og omkostninger, hvorimod tab og gevinster skal fordeles efter PECL. Domstolen forpligtes dermed til at fordele tab og gevinster i henhold til PECL, hvilket ikke fremgår af PLACL. Derudover er forpligtelsen i henhold til PECL udelukkende i forhold til tilpasning af kontrakten, hvorimod hensynet gælder ved både tilpasning og ophævelse efter PLACL. TLP indeholder ligeledes en bestemmelse i forhold til fordeling af tabene, men denne bestemmelse finder udelukkende anvendelse, hvis den op-

¹⁸⁴ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer), Chapter 6, Section 2, art. 6.2.1, s. 217.

rindelige ligevægt i kontrakten ikke kan genoprettes, jf. TLP art. VIII.2(b)(i), hvilket ikke fremgår af PLACL. Hverken PICC eller DCFR indeholder en bestemmelse i forhold til fordeling af risici, omkostninger eller gevinster.

PLACL differentierer sig desuden fra de øvrige principper ved, at denne ikke specificerer, at ophævelse af kontrakten skal ske på en dato og vilkår fastsat af retten. Denne betragtning fremgår af PICC art. 6.2.3(4)(a), TLP art. VIII.2(b)(ii), PECL art. 6:111(3)(a) og DCFR art. III. – 1:110(2)(b).

7.6 Udledte grundsætninger

Ud fra analysen kan det udledes, at principperne er enige om, at den ugunstigt stillede parts forpligtelse skal være blevet mere byrdefuld, førend der foreligger hardship. Den mere byrdefulde forpligtelse skal forårsages af en begivenhed eller ændrede omstændigheder. Herudfra er der etableret en grundsætning, da principperne er enige om begge betragtninger. Principperne bruger dog ikke den samme betegnelse for, hvad der skal forårsage den mere byrdefulde forpligtelse, idet PICC og TLP nævner begivenheden, PECL og DCFR nævner ændrede omstændigheder, mens PLACL nævner begge. På baggrund af ovenstående analyse har det dog ikke betydning i praksis, eftersom ordlyden kan tillægges samme betydning og indhold. Derfor anvendes begreberne i flæng i den resterende del af specialet. Principperne differentierer sig ved, at de ikke er enige om, i hvilken grad forpligtelsen skal være blevet mere byrdefuld. Graden af byrdefuldhed spænder fra væsentligt ("*fundamentally*") byrdefuldt, dernæst overdreven ("*excessively*") byrdefuldt til exceptionelt ("*exceptional*") byrdefuldt. PICC siger, at begivenheden skal være væsentlig byrdefuld, hvor TLP, PECL og PLACL nævner, at begivenheden skal være overdreven byrdefuld, mens det af DCFR fremgår, at begivenheden skal være exceptionel byrdefuld. Herudfra ses det, at der i principperne er en tendens til at vurdere graden af byrdefuld som værende overdreven, eftersom denne vurdering fremgår af tre ud af de fem analyserede principper.

Principperne er samstemmende om, at begivenheden skal indtræde efter aftaleindgåelsen, før hardship statueres. Idet samtlige principper er enige i denne betragtning, etablerer dette en grundsætning. Principperne er dog ikke enige i, hvorvidt begivenheden, der forelå på tidspunktet for aftaleindgåelsen, ligeledes er omfattet, hvorfor der ikke etableres en grundsætning på dette punkt.

Der dannes ligeledes en grundsætning ud fra principperne i henhold til, at den ugunstigt stillede part ikke må have påtaget sig risikoen for begivenheden. PICC, TLP og DCFR indeholder en beskrivelse af, at risikoen skal vurderes eksplicit og implicit, eftersom principperne er enige om, at den ugunstigt stillede part ikke udtrykkeligt eller underforstået må have påtaget sig risikoen. PLACL indeholder ikke en uddybning af, hvordan risikoen skal vurderes, hvorfor alle omstændigheder kan tages i betragtning, hvilket medfører, at vurderingen bliver den samme som for de øvrige principper. PECL adskiller sig fra de øvrige principper, hvormed det kan analyseres, at der er en tendens til, at risikoen skal vurderes eksplicit og implicit. Tendensen ses ud fra PICC, TLP, DCFR og PLACL.

Principperne etablerer desuden en grundsætning om, at parterne har mulighed for genforhandling af kontrakten i tilfælde af hardship. Principperne forholder sig dog forskelligt til, hvordan genforhandlingen skal indledes. Ifølge PICC og PLACL skal den ugunstigt stillede

part anmode (“*request*”) om genforhandling, mens TLP, PECL og DCFR mener, at den ugunstigt stillede part kan kræve (“*claim*”) genforhandling. I dommen, *Scafom v. Lorraine*, hvor PICC anvendes som grundlag for afgørelsen, siger Højesteret, at den ugunstigt stillede part kan kræve genforhandling, selvom dette modstrider ordlyden i PICC. På baggrund af principperne og Højesterets anvendelse af begreberne er det ikke muligt at fastlægge en tendens inden for principperne.

Af PICC, TLP, PECL og PLACL fremgår det, at parterne skal nå til enighed ved genforhandlingen inden for rimelig tid. DCFR indeholder ikke denne betragtning, da denne ikke fastsætter en tidshorison for genforhandlingen. Herudfra ses det, at der ikke kan fastlægges en grundsætning, idet principperne blot har en tendens til, at der skal opnås enighed ved genforhandlingen inden for rimelig tid.

Principperne skaber en grundsætning om, at såfremt parterne ikke når til enighed ved genforhandlingen, kan parterne anlægge sag hos domstolen. TLP nævner, ud over domstolen, at sagen ligeledes kan anlægges hos voldgiftsretten. I praksis har det dog ikke betydning, hvorvidt principperne henviser til domstolen eller voldgiftsretten, såfremt værneting er reguleret i parternes aftale. Dét, at TLP nævner voldgiftsretten, betyder dermed ikke, at det ikke er muligt at etablere en grundsætning. Parternes tvist forelægges alene for voldgiftsretten, såfremt dette er aftalt mellem parterne, hvorfor parterne ikke får yderligere rettigheder ud fra, at voldgiftsretten er nævnt.

Det fremgår af principperne, at domstolen kan tilpasse kontrakten i tilfælde af hardship, hvormed der er etableret en grundsætning herom. Alle principper, bortset fra PLACL, er enige om, at domstolen skal tilpasse parternes kontrakt, således ligevægten genetableres heri. Der ses dermed en tendens i de øvrige principper til, at domstolens tilpasning af parternes aftale skal ske, for at justere ligevægten mellem parternes forpligtelser.

Det fremgår ligeledes af principperne, at domstolen kan ophæve kontrakten, såfremt der foreligger hardship. Ud fra dette etableres der en grundsætning om, at kontrakten kan ophæves af domstolen, men principperne er ikke enige om, hvordan denne skal gøre dette. Alle principper, bortset fra PLACL, er enige om, at domstolen skal fastsætte dato og vilkår for ophævelse, hvormed der alene ses en tendens blandt principperne.

De internationale principper er på visse punkter sammenlignelige, mens de på andre punkter adskiller sig. Der, hvor principperne er enige, etableres der en grundsætning. Når disse grundsætninger sammensluttes, danner dette én samlet grundsætning, som kan være et udtryk for et generelt princip inden for CISG, der kan udfylde det interne *gap* i henhold til hardship. Den samlede grundsætning kan tilkendegive, at UNCITRAL, ved udarbejdelsen af CISG, med nutidens øjne, ville have taget problematikken vedrørende hardship i betragtning. Grundsætningen, der kan være et udtryk for et generelt princip inden for CISG, skal dog anvendes med en vis forsigtighed i konventionen. Dette skyldes, at de kontraherende lande ikke nødvendigvis anerkender grundsætningen, idet problematikken om hardship kan opfattes forskelligt i landene. Der, hvor principperne adskiller sig, etableres der ikke en grundsætning, da dette kan være en indikation på, at de ikke er et udtryk for de generelle principper, som CISG er baseret på. På de punkter, hvor principperne differentierer sig fra hinanden, kan de dermed ikke anvendes til udfyldning af det interne *gap* i konventionen i henhold til hardship.

På baggrund af ovenstående analyse kan det interne *gap* vedrørende hardship udfyldes af de udledte grundsætninger, der tilsammen skaber én samlet grundsætning, jf. CISG art. 7(2). Dette medfører, at hjemlen til hardship ligeledes kan begrundes ud fra fortolkning efter CISG art. 7(2). Såfremt grundsætningen, til udfyldelse af det interne *gap*, ikke anerkendes, skal hardship behandles som et eksternt *gap* i konventionen. Dette medfører, at *gappet* skal udfyldes af national ret under iagttagelse af CISG's overordnede formål, eftersom parternes aftale fortsat er underlagt konventionens anvendelsesområde, jf. CISG art 7(2).

Afslutningsvist bemærkes det, at princippernes definition af hardship, og konsekvensen heraf, er hårde hardshipklausuler, jf. afsnit 4. Dette ses ud fra, at parterne har mulighed for genforhandling, men såfremt genforhandlingen ikke giver et resultat, kan parterne gennemtvinge en løsning hos domstolen. Principperne kan anvendes på flere typer af kontrakter, hvorfor bestemmelserne om hardship i principperne er formuleret generelt. Såfremt parterne ønsker en mere præcis regulering af hardship, skal de tilføje nøjagtige eksempler på hardship i deres aftalegrundlag.

7.7 Delkonklusion

Analysen udleder følgende samlede grundsætning ud fra de internationalt anerkendte principper: Hardship forudsætter, at den ugunstigt stillede parts forpligtelse er blevet mere byrdefuld, og at dette forårsages af en begivenhed eller ændrede omstændigheder. Begivenheden eller de ændrede omstændigheder skal indtræde efter aftaleindgåelsen samtidigt med, at den ugunstigt stillede part ikke må påtage sig risikoen herfor. I tilfælde af hardship har parterne mulighed for genforhandling af kontrakten, men såfremt de ikke når til enighed, kan de anlægge sag hos domstolen. Domstolen kan tilpasse eller ophæve parternes kontrakt.

Idet der etableres en grundsætning ud fra de internationalt anerkendte principper, kan det interne *gap* vedrørende hardship udfyldes i henhold til CISG art. 7(2). Grundsætningen kan være et udtryk for et generelt princip inden for CISG, men anvendelsen heraf skal dog ske med en vis forsigtighed. Hardship kan ligeledes løses som et eksternt *gap*, såfremt grundsætningen ikke anerkendes, hvilket medfører, at *gappet* skal udfyldes af national ret.

8 Vejledende offergrænse for hardship

I CISG er der ikke fastsat en offergrænse for, hvornår hardship kan gøres gældende.¹⁸⁵ Der skal derfor foretages en konkret, individuel vurdering i hver enkelt sag, under hensyntagen til alle relevante omstændigheder, af, hvor stor en del af risikoen ved et prisudsving den ugunstigt stillede part er forpligtet til at bære.¹⁸⁶ Den ugunstigt stillede part er forpligtet til at bære et tab, hvis prisudsvinget ikke er højt nok til, at offergrænsen er overskredet, men niveauet for prisudsvingets størrelse for at nå offergrænsen er ikke reguleret i konventionen. Til trods for

¹⁸⁵ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 20 - Hardship under the CISG*, kommentar 7.1.

¹⁸⁶ Brunner redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 577-578.

dette fremgår det af litteraturen, at offergrænsen, *limit of sacrifice*, skal være overskredet forinden CISG art. 79 overvejes i forbindelse med ansvarsfritagelse ved hardship.^{187, 188}

I første udgave af PICC art. 6.2.2 fra 1994 er det angivet, at en ændring i prisen på mere end 50 pct. sandsynligvis er en væsentlig ændring af balancen i kontrakten, hvormed der kan statueres hardship ved et sådant prisudsving.¹⁸⁹ I de efterfølgende udgaver af PICC er den fastsatte offergrænse dog fjernet efter kritik i litteraturen, eftersom en fastsat offergrænse kan medføre skøn under regel, hvis offergrænsen ikke vurderes konkret fra sag til sag.^{190, 191, 192}

Offergrænsen er, ifølge komparative studier inden for CISG, anslået til at være mellem 100-125 pct. ved prisstigninger og mellem 80-100 pct. ved prisfald.¹⁹³ Offergrænsen bør dog generelt være minimum 100 pct., før hardship kan statueres over for den ugunstigt stillede part. De fleste afgørelser om hardship i henhold til CISG art. 79 viser dog, at en prisstigning eller et prisfald på 100 pct. ofte ikke er tilstrækkeligt til at statuere hardship.¹⁹⁴ Derfor undersøges det i den følgende analyse af tredje forskningsspørgsmål, i hvilket omfang der kan udledes en vejledende offergrænse for hardship gennem sammenligning af retspraksis.

8.1 Offergrænsen ved forudsigelighed

I nærværende afsnit behandles to domme, hvor forudsigelighed er et moment i vurderingen af, om offergrænsen overskrides, og der derved kan statueres hardship. Det er et krav, at prisudsvinget ikke er forudsigeligt, før der foreligger hardship, jf. CISG art. 79(1). Ifølge CISG art. 79(1) indebærer kravet om uforudsigelighed, at den ugunstigt stillede part ikke med rimelighed kunne forventes at have taget prisudsvinget i betragtning ved aftaleindgåelsen.

Den første dom, der analyseres for at belyse offergrænsen inden for hardship, er dommen, *Vital Berry Marketing v. Dirafrost Frozen Fruit Industry NV* (herefter: *Vital Berry*). I dommen indgår en køber, repræsenteret af en belgisk mægler, og en chilensk sælger en aftale om frosne hindbær. Efter aftaleindgåelsen sker der et drastisk prisfald på frosne hindbær, hvorfor mægler ønsker at genforhandle prisen i parternes aftale, mens sælger vil gennemføre handlen som oprindeligt aftalt. Til trods for dette forsøger mægler at fremsætte et prisforslag, hvilket sælger afslår. Sælger påstår, at mægler ikke opfylder sine forpligtelser og derved misligholder parternes aftale, hvorfor sælger anlægger sag hos domstolen, hvor der kræves erstatning for den manglende opfyldelse af kontrakten. Parterne er enige om, at CISG finder anvendelse på deres aftale, hvorudfra mægler påberåber hardship efter CISG art. 79, eftersom det er mæglerens opfattelse, at begivenheden og konsekvenserne heraf ikke kunne forudses ved aftaleindgåelsen. Den belgiske Handelsret finder, at CISG art. 79 ikke kan anvendes, idet prisudsvinget er forudsigeligt, hvorfor mægler ikke er forhindret i at opfylde parternes aftale. Domstolen mener, at mægler lider et tab ved opfyldelse, men dette er ikke ensbetydende med, at mægler er

¹⁸⁷ Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1142-1143.

¹⁸⁸ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 7 - Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, kommentar 38.

¹⁸⁹ Brunner redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 578.

¹⁹⁰ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 20 - Hardship under the CISG*, kommentar 7.1.

¹⁹¹ Brunner redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 577-578.

¹⁹² Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1142.

¹⁹³ Brunner redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 579.

¹⁹⁴ CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 20 - Hardship under the CISG*, kommentar 7.2.

fritaget for ansvar på baggrund af hindringen. Hertil bemærker retten, at der er forbundet en vis risiko med kommercielle aftaler, hvorfor de enten kan være rentable eller tabsgivende. Dommen lyder, at mægler har tilsidesat sine forpligtelser, idet der ikke statueres hardship, hvorfor denne ikke kan fritages i henhold til CISG art. 79. Derfor er sælger berettiget til at ophæve aftalen samt kræve erstatning.¹⁹⁵

Ud fra domstolens afgørelse af *Vital Berry* skal det vurderes, hvorvidt dommen er overbevisende. Domstolen argumenterer for, at betingelserne i CISG art. 79 ikke er opfyldt, eftersom prisudsvinget er en forudsigelig hindring, hvilket taler for den overbevisende karakter. Hertil bemærker domstolen, at kommercielle aftaler er forbundet med en vis risiko, hvorfor de kan være urentable uden, at der fritages for ansvar. Et argument, der dog taler imod afgørelsens overbevisende karakter, er, at prisudsvingets størrelse ikke direkte fremgår af dommens resultat. Domstolen benytter dermed ikke prisudsvingets størrelse som argument for, hvorfor prisudsvinget er forudsigeligt. Idet domstolen fortsat begrundet sit resultat, analyseres det, at denne er af overbevisende karakter. På baggrund af dommen er det ikke muligt at udlede en offergrænse, men da der sker et drastisk prisfald, er dette den nærmeste indikation på offergrænsens niveau, som kan analyseres ud fra dommen. Endvidere kan det udledes, at domstolen inddrager elementer af offergrænsen i argumentationen, eftersom retten bemærker, at et tab ikke er ensbetydende med, at den ugunstigt stillede part er fritaget for ansvar.

Endnu en dom, der belyser forudsigelighed og offergrænsen, er dommen, *Behr France S.a.r.l. v. Romany AG* (herefter: *Behr*), hvor en fransk køber og en schweizisk sælger indgår aftale om et bestemt antal komponenter til airconditionanlæg til biler til en fastsat pris. Efter et sammenbrud på bilmarkedet kan køber alene kræve en pris på airconditionanlæggene over for sine kunder, der svarer til 50 pct. af den faste pris på komponenterne, som køber har indgået aftale med sælger om. Derfor ønsker køber ikke længere at benytte komponenterne fra sælger, hvorfor køber vil ophæve parternes aftale under påberåbelse af hardship. Sælger har kun leveret under halvdelen af det aftalte antal komponenter, hvorefter sælger anlægger sag hos domstolen. Dommen har været gennem samtlige retsinstanser i Frankrig, hvoraf Højesteret stadfæster Appelrettens afgørelse. Højesteret finder dermed, at sælger er erstatningsansvarlig, medmindre den ændrede omstændighed kan fritages efter CISG art. 79. Hertil mener retten, at et prisudsving på 50 pct. er forudsigeligt, og at prisudsving på jern er sædvanligt. Idet prisudsvinget er forudsigeligt og sædvanligt, kan sælger ikke fritages for ansvar på grund af hardship efter CISG art. 79.¹⁹⁶

På baggrund af Højesterets afgørelse vurderes det, om dommen er af overbevisende karakter. Et argument, der taler for, at dommen er overbevisende, er, at retten argumenterer for, at et prisudsving på 50 pct. er forudsigeligt, da prisudsving er sædvanligt på jern. Eftersom der foreligger et forudsigeligt og sædvanligt prisudsving, begrundet retten, at sælger ikke er fritaget for ansvar som følge af hardship efter CISG art. 79. Det er desuden værd at fremhæve, at prisudsvingets størrelse på 50 pct. fremgår af dommen. Det kan på denne baggrund udledes, at prisudsvingets niveau ikke er højt nok til, at offergrænsen overstiges, da der ikke statueres

¹⁹⁵ Sag AR 1849/94, *Vital Berry Marketing v. Dirafrost Frozen Fruit Industry NV*, CISG-online nr. 371, Belgien, Handelsretten.

¹⁹⁶ Sag Y 01-15.964, *Behr France S.a.r.l. v. Romany AG*, CISG-online nr. 870, Frankrig, Højesteret.

hardship. Desuden er afgørelsen afsagt af Højesteret, hvilket taler for den overbevisende karakter, eftersom dette er den øverste retsinstant i Frankrig. Det kan derfor fastlægges, at dommen er af overbevisende karakter, da retten argumenterer for resultatet og offergrænsen samtidigt med, at afgørelsen er afsagt af den øverste retsinstant i landet.

I analyserne af både Vital Berry og Behr ses det, at afgørelserne er af overbevisende karakter, idet domstolene anvender argumentation for, hvorfor hardship under CISG art. 79 ikke statueres. Det fremgår af dommene, at prisudsvingene er forudsigelige, hvilket medfører, at der ikke foreligger hardship, eftersom betingelserne i CISG art. 79 ikke er opfyldt. I Vital Berry er der ikke fastsat et niveau for prisudsvinget, mens et prisudsving på 50 pct. i Behr ikke overskrider offergrænsen for hardship.

8.2 Offergrænsen ved spekulative transaktioner

I nærværende afsnit behandles to afgørelser, som vedrører spekulative transaktioner. Spekulative transaktioner har betydning for, hvornår offergrænsen overskrides, og der dermed kan statueres hardship. Definitionen på en spekulativ transaktion er, at denne har til formål at opnå hurtigt afkast ved udnyttelse af forudsigelser af prisudsving på markedet for varen.¹⁹⁷

Den første dom, der omhandler en spekulativ transaktion, er dommen, Iron molybdenum case (herefter: Iron), hvor en engelsk køber og en tysk sælger indgår en aftale om jern. Efter aftaleindgåelsen er sælger ikke i stand til at levere jernet til køber som aftalt, idet sælger ikke modtager varen fra sin kinesiske leverandør, hvormed aftalen misligholdes. Derfor erhverver den engelske køber jernet fra en tredjepart, men prisen på jern er undertiden steget med 300 pct., hvorfor køber ender med at betale en markant højere pris for varen grundet den tyske sælgers misligholdelse. Køber sagsøger derfor sælger for forskellen mellem prisen i henhold til deres aftale og prisen, som køber ender med at betale til tredjeparten efter prisstigningen. Sælger påberåber efterfølgende hardship i medfør af CISG art. 79 under påstand om, at den manglende levering skyldes en uforudsigelig begivenhed. Den tyske Appelret mener, at CISG art. 79 er irrelevant, eftersom den manglende levering af varen ikke skyldes en hindring uden for sælgers kontrol. Retten finder, at den sande årsag til sælgers manglende levering er, at sælger ikke kan anskaffe jernet på det kinesiske marked til en pris, hvor sælger får en tilstrækkelig fortjeneste. Dermed skyldes misligholdelsen af parternes kontrakt ikke den kinesiske leverandørs misligholdelse, men derimod den tyske sælger selv. På trods af domstolens vurdering af CISG art. 79's irrelevans, mener domstolen, at betingelserne for fritagelse efter CISG art. 79 ikke er opfyldt. Dette begrundes med, at levering fra en leverandør henhører under sælgers generelle risiko, hvorfor sælger ikke er fritaget for ansvar, selvom leverandørens handlinger er uforudsigelige og et brud på kontrakten mellem sælger og leverandør. Domstolene anser ikke dette som en hindring efter CISG art. 79, idet sælger kan overvinde omstændigheden, når der findes tilgængelige substitutionsvarer til jernet på markedet. Trods en tredobling af markedsprisen, finder retten, at offergrænsen ikke er overskredet, da parterne driver forretning inden for en branche af meget spekulativ karakter, hvormed offergrænsen inden for jernbranchen er meget

¹⁹⁷ Chen, James, *Speculation: Trading With High Risks, High Potential Rewards*.

høj. Parternes aftale er derfor ikke kommercielt urimelig i en grad, hvor der kan påberåbes hardship.¹⁹⁸

Det skal vurderes, hvorvidt Iron er af overbevisende karakter. Domstolen argumenterer for, at betingelsen i CISG art. 79 om, at hindringen skal være uden for den ugunstigt stillede parts kontrol, ikke er opfyldt. Dette skyldes, at levering af en vare fra en leverandør hører under sælgers generelle risiko, hvorfor hindringen er inden for den ugunstigt stillede parts kontrol. Hertil bemærker retten dog samtidig, at der ikke er en hindring efter CISG art. 79, da der er tilgængelige substitutionsvarer på markedet, hvorfor det, for den ugunstigt stillede part, er muligt at overvinde omstændigheden. Endnu et argument, der taler for afgørelsens overbevisende karakter, er, at prisudsvingets størrelse er fastlagt til 300 pct., og at det fremgår, at offergrænsen ikke er overskredet, da branchen er spekulativ. Dette indikerer, at offergrænsen er høj, idet den, trods prisudsvinget på 300 pct., ikke statuerer hardship. Det kan således udledes, at dommen er overbevisende, eftersom retten begrundet samtlige vurderingsmomenter.

En spekulativ transaktion ses ligeledes i afgørelsen, *Steel bars case I* (herefter: *Steel*), som omhandler en egyptisk køber og en jugoslavisk sælger, der indgår en aftale om stålstænger til en fast pris. Af aftalen fremgår en option, der giver køber ret til at købe ekstra stål til samme fastsatte pris. På tidspunktet for aftaleindgåelsen er priserne på stål stigende. Da køber ønsker at udnytte optionen, vil den jugoslaviske sælger ikke længere sælge stålet til den aftalte pris. Sælger forsøger i forlængelse heraf at ændre prisen, men dette afslår køber, hvorefter køber anlægger sag hos voldgiftsretten i Frankrig. Køber nedlægger påstand om, at sælger har misligholdt parternes aftale, og at der foreligger hardship. Voldgiftsretten finder, at parternes kontrakt er indgået før ikrafttrædelsen af CISG, hvorfor jugoslavisk lov finder anvendelse. Retten bemærker dog, at forfattere mener, at den jugoslaviske bestemmelse om hardship og CISG art. 79 er identiske. Voldgiftsretten vurderer, at prisudsvinget er forudsigeligt, idet markedspriserne på stål varierer og desuden er stigende på aftaletidspunktet, hvorfor sælger burde forvente, at stålpriserne stiger yderligere efter kontraktens indgåelse. På baggrund heraf fastlægger voldgiftsretten, at der ikke statueres hardship, da prisudsvinget på stål er forudsigeligt.¹⁹⁹

Eftersom voldgiftsretten finder, at den jugoslaviske bestemmelse om hardship er identisk med CISG art. 79, kan kendelsen fortsat benyttes til analysen af, om der kan udledes en vejledende offergrænse. Dette skyldes, at vurderingen af niveauet for offergrænsen i tilfælde af hardship må være den samme. Anvendelsen af dommen skal dog ske med forsigtighed, da voldgiftsretten i kendelsen kan tillægge hardship en national betydning, der ikke fremgår af CISG. Idet kendelsen kan anvendes i analysen, skal det ud fra voldgiftsrettens argumentation vurderes, hvorvidt kendelsen er af overbevisende karakter. Retten argumenterer for, at betingelserne for hardship ikke er opfyldt, da prisudsvinget er forudsigeligt, hvilket begrundes med, at markedspriserne er varierende og stigende på aftaletidspunktet. Et modargument til, hvorfor kendelsen ikke er overbevisende, er, at størrelsen på prisudsvinget ikke fremgår af kendelsen. Derudover er kendelsen afsagt af en voldgiftsret, hvilket betyder, at den ikke har samme præjudikatværdi som afgørelser afsagt af domstolen. Til trods for dette vurderes det dog, at kendelsen er af overbevisende karakter, idet voldgiftsretten begrundet sit resultat. Eftersom

¹⁹⁸ Sag 1 U 167/95, *Iron molybdenum case*, CISG-online nr. 261, Tyskland, Appelretten.

¹⁹⁹ Sag 6281, *Steel bars case I*, CISG-online nr. 8, Frankrig, Voldgiftsretten.

voldgiftskendelsen ikke indeholder en procentsats for prisudsvingets niveau, er det ikke muligt at udlede en vejledende offergrænse. Kendelsen vedrører en spekulativ transaktion, hvilket medfører, at prisudsving ofte kan anses som forudsigelige, selvom der er tale om en tredobling af prisen, som det ses i Iron.²⁰⁰ Det udledes herefter, at offergrænsen må anses som værende høj, da kendelsen omhandler en spekulativ transaktion.

På baggrund af ovenstående analyse af Iron og Steel fremgår det, at begge afgørelser er af overbevisende karakter, da domstolen og voldgiftsretten argumenterer for resultaterne. Sagerne omhandler spekulative transaktioner, idet der ses et prisudsving på 300 pct. i Iron, hvilket ikke statuerer hardship. I Steel er der ikke angivet et niveau for prisudsvinget, men dette må ligeledes være højt, da begge afgørelser vedrører det forhold, at transaktionerne er spekulative. I både Iron og Steel fremgår det, at prisudsvinget ikke når et niveau, der er i stand til at overskride offergrænsen. Det kan på denne baggrund udledes, at niveauet for offergrænsen må være højt ved spekulative transaktioner, da en tredobling af prisen ikke er tilstrækkeligt til at statuere hardship.

8.3 Offergrænsen ved hardship

Nærværende analyse af retspraksis undersøger offergrænsen ved hardship på baggrund af en dom, hvor der statueres hardship. Af den øvrige retspraksis fremgår udelukkende afgørelser, hvor der påberåbes hardship, men hvor domstolen eller voldgiftsretten ikke statuerer dette.

I den tidligere beskrevne dom, *Scafom v. Lorraine*, sker der ligeledes en stigning i prisen efter aftaleindgåelsen. Som nævnt ovenfor i afsnit 7.1.1 indgår Scafom og Lorraine en række aftaler om stål. Efter aftalens indgåelse stiger prisen på stål med 70 pct., hvorefter Lorraine meddeler prisstigninger på gennemsnitligt 48 pct. til Scafom. Dette afslår Scafom, hvilket medfører, at Lorraine ikke leverer stålet som aftalt. Scafom sagsøger derfor Lorraine for manglende opfyldelse af sine forpligtelser i medfør af parternes kontrakt. Domstolen finder, at en prisstigning på 70 pct. forrykker balancen i kontrakten, eftersom prisstigningen er en ændret omstændighed, der er uforudsigelig. Hertil finder domstolen, at prisstigningen kan statuere en hindring efter CISG art. 79. Yderligere bemærker retten, at *gaps* i CISG skal udfyldes efter CISG art. 7(2), hvorfor genforhandling af kontrakten skal ske i henhold til PICC art. 6.2.3, idet genforhandling ikke er i strid med CISG eller de generelle principper hertil. Scafom er derfor forpligtet til at genforhandle aftalen, idet hardship statueres.²⁰¹

Ud fra domstolens afgørelse i *Scafom v. Lorraine* skal det vurderes, hvorvidt dommen er af overbevisende karakter. Domstolen mener, at CISG art. 79 finder anvendelse, eftersom prisstigningen udgør en hindring for Lorraine. Hertil finder domstolen, at prisudsvinget er uforudsigeligt, men det fremgår ikke af afgørelsen, hvorledes retten vurderer dette. Idet domstolen ikke begrundes, hvorfor prisudsvinget er uforudsigeligt, taler dette imod, at afgørelsen er overbevisende. Et argument, der dog taler for, at afgørelsen er af overbevisende karakter, er, at prisudsvingets størrelse er fastsat til en offergrænse på 70 pct. Offergrænsens niveau medfører, at balancen i kontrakten er forrykket. Det bør dog bemærkes, at parterne handler med

²⁰⁰ Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1143.

²⁰¹ Sag C.07.0289.N, *Scafom International V Lorraine Tubes S.A.S*, CISG-online nr. 1963, Belgien, Højesteret.

stål, hvilket anses som en spekulativ branche i Steel, hvilket indikerer, at offergrænsen må være høj. En offergrænse på 70 pct. betragtes dog ikke som værende høj i modsætning til offergrænsen på 300 pct., som det ses i den spekulative transaktion i Iron. Dette taler imod dommens argumentation, og dermed overbevisende karakter, men det er dog ikke fastlagt i retspraksis eller litteraturen, hvorvidt transaktioner med stål generelt er spekulative. Et argument, der taler for, at afgørelsen er overbevisende, er, at dommen er afsagt af Højesteret, som er den højeste retsinstans i Belgien. Eftersom domstolen ikke begrundet sin anvendelse af CISG art. 79 og offergrænsens relativt lave niveau, kan det anføres, at dommen ikke er overbevisende på trods af, at der er fastsat en offergrænse, og at afgørelsen er afsagt af Højesteret.

Af *Scafom v. Lorraine* ses det, at afgørelsen ikke er overbevisende samtidig med, at dommen er blevet kritiseret af litteraturen.^{202, 203} Retten udfylder *gappet* med generelle principper inden for international handelsret, i form af PICC, men det fremgår ikke, om domstolen først har undersøgt, om *gappet* kan udfyldes gennem øvrige generelle principper, som CISG er baseret på.²⁰⁴ CISG er desuden udarbejdet før PICC, hvorfor domstolen ikke uden videre kan udfylde *gappet* hermed.²⁰⁵ Der kan derfor argumenteres for, at Højesteret har foretaget en overfortolkning ved brugen af PICC.²⁰⁶

På baggrund af den foregående analyse og litteraturens kritik af dommen tillægges denne ikke vægt i forhold til, hvordan *gaps* i CISG skal udfyldes. Derimod kan afgørelsen bidrage til at indikere et niveau for offergrænsen, da dommen er den eneste i praksis, hvor hardship er statueret med angivelse af en fastsat offergrænse. Ved udledning af en vejledende offergrænse for hardship anvendes *Scafom v. Lorraine* med forsigtighed i den videre analyse. Dette skyldes, at dommen ikke begrundet, hvorfor et prisudsving på 70 pct. er uforudsigeligt. Endvidere fremgår det ikke, om handlen med stål i dette tilfælde er en spekulativ transaktion på trods af, dette ses i Steel. Kritikken af dommens brug af PICC gør tilmed, at denne anvendes påpasseligt, eftersom dette skaber en yderligere usikkerhed i forhold til dommens validitet.

8.4 Retsstillingen

Af retspraksis fremgår det, at der ikke tegnes et tydeligt billede af retsstillingen, da niveauet for offergrænsen er forskelligt i sagerne. Afgørelserne, *Vital Berry*, *Behr*, *Iron* og *Steel*, er overbevisende, men enten fremgår der ikke en offergrænse, eller også er offergrænsen mellem 50 pct. eller 300 pct. Dermed er det vanskeligt at udlede en vejledende offergrænse på baggrund af disse afgørelser. I *Scafom v. Lorraine* fastsættes en offergrænse på 70 pct., hvortil der stateres hardship, men dommen er ikke af overbevisende karakter, hvorfor dommen anvendes med påpasselighed. Det er derfor ikke muligt entydigt at udlede en vejledende offergrænse for, hvornår hardship kan påberåbes ud fra retspraksis. Alligevel kan det analyseres, at transaktioner, der er spekulative, har en højere offergrænse. Dette ses eksempelvis, hvis *Iron* sammenholdes med *Scafom v. Lorraine*, idet der ikke er hardship i *Iron* på trods af en offergrænse på

²⁰² Gillette, P. C. og Walt, D. S., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, s. 308-310.

²⁰³ Harry Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 191.

²⁰⁴ Gillette, P. C. og Walt, D. S., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, s. 308-310.

²⁰⁵ Harry Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 198-199.

²⁰⁶ Gillette, P. C. og Walt, D. S., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, s. 308-310.

300 pct. i modsætning til Scafom v. Lorraine, hvor der er hardship ved en offergrænse på kun 70 pct. Dette må begrundes med, at transaktionen i Iron er spekulativ, hvilket medfører, at det spekulative element er en del af domstolens vurdering af offergrænsen. Hertil skal det bemærkes, at der er usikkerhed om, hvorvidt transaktionen i Scafom v. Lorraine bør betragtes som en spekulativ transaktion. Det lægges dog til grund i sammenligningen ovenfor, at transaktionen i Scafom v. Lorraine ikke er spekulativ, da dette ikke fremgår af domstolens vurdering i afgørelsen.

8.5 Delkonklusion

På baggrund af den forudgående analyse af retspraksis konkluderes det, at det kan forekomme vanskeligt at udlede en vejledende offergrænse ud fra retsstillingen af retspraksis. Årsagen er, at offergrænsen i de overbevisende domme er spredt, hvorfor det ikke er muligt at udlede en vejledende offergrænse. Det ses dog, at offergrænsens niveau ved spekulative transaktioner er højere.

9 Parternes beføjelser ved hardship

I tilfælde af hardship forekommer der en byrdefuld forpligtelse, som den ugunstigt stillede part ikke ønsker at opfylde. Når der statueres hardship, er den ugunstigt stillede part fritaget for ansvar for den byrdefulde forpligtelse i parternes aftale, jf. CISG art. 79(1), men den modstående part er fortsat berettiget til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Dette skyldes, at parternes aftale er i misligholdelse, hvoraf den ugunstigt stillede part er fritaget for ansvar for den misligholdte forpligtelse grundet hardship, men dette forhindrer ikke den modstående part i at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende over for den ugunstigt stillede part.

Nærværende analyse undersøger på baggrund af fjerde forskningsspørgsmål, hvilke beføjelser parterne kan gøre gældende i henhold til CISG og de generelle principper hertil, når der statueres hardship med hjemmel i CISG art. 79. Af CISG fremgår misligholdelsesbeføjelserne; erstatning, naturalopfyldelse og ophævelse, hvorfor det analyseres i hvilket omfang disse beføjelser kan anvendes ved hardship. Samtidigt analyseres det, om der findes øvrige beføjelser gennem konventionens generelle principper, som parterne kan gøre gældende ved hardship.

9.1 Erstatning

Konventionens art. 79(5) regulerer konsekvenserne, hvis CISG art. 79 finder anvendelse. Bestemmelsen lyder således:

“Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.”²⁰⁷

I tilfælde af at CISG art. 79 finder anvendelse, er den ugunstigt stillede part fritaget for erstatningsansvar, jf. CISG art. 79(5).²⁰⁸ Bestemmelsen fritager dermed ikke den ugunstigt stillede

²⁰⁷ United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods, art. 79(5).

²⁰⁸ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 169.

part fra, at den modstående part kan gøre andre misligholdelsesbeføjelser i konventionen gældende.²⁰⁹ Parterne beholder derfor alle misligholdelsesbeføjelser, bortset fra adgangen til at kræve erstatning, idet den ugunstigt stillede part ikke er erstatningsansvarlig for den manglende opfyldelse af parternes kontrakt.²¹⁰ Hvis hardship anses som omfattet af CISG art. 79, jf. ovenstående afsnit 6.3, kan konsekvensen i CISG art. 79(5) vedrørende erstatning ikke direkte anvendes. Dette følger blandt andet af definitionen af hardship samt historikken bag udarbejdelsen af bestemmelsen.²¹¹ Hertil er den traditionelle konsekvens ved hardship, at parterne kan genforhandle det byrdefulde vilkår i deres aftale, hvorfor konsekvensen i CISG art. 79(5) ikke stemmer overens med denne praksis. Yderligere vil det ikke være logisk for parterne at anvende konsekvensen i CISG art. 79(5) i tilfælde af hardship, da erstatningsfritagelsen af den ugunstigt stillede part ikke gør parternes aftale mindre byrdefuld. Den ugunstigt stillede part står fortsat overfor hindringen og er dermed stadig i en situation, hvor denne ikke ønsker at opfylde sine forpligtelser i parternes kontrakt, eftersom disse fortsat er byrdefulde. Såfremt beføjelsen i CISG art. 79(5) anvendes i tilfælde af hardship, er den ugunstigt stillede part forpligtet til at opfylde sine forpligtelser i henhold til parternes aftale. Den ugunstigt stillede part bliver derfor alene fritaget for at betale erstatning til den modstående part, hvormed den ugunstigt stillede part formentlig fortsat vil have et tab ved opfyldelsen af den byrdefulde forpligtelse. Beføjelsen i henhold til CISG art. 79(5) har dermed ikke den ønskede effekt, da beføjelsen bør medføre, at parternes ydelser enten bliver modsvarende eller ikke længere skal opfyldes. Dette betyder, at parterne står i en situation, hvor konsekvenserne ved hardship ikke er direkte reguleret af ordlyden i CISG art. 79(5). Derfor analyseres det i det følgende, hvorvidt parterne kan gøre andre beføjelser end erstatning gældende i tilfælde af hardship.

9.2 Genforhandling

Den traditionelle konsekvens ved hardship er, at parterne kan genforhandle det byrdefulde vilkår i deres kontrakt.²¹² Derfor analyseres det, hvorvidt der er hjemmel til genforhandling inden for CISG. Ud fra fortolkning af konventionens ordlyd, jf. CISG art. 7(1), ses der ikke en hjemmel til genforhandling, idet genforhandling ikke er nævnt i konventionsteksten. På baggrund heraf er det nødvendigt at foretage en fortolkning af konventionen ud fra CISG art. 7(2). Parternes beføjelser ved hardship er en problematik, der fortsat er inden for CISG's anvendelsesområde, men som ikke direkte er reguleret i konventionen. Problematikken er inden for konventionens anvendelsesområde, da beføjelserne i tilfælde af hardship omhandler parternes rettigheder og forpligtelser, jf. CISG art. 4. Eftersom problematikken er inden for anvendelsesområdet, men ikke er direkte reguleret i CISG, er der et *gap*, jf. CISG art. 7(2). *Gappet* skal udfyldes med generelle principper i CISG, men for at finde disse skal internationale principper analyseres.

I diskussionen om, hvorvidt det er muligt at foretage genforhandling som følge af hardship, fremgår det, på den ene side af den udledte grundsætning, at parterne har mulighed for genforhandling af kontrakten, jf. ovenstående afsnit 7.7. Denne grundsætning kan være et

²⁰⁹ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 387.

²¹⁰ Schwenzler, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1151.

²¹¹ Brunner redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 580-581.

²¹² Honnold, John O. redigeret af Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, s. 629.

generelt princip inden for CISG, som kan udfylde *gappet*. Herigennem fremgår det af de generelle principper til konventionen, at der er hjemmel til genforhandling af parternes byrdefulde kontrakt. Hertil ses det desuden i litteraturen, at domstolen, i stedet for CISG art. 79(5), bør anvende PICC art. 6.2.3 vedrørende konsekvensen af hardship til udfyldning af *gappet*.^{213, 214, 215} Ifølge PICC art. 6.2.3 er den ugunstigt stillede part berettiget til at anmode om genforhandling af de oprindeligt aftalte vilkår i kontrakten, hvilket er på linje med den udledte grundsætning.²¹⁶ Af grundsætningen og PICC fremgår muligheden for genforhandling, hvorfor betragtningerne i PICC ligeledes kan anvendes under CISG til udfyldning af *gappet*. Det generelle princip skal dog anvendes med en vis forsigtighed, idet denne opfattelse ikke nødvendigvis er alment anerkendt blandt de kontraherende lande. Eftersom muligheden for genforhandling fremgår af både grundsætningen, som bygger på de internationale principper; PICC, TLP, PECL, DCFR og PLACL, samt litteraturen, ses en tendens til at anvende genforhandling som et generelt princip inden for CISG. Desuden taler det for genforhandling, at den traditionelle konsekvens ved hardship er genforhandling, jf. afsnit 4.

På den anden side taler det imod muligheden for genforhandling, at det kan forekomme vanskeligt at tvinge den modstående part til genforhandling, såfremt denne part ikke er villig hertil. Desuden kan der argumenteres imod anvendelsen af PICC, da anvendelsen heraf ikke bør være nødvendig. Dette begrundes i opfattelsen om, at den modstående part ikke er berettiget til at ophæve parternes kontrakt, hvis det med rette må forventes, at parten bør acceptere et forslag fra den ugunstigt stillede part om at opfylde kontrakten på ændrede vilkår.²¹⁷ Litteraturen kommenterer udelukkende på anvendelsen af PICC, men disse betragtninger er ligeledes gældende for de øvrige principper. Endvidere taler det imod muligheden for genforhandling, at dette ikke er nævnt i ordlyden af konventionsteksten, hvorfor der som udgangspunkt ikke er hjemmel til genforhandling, jf. CISG art. 7(1). Tilsluttes denne opfattelse, hvor hjemlen til genforhandling hverken kan findes ved fortolkning af CISG art. 7(1) og (2), er det relevant at undersøge, i hvilket omfang de øvrige misligholdelsesbeføjelser i CISG kan anvendes ved hardship.

9.3 Naturalopfyldelse

Naturalopfyldelse indebærer, at den misligholdende part tvinges til at opfylde sine forpligtelser i henhold til kontrakten over for den modstående part.²¹⁸ Såfremt sælger er den misligholdende part, har køber mulighed for at kræve levering, omlevering eller reparation, jf. CISG art. 46.²¹⁹ Er det derimod køber, som er den misligholdende part, kan sælger kræve at køber betaler, tager imod levering eller opfyldelse af købers andre forpligtelser, jf. CISG art. 62.²²⁰

Det taler for, at den modstående part kan kræve naturalopfyldelse, at ordlyden i CISG art. 79(5) ikke hindrer, at den ugunstigt stillede part er i stand til at kræve dette. Årsagen er, at

²¹³ Brunner redigeret af Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, s. 580.

²¹⁴ Schwenger, I. og Muñoz, E., *Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship*, s. 161.

²¹⁵ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1150.

²¹⁶ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, art. 6.2.3(1).

²¹⁷ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1150.

²¹⁸ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 126.

²¹⁹ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 128.

²²⁰ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 171.

ordlyden alene udelukker, at den modstående part kan kræve erstatning fra den ugunstigt stillede part.²²¹ Idet ordlyden i CISG art. 79(5) specifikt udelukker erstatning, som den eneste misligholdelsesbeføjelse i konventionen, kan dette indikere, at det er et bevidst valg fra lovgivers side, at naturalopfyldelse ikke er udelukket efter bestemmelsen.²²² I og med erstatning er nævnt, mens naturalopfyldelse ikke udelukkes i CISG art. 79(5), må dette tale for, at denne misligholdelsesbeføjelse kan påberåbes. Den modstående part har derfor mulighed for at gøre naturalopfyldelse gældende.²²³ Såfremt der kræves naturalopfyldelse, kan dette dog ikke gennemtvinges, når der er ubalance i parternes aftale, eller mens hindringen består.^{224, 225} Dette gør dermed anvendelsen af naturalopfyldelse vanskelig i praksis, idet påberåbelsen af hardship og eventuelle beføjelser, hvis hardship statueres, formentlig foretages, mens der er ubalance i kontrakten eller hindringen består.

Modsat kan der argumenteres imod anvendelsen af naturalopfyldelse, jf. CISG art. 79(5), da dette kan være i modstrid til undtagelsen i CISG art. 79(1), hvor den ugunstigt stillede part er fritaget for manglende opfyldelse af sine forpligtelser.^{226, 227} Ved påberåbelse af naturalopfyldelse tvinges den misligholdende part til at opfylde sine forpligtelser, hvilket direkte strider imod fritagelsen for den manglende opfyldelse af partens forpligtelser, jf. CISG art. 79(1). Dette skal ses i lyset af, at den modstående part ikke kan kræve erstatning, da hindringen medfører, at den ugunstigt stillede parts forpligtelse er mere byrdefuld.²²⁸ Det er derfor ikke logisk, at den modstående part kan kræve naturalopfyldelse, når denne part er afskåret fra at kunne kræve erstatning på grund af den manglende opfyldelse af den ugunstigt stillede parts forpligtelser. Yderligere er den ugunstigt stillede parts forpligtelse fortsat byrdefuld, hvorfor det er uhensigtsmæssigt at kunne påberåbe naturalopfyldelse. Såfremt naturalopfyldelse alligevel kræves, vil dette dermed resultere i, at den ugunstigt stillede part skal opfylde en mere byrdefuld forpligtelse, hvilket ønskes undgået ved statuering af hardship. Fritagelsen på grund af hardship har dermed ingen effekt, hvis den modstående part alligevel har mulighed for at kræve naturalopfyldelse på samme vilkår, som fremgår af parternes aftale. På baggrund af ovenstående argumentation ses det, at diskussionen vedrørende påberåbelse af naturalopfyldelse i tilfælde af hardship hovedsageligt er relevant i teorien fremfor i praksis.²²⁹

9.4 Ophævelse

Ophævelse er en annullering af parternes aftale, som medfører, at parternes ikke længere skal opfylde deres forpligtelser over for hinanden. Ifølge CISG art. 49 og 64 kan begge parter ophæve aftalen, såfremt der foreligger en væsentlig misligholdelse, jf. CISG art. 25.²³⁰

²²¹ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 387.

²²² Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 195.

²²³ Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, s. 387.

²²⁴ Schwenger, I. og Muñoz, E., *Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship*, s. 171.

²²⁵ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1150.

²²⁶ Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 195.

²²⁷ Schwenger, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, s. 1150.

²²⁸ Harry Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 195.

²²⁹ Harry Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 196.

²³⁰ Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, s. 133-134 og 172-173.

I diskussion om, hvorvidt ophævelse er en mulig misligholdelsesbeføjelse i konventionen som følge af hardship, fremgår det på den ene side, at ordlyden i CISG art. 79(5) ikke udelukker ophævelse, idet bestemmelsen alene nævner erstatning. Den modstående part kan derfor kræve ophævelse af parternes kontrakt, hvis den ugunstigt stillede part er i væsentlig misligholdelse.²³¹ Hertil ses det, at muligheden for ophævelse fremgår af de internationale principper, hvorfor adgangen til ophævelse ligeledes støttes af grundsætningen.²³² På den anden side er det analyseret i grundsætningen, at konsekvensen ved hardship er genforhandling af kontrakten, hvorfor principperne tilsigter en fortsættelse af kontrakten på ændrede vilkår frem for ophævelse. Grundsætningen nævner, at kun ved parternes uenighed efter genforhandlingen, kan de anlægge sag hos domstolen, hvorefter det er op til retten enten at tilpasse eller ophæve kontrakten. Dermed sigter grundsætningen mod, at parterne skal forsøge at genforhandle, forinden aftalen ophæves, hvorfor anvendelsen af ophævelse i henhold til CISG kan være uhenigtsmæssig.

9.5 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at den ugunstigt stillede part er fritaget for erstatningsansvar i tilfælde af hardship, jf. CISG art. 79(5). Anvendelsen af erstatningsfritagelsen findes dog ulogisk, eftersom dette ikke gør parternes aftale mindre byrdefuld. Hertil ses en tendens til at anvende genforhandling som et generelt princip i CISG, men der findes ligeledes argumenter imod dette, da genforhandling ikke anses som nødvendig. Tilsluttes denne opfattelse er der hjemmel til naturalopfyldelse og ophævelse i konventionen. Disse er dog uhenigtsmæssige, idet den ugunstigt stillede parts forpligtelse fortsat er byrdefuld ved naturalopfyldelse, mens ophævelse først bør anvendes efter forsøgt genforhandling ifølge grundsætningen. Parterne har dermed mulighed for at gøre samtlige misligholdelsesbeføjelser i CISG gældende, men anvendelsen af disse kan være uhenigtsmæssig i praksis. Genforhandling kan ligeledes gøres gældende under konventionens generelle principper, men der findes argumenter for og imod anvendelsen heraf.

10 Konklusion

I specialet er forskellige aspekter af hardship analyseret for at belyse relevante problematikker i internationale kontrakter, hvor en parts forpligtelse til at præstere en aftalt ydelse bliver mere byrdefuld end på tidspunktet for aftalens indgåelse. Konklusionen er opbygget efter samme struktur, som forskningsspørgsmålene er opstillet og behandlet i specialet.

Første forskningsspørgsmål vedrørte, i hvilket omfang der findes hjemmel til hardship i ordlyden af CISG. For at besvare forskningsspørgsmålet blev konventionens bestemmelser fortolket efter CISG art. 7(1).

Analysen viste, at hardship ikke er udtrykkeligt udelukket efter CISG art. 4, hvorfor hardship kan være inden for anvendelsesområdet af konventionen. Dette blev begrundet i, at

²³¹ Harry Flechtner redigeret af Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, s. 194.

²³² Schwenzer, I. og Muñoz, E., *Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship*, s. 160.

CISG regulerer påvirkningen af parternes forpligtelser ved ændrede omstændigheder. Herudover blev det diskuteret, om hjemlen til hardship findes i CISG art. 8, da bestemmelsen handler om fortolkning af parternes kontrakt. Her blev det analyseret, at hardship kan reguleres på baggrund af parternes praksis eller handelspraksis inden for parternes branche, men såfremt disse er stiltiende herom, kan anvendelsen af bestemmelsen forekomme vanskelig. Ud fra CISG art. 4 og 8 findes det mere hensigtsmæssigt at håndtere reguleringen af hardship under CISG art. 79.

CISG art. 79 regulerer parternes forpligtelser ved manglende opfyldelse af deres aftale. Af bestemmelsens ordlyd kan det fortolkes, at hardship kan være omfattet af CISG art. 79. Tilmed er historikken bag udarbejdelsen af bestemmelsen uklar, idet arbejdsgruppen bag CISG både afviste og efterfølgende overvejede forslag vedrørende hardship i forbindelse med udarbejdelsen af CISG art. 79. Dette indikerer, at problematikken om hardship ikke blev fastlagt ved udarbejdelsen af bestemmelsen. Endvidere blev det belyst, at historikken bør ses i lyset af udviklingen af samfundet, da arbejdsgruppen muligvis ville have behandlet hardship i CISG art. 79, hvis bestemmelsen skulle udfærdiges i dag. Herudfra kan hardship fortolkes gennem konventionsteksten i CISG art. 79, jf. CISG art. 7(1). Argumenterne, der taler for hjemmel til hardship i ordlyden af CISG art. 79, kan ligeledes anvendes som modargumenter. Dette fremgår ved, at hardship ikke ses direkte af bestemmelsens ordlyd samtidigt med, at der skal foretages en snæver og objektiv fortolkning af bestemmelsen. Hertil blev det analyseret, at afvisningen af forslagene vedrørende hardship i forbindelse med udarbejdelsen af CISG art. 79 kan indikere, at hardship er ekskluderet af CISG art. 79's anvendelsesområde.

På baggrund af analysen konkluderes det, at der ikke er en entydig hjemmel til hardship i ordlyden af konventionen, eftersom dette afhænger af, hvilke argumenter der tillægges vægt.

Andet forskningsspørgsmål behandlede, hvorvidt hardship kan reguleres gennem konventionens generelle principper, hvis hardship ikke kan reguleres af ordlyden i CISG. Til besvarelse af forskningsspørgsmålet blev CISG art. 7(2) anvendt til fortolkning af konventionen. Såfremt problematikken vedrørende hardship ikke kan løses efter CISG art. 7(1), falder hardship inden for konventionens anvendelsesområde, men kan ikke reguleres direkte af konventionens regler. Fortolkning efter CISG art. 7(2) skal derfor anvendes, idet der er et internt *gap* i konventionen, som skal udfyldes med generelle principper inden for CISG. De generelle principper blev fundet gennem analyse af internationalt anerkendte principper, da disse kan afspejle de generelle principper, som CISG er baseret på.

Ud fra analysen af de internationalt anerkendte principper; PICC, TLP, PECL, DCFR og PLACL, blev følgende grundsætning vedrørende hardship udledt:

Hardship forudsætter, at den ugunstigt stillede parts forpligtelse er blevet mere byrdefuld, og at dette forårsages af en begivenhed eller ændrede omstændigheder. Begivenheden eller de ændrede omstændigheder skal indtræde efter aftaleindgåelsen samtidigt med, at den ugunstigt stillede part ikke må påtage sig risikoen herfor. I tilfælde af hardship har parterne mulighed for genforhandling af kontrakten, men såfremt de ikke når til enighed, kan de anlægge sag hos domstolen. Domstolen kan tilpasse eller ophæve parternes kontrakt.

Det blev analyseret, at grundsætningen kan være et udtryk for et generelt princip inden for CISG, hvorfor denne kan anvendes til udfyldning af det interne *gap* i konventionen, jf. CISG

art. 7(2). Dette medfører, at der findes hjemmel til hardship gennem CISG's generelle principper. Grundsætningen skal dog anvendes med en vis forsigtighed, eftersom hardship kan opfattes forskelligt i de CISG-kontraherende lande, hvorfor disse ikke nødvendigvis anerkender grundsætningen. Såfremt grundsætningen ikke anerkendes, og det interne *gap* ikke kan udfyldes, må problematikken vedrørende hardship løses som et eksternt *gap*. Hardship skal dermed behandles af national ret under iagttagelse af CISG's overordnede formål.

Som følge af analysen konkluderes det, at hardship kan reguleres gennem konventionens generelle principper, idet der er etableret en grundsætning, som kan udfylde konventionens *gap*.

Tredje forskningsspørgsmål omhandlede, i hvilket omfang der kan udledes en vejledende offergrænse for hardship gennem retspraksis. Besvarelsen af forskningsspørgsmålet skete ved en sammenligning af retspraksis.

Offergrænsen udtrykker, hvor stor en del af risikoen ved et prisudsving den ugunstigt stillede part skal bære i tilfælde af hardship. Idet der hverken er fastsat en offergrænse i CISG eller de internationale principper, er offergrænsen undersøgt ud fra retspraksis. Af retspraksis fremgår det, at offergrænsen spænder fra et prisudsving på 50 pct. til 300 pct., hvis denne overhovedet er angivet i afgørelserne. Retsstillingen er derfor utydelig, da offergrænsen i visse domme ikke er angivet, mens der er et stort spænd i de overbevisende domme, hvoraf den fremgår. På baggrund af analysen af retspraksis er det dermed vanskeligt at udlede en entydig vejledende offergrænse for, hvornår hardship kan statueres. Hertil ses det dog, at spekulative transaktioner har en højere offergrænse, idet der ikke foreligger hardship ved et prisudsving på 300 pct. i en spekulativ transaktion i modsætning til en ikke-spekulativ transaktion, hvor et prisudsving på 70 pct. statuerer hardship.

Ud fra analysen konkluderes det, at det ikke er muligt at udlede en vejledende offergrænse for hardship gennem retspraksis. Det kan dog fastslås af retspraksis, at spekulative transaktioner har en højere offergrænse.

Fjerde forskningsspørgsmål var, hvilke beføjelser parterne kan gøre gældende ved hardship i henhold til CISG og konventionens generelle principper. Til at besvare forskningsspørgsmålet blev CISG's misligholdelsesbeføjelser analyseret samtidigt med, at det blev undersøgt, hvorvidt der findes øvrige beføjelser gennem konventionens generelle principper.

Såfremt konventionens art. 79 finder anvendelse, er den ugunstigt stillede part fritaget for erstatningsansvar i tilfælde af hardship, jf. CISG art. 79(5). Ved hardship bliver den ene parts forpligtelse til at præstere en aftalt ydelse mere byrdefuld end på aftaletidspunktet. Det blev analyseret, at erstatningsfritagelsen ikke medfører, at parternes aftale bliver mindre byrdefuld for den ugunstigt stillede part, hvorfor denne beføjelse kan anses som ulogisk i parternes situation, idet dette ikke afhjælper det byrdefulde forhold. Den traditionelle konsekvens ved hardship er, at parterne skal genforhandle det byrdefulde aftalevilkår i deres aftale. Her blev det analyseret, at der ikke findes hjemmel til genforhandling i konventionens ordlyd, jf. CISG art. 7(1), hvorfor *gappet* skal udfyldes af generelle principper i CISG, jf. CISG art. 7(2). Det fremgår både af grundsætningen og litteraturen, at parterne har mulighed for genforhandling i tilfælde af hardship, hvorfor dette kan anses som et generelt princip inden for CISG, der kan udfylde *gappet*. På den anden side kan der argumenteres for, at genforhandling i praksis kan

være en vanskelig beføjelse, da den modstående part ikke kan tvinges til genforhandling. Såfremt dette synspunkt tilsluttes, hvormed genforhandling ikke anses som et generelt princip i konventionen, udelukker CISG art. 79(5) ikke øvrige af konventionens misligholdelsesbeføjelser. Den modstående part kan derfor påberåbe naturalopfyldelse og ophævelse. Analysen viste dog, at det kan forekomme uhensigtsmæssigt at anvende naturalopfyldelse, da den misligholdende part herigennem bliver tvunget til at opfylde den byrdefulde forpligtelse, hvilket er modstridende med fritagelsen for den manglende opfyldelse af partens forpligtelse, jf. CISG art. 79(1). Desuden afhjælper naturalopfyldelse ikke det byrdefulde forhold, idet den ugunstigt stillede parts forpligtelse fortsat er byrdefuld. Muligheden for ophævelse fremgår af grundsætningen, men grundsætningen tilsigter, at genforhandling er forsøgt, forinden ophævelse kan gøres gældende, hvilket ikke fremgår af konventionen. Dette indikerer, at ophævelse i henhold til reglerne i CISG kan være uhensigtsmæssigt.

På baggrund af analysen konkluderes det, at erstatning, naturalopfyldelse og ophævelse kan gøres gældende i henhold til CISG, mens genforhandling kan gøres gældende som følge af konventionens generelle principper. Der findes dog argumenter for og imod anvendelsen af beføjelserne i tilfælde af hardship.

11 Litteraturliste

11.1 Bøger

Andersen, M. B. og Lookofsky, J., *Lærebog i Obligationsret I*, 2015, Karnov Group Denmark A/S, 4. udgave

Brunner, C. og Gottlieb, B., *Commentary on the UN Sales Law*, 2019, Kluwer Law International, 1. udgave

Clausen, J. C., Edlund, H. H. og Ørgaard, A., *Købsretten*, 2018, Karnov Group Denmark A/S, 7. udgave, 1. oplag

Felemegas, John, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, 2007, Cambridge University Press, 1. udgave

Gillette, P. C. og Walt, D. S., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016, Cambridge University Press, 3. udgave

Gomard, B. og Henschel, R. F., *International købelov (CISG) med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014, 1. udgave, 1. oplag

Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2009, Kluwer Law International, 4. udgave

Kristensen, L. H., Kartoft, S. og Iversen T., *Dansk og international køberet*, Djøf Forlag, 2022, 6. udgave, 1. oplag

Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, Djøf Publishing, 2022, 6. udgave

Lookofsky, J. og Andersen, M. B., *The CISG Convention and Domestic Contract Law*, 2014, Djøf Publishing, 1. udgave

Munk-Hansen, Carsten, *Den juridiske løsning*, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2. oplag

Neumann, Thomas, *An Exploration of Article 80 CISG*, ph.d. afhandling, januar 2011, Centre for International Business Law Aarhus School of Business, Aarhus Universitet

Neumann, Thomas, *Internationale løsøreaftaler (CISG del II)*, Gerbera Publishing, 2015, 1. udgave, 2. oplag

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

Schønbeck, Andreas, *Internationale kontrakter*, Karnov Group Denmark A/S, 2020, 1. udgave, 1. oplag

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

Werlauff, Erik, *Kontrakter*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018, 4. udgave, 1. oplag

11.2 Artikler

Chen, James, *Speculation: Trading With High Risks, High Potential Rewards*, udgivet d. 28. december 2020,

<https://www.investopedia.com/terms/s/speculation.asp>

CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 7 - Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, vedtaget d. 12. oktober 2007,

<https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no1-copy/>

CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No 14 - Interest Under Article 78 CISG*, vedtaget d. 21. og 22. oktober 2013,

<https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no1-copy-copy-4-copy-copy-copy-5/>

CISG Advisory Council, *CISG Advisory Council Opinion No. 20 - Hardship under the CISG*, vedtaget d. 2.-5. februar 2020,

<https://cisgac.com/opinions/cisgac-opinion-no1-copy-copy-4-copy-copy-copy-9/>

Lookofsky, Joseph, *The CISG in Denmark and Danish Courts*, udgivet 2011,

https://cisg-online.org/files/commentFiles/Lookofsky_80_NJIL_2011_295.pdf

Momberg, Rodrigo, *The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections*, Latin American Legal Studies, udgivet d. 3. maj 2018,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3163049

Schwenzer, I. og Muñoz, E., *Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship*, udgivet d. 22. april 2019,

<https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/24/1/149/5476112?login=false>

11.3 Internetsider

Trans-Lex.org - Transnational Law Research, *History & Modern Evolution of Transnational Commercial Law*, besøgt d. 26. marts 2023,

<https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles> ID8

Trans-Lex.org - Transnational Law Research, *History*, besøgt d. 26. marts 2023,

<https://www.trans-lex.org/history> ID30/

Trans-Lex.org - Transnational Law Research, *TransLex-Principles*, besøgt d. 26. marts 2023,

<https://www.trans-lex.org/principles>

UNCITRAL, *International Sale of Goods (CISG) and Related Transactions*, besøgt d. 29. april 2023,

<https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods>

UNIDROIT, *Commercial Contracts*, besøgt d. 9. marts 2023,

<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/>

UNIDROIT, *Overview*, The international institute for the unification of Private Law, besøgt d. 23. februar 2023,

<https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview/>

11.4 Lovgivning

United Nations Commission on International Trade Law, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, United Nations, november 2020

11.5 Principper

Akademikere med støtte fra Fondation pour le Droit Continental og Fundación Fernando Fueyo, *The Principles of Latin American Contract Law*, Trans-Lex.org - Transnational Law Research, 2010, besøgt d. 24. marts 2023,

https://www.trans-lex.org/400750/_/principles-of-latin-american-contract-law-translation-by-rodrgo-momberg-and-stefan-vogenauer/

Lando Commission, *Principles of European Contract Law*, Trans-Lex.org - Transnational Law Research, 2002, besøgt d. 24. marts 2023,

https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/

Study Group on a European Civil Code og Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Draft Common Frame of Reference*, sellier. european law publishers GmbH, 2009,

<https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfer.pdf>

The International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, UNIDROIT, 2016,
<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>

The International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (med kommentarer)*, UNIDROIT, 2016,
<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>

Trans-Lex.org - Transnational Law Research, *TransLex-Principles*, besøgt d. 21. marts 2023,
[https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria))

11.6 Retspraksis

Sag 1 U 167/95, den 28. februar 1997, *Iron molybdenum case*, CISG-online nr. 261, Tyskland, Appelretten

Sag 2005/AR/2372, den 29. juni 2006 og 15. februar 2007, *Scafom International BV & Orion Metal BVBA mod Exma CPI SA*, CISG-online nr. 3062, Belgien, Appelretten

Sag 4267/88, den 14. januar 1993, *Nuova Fucinati S.p.A v. Fondmetal International A.B.*, CISG-online nr. 102, Italien, Distriktsretten

Sag 6281, den 26. august 1989, *Steel bars case I*, CISG-online nr. 8, Frankrig, Voldgiftsretten

Sag A.R. A/04/01960, den 25. januar 2005, *Scafom International BV & Orion Metal BVBA mod Exma CPI SA*, CISG-online nr. 1106, Belgien, Handelsretten

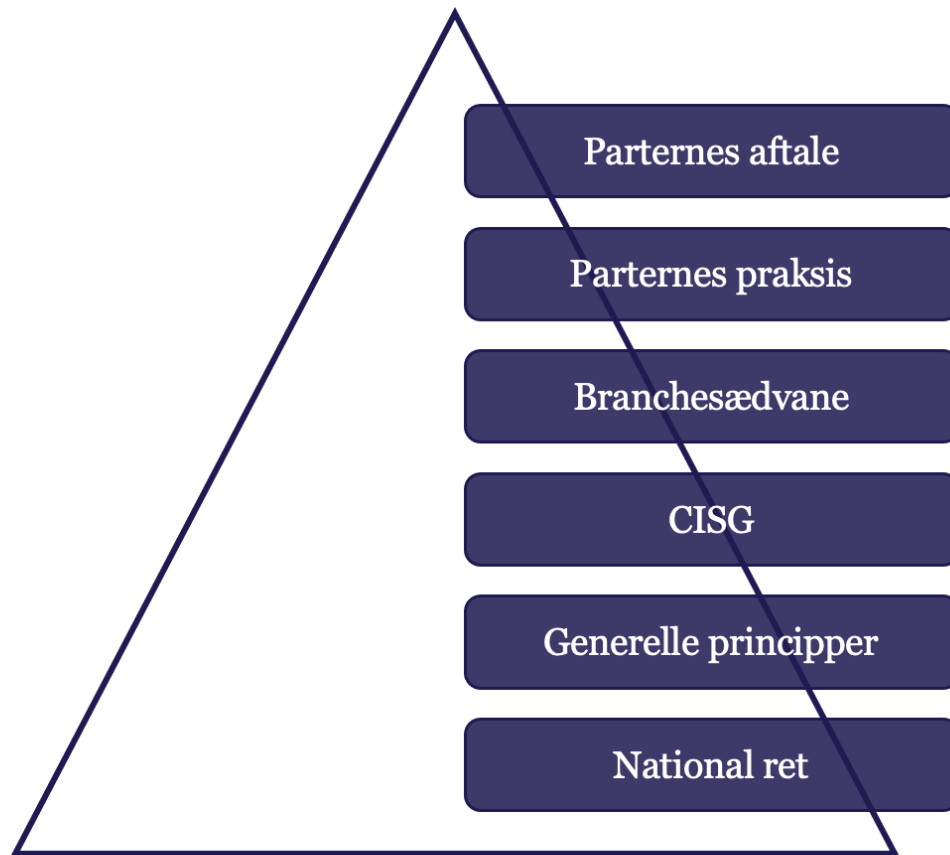
Sag AR 1849/94, den 02. maj 1995, *Vital Berry Marketing v. Dirafrost Frozen Fruit Industry NV*, CISG-online nr. 371, Belgien, Handelsretten

Sag C.07.0289.N den 19. juni 2009, *Scafom International mod Lorraine Tubes S.A.S.*, CISG-online nr. 1963, Belgien, Højesteret

Sag Y 01-15.964, den 30. juni 2004, *Behr France S.a.r.l. v. Romany AG*, CISG-online nr. 870, Frankrig, Højesteret

12 Bilag

Konventionshierarkiet



Kilde: Egen tilvirkning