
CM(jur.) Kandidatafhandling Copenhagen Business School 2012

Vejledere: Juridisk – Kim Østergaard; Økonomisk – Henrik Lando

Udarbejdet af: Lene Nielsen

Dato: 24.09.2012

Anslag: 177.999/ 78,2 normalsider

- En retsdogmatisk analyse af AFTL § 36, stk. 2, 3. led, hvor det analyseres og vurderes, hvorvidt domstolspraksis i et retsøkonomisk lys kan anses for at være efficient.
- A legal dogmatic analysis of Aftaleloven § 36, paragraph 2, part 3, where it is analyzed and assessed whether judicial practice in the light of law and economics can be considered to be efficient.



Forfattererklæring

(indsættes som side 2 i opgavebesvarelsen)

Identifikation
Opgavens titel: En retsdogmatisk analyse af AFTL § 36, stk. 2, 3. led i et retsøkonomisk lys
Studium: cand.merc.jur
Fag:
Prøveform (fx Hjemmeopgave eller bachelorprojekt): Kandidatafhandling

CPR nr.:	Navn på forfatter(e):	Evt. gruppenr.
	Lene Nielsen	

Opgavens omfang:
Efter eksamensbestemmelserne for prøven må opgavebesvarelsen højst bestå af <input type="text" value="80"/> sider [sideantallet indsættes] eksklusiv forside, litteraturliste og evt. bilag. Bilagene indgår ikke i bedømmelsen.
Opgavens sider må i gennemsnit ikke indeholde mere end 2.275 anslag (inkl. mellemrum). (Fx svarende til 35 linjer á 65 anslag). Siderne skal have en margen på mindst 3 cm. I top og bund og mindst 2 cm. i hver side. Skriftypen skal være på minimum 11 pitch. Tabeller, figurer, illustrationer og lign. tæller ikke med i antallet af anslag, men berettiger ikke til at overskride det fastsatte maksimale sidetal.

Code of conduct:
Undertegnede forfatter(e) erklærer herved: - at jeg/vi selvstændigt eller i samarbejde med ovenfor anførte gruppemedlemmer har udført arbejdet med denne opgave og skrevet den indeholdte tekst - at jeg/vi har markeret alle citater med citationstegn og forsynet dem med referencer til deres oprindelse - at opgaven overholder de ovenfor anførte vilkår for opgavens omfang og udformning.
Dato: 24.09.2012 Underskrift(er): 

Indholdsfortegnelse

EXECUTIVE SUMMARY	5
1 INDLEDNING TIL AFHANDLINGEN	6
1.1 INDLEDNING	6
1.1.1 EMNE OG BAGGRUND	9
1.1.2 FORMÅL, SYNSVINKEL OG DEFINITIONER	10
1.2 PROBLEMFOMULERING	13
1.3 METODE	13
1.3.1 JURIDISK METODE	13
1.3.2 JURIDISK AFGRÆNSNING	17
1.3.3 ØKONOMISK METODE	18
1.3.4 ØKONOMISK AFGRÆNSNING	22
2 AFTALELOVEN § 36	23
2.1 AFTL § 36	23
2.1.1 UDVIKLINGEN FOR AFTL § 36	25
2.1.2 DEN ERHVERVSDRIVENDE OG AFTL § 36	27
3 RETSPRAKSIS	30
3.1. AFTL § 36 PÅBERÅBT OG ANVENDT	30
3.1.1 KONTRAKTTYPER	30
3.1.2 DELKONKLUSION	37
3.2. AFTL § 36 PÅBERÅBT, MEN EJ ANVENDT	38
3.2.1 KONTRAKTTYPER	38
3.2.2 DELKONKLUSION	45
4 RETSØKONOMI	47
5 TEORIEN OM UFULDSTÆNDIGE KONTRAKTER	51
5.1 DEN PERFEKTE KONTRAKT – REFERENCEPUNKTET.	51
5.1.1 FULD INFORMATION OG OPPORTUNISTISK ADFÆRD	51
5.1.2 FULDSTÆNDIG RISIKODELING	52
5.1.3 UBEGRÆNSET RATIONALITET	53
5.1.4 KOMPLEKSITET OG USIKKERHED	53
5.1.5 TRANSAKTIONSOMKOSTNINGER	54
6 DE ØKONOMISKE TEORIER	56
6.1 IMPRACTICABILITY (UIGENNEMFØRLIGHED)	56
6.2 GOOD FAITH AND FAIR DEALING	59
7 FORTOLKNING AF AFTALER OG DOMSTOLENES ROLLE	62
7.1 SHAVELLS MODEL FOR AFTALEFORTOLKNING	62
7.2 DOMSTOLENES ROLLE OG AFTALERETTENS FORMÅL	63
7.3 FAKTORER, DER BØR VÆRE MED I DOMSTOLENES AFVEJNING	65
7.3.1 FLEKSIBILITET ELLER FORUDSIGELIGHED?	67
8 RETSØKONOMISK ANALYSE AF RETSPRAKSIS	70

8.1 BRUG AF TEORIER	70
8.1.1 IMPRACTICABILITY	70
8.1.2 GOOD FAITH	70
8.2 RETSPRAKSIS I RETSØKONOMISK PERSPEKTIV	71
8.2.1 IMPRACTICABILITY	71
8.2.2 GOOD FAITH	78
8.3 OPSAMLING	82
9 KONKLUSION	85
<hr/>	
LITTERATURLISTE	87
<hr/>	
BØGER	87
ARTIKLER	88
LOVOVERSIGT	91
DOMME	91

Executive Summary

Pacta sunt servanda – agreements are binding. That is the main rule of Danish contract law. However, all rules have their exceptions.

The purpose of this thesis is to derive the relevant and efficient economic rationales, and analyze the Danish judgments accordingly to conclude, whether or not Danish court decisions are efficient.

The main source of law is Aftaleloven § 36. The provision makes it possible for courts to override an entire agreement or parts thereof. The court may do so if the agreement is *unreasonable or contrary to good faith*. When deciding whether something is reasonable or unreasonable, you can't consider feelings or moral opinions because these may vary from person to person. In this thesis I look at economical efficiency as the benchmark for when overriding agreements should be allowed.

The economical part of the thesis builds on what is economically efficient and creates the highest payoff. In the economic world efficient contracts are those, which maximize the joint value of the parties. When contracts are made, the contracting parties are bound by their limited rationality, transaction costs, asymmetric information etc., which makes the contracts imperfect. When unexpected circumstances arrive, the contract can end up inefficient ex post and in some circumstances it is more rational to change it or override it completely. I use two main theories to explain why it can be efficient to set aside contract terms – impracticability and good faith.

When courts decide whether or not to allow the use of Aftaleloven § 36, they need to bear in mind that contractual agreements are built on mutual faith and trust in the agreed contract. The allowance of the use of the provision should therefore be limited to the cases, where the reallocation of risk increases the joint contract value immensely.

From the used economical theory of law and economics and the judicial decisions in the field of the provision, I have concluded that the Danish Courts derive the economically efficient results.

1 Indledning til afhandlingen

1.1 Indledning

Pacta sunt servanda – aftaler er bindende¹ er udgangspunktet i dansk ret. På mange måder kan man sige, at begrebet er grundstenen i vores samfund. Hvis aftaleparter ikke blev bundet af deres aftaler og kontrakter, så ville der ikke være nogen tillid eller sikkerhed, og der ville derfor ikke blive indgået aftaler, ej heller retshandler. Økonomien ville gå i stå, og vores velfærdsamfund ville ikke kunne hænge sammen.

I dansk ret har parterne dog ret til at indgå de aftaler, som de har lyst til, og de kan formulere dem, som det passer dem.² Ønsket om rimelighed og redelighed³ i aftaleforhold betyder dog, at man har indskrænket denne ret på nogle områder. Aftalelovens kapitel 3 omhandler de ugyldige viljeserklæringer, og heri findes den danske aftalelovs generalklausul, § 36.⁴

Aftaleloven blev oprindeligt givet som lov nr. 242 af 8. maj 1917, og fik titlen: ”Om Aftaler og andre Retshandler Paa Formuerettens Omraade”.⁵ Med virkning fra 1. juli 1975 indførtes en ændring i loven, og § 36 blev den nye generalklausul⁶. Bestemmelsen er ændret to gange, senest i 1996, hvorefter den står som en meget vidtgående bestemmelse, og er i dag omtalt som en ”retlig standard”.⁷ Bestemmelsen afspejler et ønske om ekstra beskyttelse af svagere aftaleparter. I den danske aftalelovs kapitel 4 er der regler om forbrugerftaler, som ligeledes har til formål at beskytte den ”svage” part. Kreditaftalelovens § 22 kan også nævnes som et sted i dansk ret, hvor lovgiver har vurderet, at der har været behov for en mere vidtrækkende beskyttelse. I en tid med

¹ LBK nr. 781 af 26/08/1996, § 1 og DL 5-1-1 og 2. Kontraktfrihedens grundsætning går helt tilbage til Chr. d. V's lov af 15. April 1683, 5. Bog, 1. Kap., artikel 1: ”Enhver er pligtet at efterkomme, hvis han med mund, hånd eller segl, lovet og indgået haver”

² DL 5-1-2 ”Alle Contracter, som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komme til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligtelser, Forløfter og andet, ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saa som de indgangne ere”

Princippet er også kaldet partsautonomien.

³ Begreberne rimelighed og redelighed er også en del af ordlyden af aftaleloven § 36.

⁴ At det er en generalklausul betyder, at den har et vidt anvendelsesområde, Andersen, s. 423

⁵ Andersen og Madsen, s. 33

⁶ LBK nr. 250 af 12. juni 1975, Andersen og Nørgaard, s.171

⁷ Andersen og Madsen, s. 204. Den retslige standard i AFTL § 36 er ordlyden ”i strid med redelig handlemåde”. En retstandard er indskrænket til at give domstolene et direktiv, en moralsk eller social målestok, som de må give indhold efter tidens retsopfattelse. Begrebet er derfor dynamisk i sin brug.

øgede mængder af aftaler og retshandler, og hvor forretningsdrivende i større grad anvender standardaftaler, er der ligeledes større behov for beskyttelse af de individer, som ikke tager overvejede rationelle beslutninger. I samme situation finder man mindre erhvervsdrivende, som i mange tilfælde handler med store virksomheder, som har stor markedsmagt og som kan påtvinge deres vilkår, som i nogle tilfælde er ensidige, hvilket kan betyde at rimeligheden i aftalerne kan diskuteres. Set fra denne optik kan der være behov for lovgivning, som kommer den mindre vidende eller mindre erhvervsdrivende til gode.

Hvor Aftaleloven § 36 betegnes som en *lex generalis* bestemmelse, så er Kreditaftaleloven § 22 en *lex specialis* bestemmelse, som kun kan anvendes ved kreditaftaler. En anden *lex specialis* bestemmelse der kan nævnes, er Markedsføringsloven § 1 om god markedsføringsskik, som ligeledes søger at beskytte bl.a. forbrugere mod vildledende erhvervsdrivende.

Man kan sige, at den generelle regel som hovedregel viger for den specielle regel, medmindre der er omstændigheder, der taler imod det⁸, og at hvis der er strid mellem to retsregler, bør *lex specialis* reglen vælges.⁹ Der findes dog undtagelser til denne hovedregel, se fx U.1980.569, hvor *lex specialis* reglen måtte træde i baggrunden for den generelle lov mod kønsdiskriminering.

Aftaleloven § 36 bruges ofte i forbrugerforhold, hvor der pr. definition findes en svag part, men bestemmelsen er ikke begrænset til disse tilfælde, hvilket er vigtigt at have for øje.¹⁰ Der er således ikke på forhånd foretaget nogen funktionel afgrænsning af, at bestemte aftaleparter skulle være udelukket for at påberåbe sig AFTL § 36. Bestemmelsen er ligeledes heller ikke begrænset til kun at have betydning for standardaftaler, hvor den ene part har konciperet aftalen uden indblanding fra modparten (adhæsionskontrakter). I disse tilfælde har bestemmelsen dog haft til hensigt at have størst betydning, da standardaftaler er nævnt i forarbejderne til lovbestemmelsen.¹¹

⁸ Nielsen & Tvarnø, s. 226.

⁹ Andersen, s. 325

¹⁰ Dette bemærkes bl.a. i LFF1994-1995.1.27, s. 3 og i Stig Jørgensens redegørelse.

¹¹ LFF1994-1995.1.27 "Forslag til Lov om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre love", s. 2.

Aftaleloven § 36 har på mange måder afløst brugen af forudsætningslæren, som i mange år var hjemmel til at tilsidesætte urimelige aftalevilkår.¹² Forudsætningslæren bruges stadig som fortolkningsbidrag i de sager, hvor det har været nærliggende at understrege, at aftalen ikke længere fremstår som rimelig på de oprindelige vilkår.¹³ Jeg vil senere i dette kapitel komme nærmere ind på forudsætningslæren, hvorfor jeg kun kort introducerer begrebet her.

Emnet for denne afhandling er en retsøkonomisk analyse af Aftaleloven § 36 i kommercielle forhold. Selv i kommercielle forhold kan der opstå situationer, hvor den ene part kan defineres som værende ”svag”. Det kan også være, at den ene part er nærmere til at gennemskue og afvikle risiko, og dermed øger forhandlingsstyrken. Det er interessant at undersøge, hvor grænserne går for kommercielle kontrakter, og hvornår domstolene mener, at der er grundlag for at gribe ind. Også for aftaleparterne kunne det være interessant at vide, da man i så fald ville kunne undgå situationer, hvor aftaler blev tilsidesat helt eller delvist.

Det er spændende at se på, hvilken rolle Aftaleloven § 36 har i dansk ret i forhold til kommercielle forhold, og om man kan udlede en fast praksis fra domstolenes side, hvad angår de kommercielle kontrakter. Det skal ikke udelades, at kommercielle parter ofte indgår risikoforskudte kontrakter, hvor den ene part påtager sig større risiko til gengæld for et større payoff. Denne risikoaccept skal domstolene ikke uden videre forkaste, da det i så fald betyder, at bestemmelsen bliver en nødudgang for aftaler, som ikke er gået efter hensigten.

Begrebet rimelighed kan besvares på mange forskellige måder, og der er mange meninger om, hvad der er rimeligt og rigtigt, og det er domstolenes rolle at besvare disse spørgsmål. Til dette formål er det vigtigt, at have klarlagt ud fra hvilke parametre, man bedømmer rimelighed. I en økonomi hvor parterne i kommercielle kontrakter indgår aftaler, som for dem skal være profitmaksimerende og/eller af strategisk betydning, da det ellers ikke ville være rentabelt at indgå dem, kan man ikke dømme ud

¹² Andersen og Madsen, s. 226 ff. Aftaleloven § 36 er et alternativ til forudsætningslæren, specielt hvad angår de bristede forudsætninger, men læren har stadig sin berettigelse, specielt i forretningsforhold og ved tilfælde af senere indtrådte omstændigheder, s. 227.

¹³ Se fx U.2000.656H – Sebastian dommen, som blev afgjort efter forudsætningslæren og ikke Aftaleloven § 36.

fra, hvad der synes rigtigt eller forkert. Der skal være nogle mere bærende elementer i rimelighedsbedømmelsen. Den økonomiske analyse kan hjælpe med dette, da der er en del retsøkonomisk litteratur på netop dette område. De bærende økonomiske rationaler for tilsidesættelse af aftalevilkår gennemgås hhv. i den økonomiske analyse og i mit opsamlende kapitel 9.

1.1.1 Emne og baggrund

Generalklausulen i Aftaleloven § 36 var noget af det første jeg stiftede bekendtskab med på HA Jur. studiet, og bestemmelsen vedblev at være en del af den retspraksis, der var relevant gennem alle årene på studiet. Jeg fandt det interessant, at en bestemmelse kunne være så vidtrækkende og dog alligevel anvendt så relativt sjældent.¹⁴ I min analyse af retspraksis var der langt flere tilfælde, hvor domstolene afviste anvendelsen af aftalelovens § 36 end tilfælde, hvor bestemmelsen fandt anvendelse. Det er altid blevet understreget i undervisningen, at bestemmelsen ikke var en ”nødudgang”, og at man ikke kunne regne med at den fandt anvendelse.

Det jeg ønsker med denne afhandling er, at forsøge at trække nogle linjer op, så der vides hvornår bestemmelsen anvendes, og hvornår den forkastes i dansk ret. At skabe orden i kaos af retspraksis og litteratur. Min juridiske analyse skal afdække dansk retspraksis på området, og generelt klarlægge retskilderne. Formålet med min retsdogmatiske analyse er, i det omfang det er muligt, at udlede hvornår og på hvilken måde AFTL § 36 har fundet anvendelse. Det er særligt relevant at se på, hvornår AFTL § 36 har ført til hel eller delvis tilsidesættelse.

Jeg ønsker en økonomisk analyse af, hvordan det er økonomisk korrekt at fortolke aftaler, og hvornår der er efficient at tilsidesætte helt eller delvist i en aftale. Begge analyser skal hjælpe med at komme frem til den nuværende praksis, den ønskværdige praksis og en opsamling på, om vi i dansk ret kan skabe mere værdi ved at ændre retspraksis, så den stemmer mere overens med den retsøkonomiske teori, eller om dansk ret allerede er efficient på området for denne afhandling. Jeg ønsker at påvise, hvorvidt

¹⁴ Bestemmelsen kan have massiv betydning for et aftaleforhold, og er den af de bestemmelser i dansk ret, der påberåbes oftest, men er samtidig en af de bestemmelser, som i forhold til den mængde den påberåbes, tillades anvendelse færrest gange. Der skal en del til før domstolene tillader tilsidesættelse eller ændring af aftale/aftalevilkår.

de økonomiske rationaler kan understøtte, eller ikke understøtte, anvendelsen af AFTL § 36.

Aftaleloven § 36 har ordlyden:

”En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler.

Stk. 2. Ved afgørelsen efter stk. 1 tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder”¹⁵

Bestemmelsen står i Aftaleloven kapitel 3 under ugyldige viljeserklæringer, som normalt bevirker, at aftalen som helhed er ugyldig. Retsvirkningen af en anvendt § 36 betyder dog ikke nødvendigvis total ugyldighed, men giver domstolene mulighed for at ændre i parternes skrevne aftale, hvilket er en indgriben i aftalefriheden. Domstolene skal derfor være varsomme med at bruge bestemmelsen, og ordlyden lægger også op til en fortolkning på baggrund af alle forhold omkring aftalen. I denne afhandling ser jeg dog udelukkende på § 36, stk. 2, 3. led ”...senere indtrufne omstændigheder”.

Aftaleloven vil herefter blive omtalt som AFTL.

Det er vigtigt at understrege, at de retsøkonomiske teorier er udviklet i USA og dermed er en del af common law retstraditionen. Da økonomiske rationaler er universelle og ikke tilpasset enkelte landes juridiske systemer, kan de retsøkonomiske konklusioner godt bruges på et civil law retssystem.

1.1.2 Formål, synsvinkel og definitioner

Stigende antal domme og en omfattende litteratur bevirker, at området om Aftaleloven § 36 fremstår uklart. Det står ikke lysende klart, hvornår domstolene vælger at bruge bestemmelsen, og hvornår de ikke gør.

Afhandlingen har til formål rent økonomisk at klarlægge, hvilken fortolkning domstolene skal benytte for at nå det velfærdsmaksimerende resultat.

¹⁵ LBK nr. 781 af 26/08/1996, § 36

Synsvinklen er samfundsmæssig, da problemstillingen som helhed bliver stillet op imod samfundsmæssig effektivitet.

1.1.2.1 Definitioner

I forløbet med denne afhandling blev det klart, at der er forskel på den retsøkonomiske definition af en senere indtrådt omstændighed og den juridiske definition. Den juridiske definition af en senere indtrådt omstændighed i AFTL § 36 synes at favne bredere end den økonomiske.

I juraen kan der både være tale om omstændigheder, som der er taget højde for i aftalen, men som af den ene eller den anden grund ikke længere kan anses for værende rimelige grundet fx samfundsudvikling, og omstændigheder der ikke er aftalt på forhånd som betyder, at aftalen bliver mere byrdefuld end forventet. I nogle kontrakter tages der hånd om nogle af de uforudsete omstændigheder ved at bruge force majeure klausuler og hardship klausuler. Force majeure er en betegnelse for de forhold eller omstændigheder, som kommer udefra og som mennesker ikke kan afværge, fx naturkatastrofer, art umulighed etc. Princippet om force majeure er lovfæstet i Købeloven § 24, ”...opfylde aftalen må anses for udelukket ved omstændigheder, der ikke er af sådan beskaffenhed, at sælgeren ved køkets afslutning burde have taget dem i betragtning, såsom ved hændelig undergang af alle genstande af den art eller det parti, købet angår, ved krig, indførselsforbud eller lignende”.¹⁶

Hardship klausuler, eller genforhandlingsklausuler, er ofte en del af længerevarende erhvervskontrakter, da de har til formål at tilpasse kontrakten til ændrede forhold.¹⁷

Klausulerne skal ses som et forsøg på at fastholde kernen i aftaleforholdet på trods af ændrede omstændigheder, og på den måde opretholde den oprindeligt aftalte byrde – og risikodeling.¹⁸

I retsøkonomien bliver der i højere grad sondret om, hvorvidt der *har* været taget stilling til omstændigheden eller ej. I retsøkonomisk teori skelnes der mellem omstændigheder som parterne har taget højde for, og de omstændigheder der ikke er

¹⁶ LBK nr. 237 af 28.03.2003 – ”Bekendtgørelse af lov om køb” – Købeloven. Se Dahl, s. 177

¹⁷ Andersen & Madsen, s. 449

¹⁸ Andersen & Madsen, s. 449

taget højde for i kontrakten, men som opstår og medfører, at aftalen bliver mere byrdefuld end forventet.

Den definition af senere indtrådte omstændigheder som jeg startede ud med i denne afhandling, er den sidst nævnte – de omstændigheder, som der ikke er taget højde for i kontrakten. Grunden til dette er, at jeg fandt det mest interessant at se på de tilfælde, hvor parterne ikke på forhånd har kunnet allokere risikoen.

Da jeg arbejdede videre med projektet gik det op for mig, at der foreligger en del retspraksis i gråzonen, hvor det rent juridisk vil være at betegne som en senere indtrådt omstændighed, men som rent retsøkonomisk ikke gik ind under samme definition. Jeg har derfor valgt at tage den del af retspraksis med, hvor omstændighederne har ændret sig så meget fra det oprindelige udgangspunkt, at der kan være grund til revision af aftalen. Dette betyder, at jeg tager noget yderligere retsøkonomisk teori med, nemlig teorien om good faith and fair dealing, som også er meget centralt i juraen, se neden for. På denne måde får jeg både afsæt i den praksis som omhandler ikke-regulerede omstændigheder, og de situationer hvor der oprindeligt er en aftale vedr. forholdet, men som ikke længere kan anses for værende rimelig.

Som en opsamling på ovenstående konkluderer jeg, at den definition som jeg anvender i denne afhandling på begrebet ”senere indtrådte omstændigheder” er;

- Omstændigheder, der ikke er henvist til/nævnt specifikt i aftalen. Det kan være omstændigheder, der slet ikke er taget højde for eller omstændigheder, der er taget højde for, men hvor tidsperspektivet har ændret de bagvedliggende forudsætninger i en sådan grad, at der kan argumenteres for at omstændigheden er ny. Det afgørende punkt er derfor, om parterne kunne have forudset en ændring i forholdene.

I denne afhandling er et kommercielt forhold et forhold mellem erhvervsdrivende. Ved erhvervsdrivende forstås en fysisk eller juridisk person, der handler som led i sit erhverv, hvad enten det er offentligt eller privat.¹⁹

¹⁹ LFF1994-1995.1.27, s. 2.

Erhvervsdrivende parter kan også være personer, der har et element af ekspertise inden for en specifik branche, som må forudsætte at de handler som professionelle inden for det erhverv. Her er der specielt tanke på Tintin-dommen, U.2003.23H, hvor den ene part var almindeligt ansat, men som havde en baggrund som betød, at han havde kæmpe indsigt i brancheforholdene. Ligeledes anses erhvervsforhold at være, når den ene eller begge parter er selvstændige, også som led i vognmandsforretning, eller når den ene eller begge parter foretager sig handlinger, som ikke kan defineres som værende forbrugermæssige, jf. U1998.47H, hvor en kvindes leasing og afskrivninger på containere ikke blev anset for værende et forbruger køb.

1.2 Problemformulering

Formålet med afhandlingen er, at foretage en retsøkonomisk analyse af AFTL § 36 i kommercielle forhold ved senere indtrufne omstændigheder.

Med udgangspunkt i en retsdogmatisk analyse af AFTL § 36, stk. 2, 3. led, analyseres og vurderes det, hvorvidt domstolspraksis i et retsøkonomisk lys kan anses for at være efficient.

Da definitionen på en senere indtrådt omstændighed er væsentlig forskellig fra den juridiske til den retsøkonomiske verden, har jeg fundet det relevant at inddrage forudsætningslæren, da den giver en forklaring på afgørelser, hvor AFTL § 36 ikke alene kan forklare udfaldet af domstolsafgørelsen.

1.3 Metode

1.3.1 Juridisk metode

I den juridiske analyse bruges den retsdogmatiske metode til at fastlægge retstillingen i dansk ret vedr. AFTL § 36 i kommercielle forhold.

Ved den retsdogmatiske analyse gennemgås retskilderne, og der findes frem til gældende ret. De danske retskilder består af regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur, også kaldet retsgrundsætninger.²⁰ Den retsdogmatiske analyse ser på retskilderne, i en på forhånd bestemt rangorden, hvorefter man sammenholder kilderne til en samlet vurdering. I denne afhandling er den mest centrale retskilde retspraksis, da

²⁰ Nielsen & Tvarnø, s. 189 ff.

det er her, man kan udlede, hvorledes bestemmelsen finder anvendelse i praksis.

Hovedvægten af opgaven hviler derfor på denne retskilde.

Den danske regulering på området er den danske aftalelov, LBKG 1996-08-26 nr. 781, nævnt AFTL. Aftaleloven har som nævnt tidligere været ændret to gange, og i 1996 blev der åbnet for en meget bred retsvirkning af bestemmelsen i § 36.

Retspraksis på området er meget omfattende, og bestemmelsen bruges i stort omfang. Bestemmelsen er mest brugt på forbrugerforhold og specielt i situationer med standardaftaler, men der ses stadig flere sager mellem erhvervsdrivende.

I min tilgang til afhandlingen brugte jeg UfR Online, og udførte en søgning på AFTL § 36. Den første søgning gav et resultat på lige over 100 domme, som efter grovsortering blev indskrænket til omkring 40 domme. Alle med det tilfælles at AFTL § 36 har været påberåbt, og at parterne i sagerne har været erhvervsdrivende. Efter en gennemlæsning stod det klart, at der var ca. 30 domme, som havde et element af senere indtrådte omstændigheder, og som derfor kunne bruges aktivt i afhandlingens analyse.

Det har været en svær proces at gennemskue, hvad domstolene har haft i tankerne i mange af sagerne hvor AFTL § 36 er påberåbt, da det er sjældent at dommerne kommer med forklaringer på, hvorfor de har nået en konkret konklusion på netop spørgsmålet om anvendelsen af AFTL § 36. Det kan somme tider virke som om, at de "bare" tilsidesætter i medfør af bestemmelsen uden at komme med en uddybende forklaring. Der er ligeledes heller ikke altid begrundelser for, hvorfor man ikke kan tilsidesætte vilkår. Det kan derfor være svært at konkludere med sikkerhed, hvilke betragtninger der bliver lagt til grund for afgørelserne.²¹

I aftaleforhold, og specielt i forhold mellem erhvervsdrivende, er sædvaner som regel meget betydningsfulde og kan mange gange påvirke retsstillingen. Er der kutymer eller sædvaner inden for branchen eller i det pågældende aftaleforhold, kan domstolene vælge at lægge vægt på netop disse forhold. Der er derfor et element af subjektivitet, når domstolene afgør sager. En retssædvane er en handlemåde, som er blevet fulgt

²¹ Diskussionen tages ligeledes i Andersen & Madsen, s. 423 ff., som også bemærker at ugyldighedsbegrundelsen (AFTL § 36) vælges uden at der forinden tages stilling til om de almindelige fortolkningspræmisses kunne have opnået samme resultat.

almindeligt, til stadighed og længe ud fra en følelse af retlig forpligtelse.²² Det kræver altså, at der er almindeligt kendskab til sædvanen, at den følges af stort set alle inden for aftaleforholdet/branchen og at den har haft en længerevarende betydning.

Branchevilkår bliver ofte nedskrevet i agreed documents, som er fremkommet efter forhandlinger mellem modstående interesseorganisationer. Dokumentet har form af et standarddokument, som bygger på de sædvaner og kutymmer, som findes inden for den pågældende branche/erhverv.²³

Forholdets natur bruges som samlebetegnelse for forskellige hensyn og principper, som domstolene kan lægge til grund for deres afgørelser. Baggrunden for forholdets natur er værdistandpunkter, som domstolene ønsker at statuere i afgørelsen. Forholdets natur kan stå som selvstændig retskilde i de tilfælde, hvor man ikke kan finde hjemmel andre steder. Retsgrundsætninger er en betegnelse for principper og fundamentale retsregler, og betegnelsen bruges uanset, hvilken retskilde den støtter ret på.²⁴ Forholdets natur bevirker også, at man sædvanligt har sagt, at købeloven af 1906 er et udtryk for almindelige obligationsretlige principper, som kan anvendes analogt.²⁵

Loyalitetsforpligtelsen, der ofte er anvendt i dansk ret, betyder, at parterne skal optræde loyalt og retfærdigt over for hinanden.²⁶ Proportionalitetsprincippet er et andet begreb, som siger at mål og midler skal stå i forhold til hinanden. I den første gennemgang af samtlige domme var der afgørelser vedr. konventionalbod, som blev tilsidesat pga. uforholdsmæssig bodsstørrelse og lidt skade.²⁷

Et fortolkningsparadigme i dansk ret er koncipistreglen²⁸, som ligeledes kan siges at bruges som et middel til at beskytte den svagere part. Princippet betyder, at man fortolker en aftalebestemmelse mod affatteren.²⁹ I standardkontrakter har det stor betydning, da der pr. definition ikke har været mulighed for forhandling af aftalebestemmelser. I forholdet med AFTL § 36 har princippet også en stor betydning,

²² Nielsen & Tvarnø, s. 184 ff. Se ligeledes Andersen & Madsen, s. 460.

²³ Andersen & Madsen, s. 459. Et godt eksempel er AB92, som benyttes ofte i bygge – og anlægsindustrien.

²⁴ Nielsen & Tvarnø, s. 190.

²⁵ Nielsen & Tvarnø, s. 190.

²⁶ Andersen, s. 113 ff.

²⁷ Se fx U.1953.674H og U.2004.2400H.

²⁸ Også kaldet uklarhedsreglen i dansk ret, Andersen & Madsen, s. 404 ff.

²⁹ Se U.2004.2894H

da man kan bruge den som ekstra rygstød i forbindelse med at tilsidesætte et aftalevilkår. Disse uskrevne retsregler kan have en meget stor indflydelse på de endelige afgørelser, se evt. U.2004.2894H.

Forudsætningslæren i dansk ret har haft stor praktisk betydning, men har mistet en del af den betydning med implementeringen af AFTL § 36.³⁰ Den har dog stadig en teoretisk og til dels praktisk betydning.³¹

Alle løfter og aftaler indgås med forudsætninger fra begge parter side. Der er ingen der indgår aftaler, som ikke har nogen betydning eller mening for dem, og som absolut hovedregel forventer aftaleparterne at få et payoff. Læren kan siges at være tostrengt, da der både kan være tale om urigtige og bristede forudsætninger.³² I denne afhandling er den relevante del læren om bristede forudsætninger.

De bristede forudsætninger opstår, når forholdene ved aftalen udvikler sig på en sådan måde, at aftalen ikke længere opfylder aftalepartens forventninger. En del af problematikken om bristede – og/eller urigtige forudsætninger løses ved aftalelovens kapitel 3, specielt §§ 30-33, som omhandler ugyldige viljeserklæringer, hvorfor forudsætningslæren igen kan være at anse som værende af mindre praktisk betydning end teoretisk.

Forudsætninger er de ”betingelser”, som den enkelte aftalepart lægger til grund for egen deltagelse i kontrakten, men som ikke er skrevet ned nogle steder.³³

Forudsætningslæren blev udviklet af Ussing i starten af 1900-tallet, og betyder at en løftegiver kan fritages fra sit løfte, såfremt hans forudsætning var.³⁴

³⁰ Andersen og Madsen, s. 226 ff. Aftaleloven § 36 er et alternativ til forudsætningslæren, specielt hvad angår de bristede forudsætninger, men læren har stadig sin berettigelse, specielt i forretningsforhold og ved tilfælde af senere indtrådte omstændigheder, s. 227.

³¹ Andersen og Madsen, s. 200 ff. At læren stadig har sin berettigede brug kan ligeledes ses fra retspraksis, hvor den efter AFTL § 36's ikrafttrædelse har været brugt flere gange, bl.a. i U2000.656H. Den blev påberåbt i U.1998.281H, men fandt ikke anvendelse. Man kan ligeledes argumentere for, at læren er lagt til grund for afgørelsen i U.1991.4/3H.

³² Andersen og Madsen, s. 193

³³ Andersen og Madsen, s. 196. Et eksempel er Sebastian dommen (U2000.656H), hvor Sebastians deltagelse var under forudsætning af, at han fik et løbende variabelt afkast (han havde fået et lille fast beløb), men da stykket aldrig blev opført, så fik Sebastian ingen penge. Højesteret valgte at tildele Sebastian en del af det forventede variable beløb, men ikke hele summen.

³⁴ Andersen og Madsen, s. 198 ff.

1. Bestemmende
2. Kendelig
3. Relevant

Læren om bristede forudsætninger kan altså være en del af det beslutningsgrundlag, som domstolene bruger, når de skal tage stilling til om AFTL § 36 finder anvendelse. I denne afhandling er det relevant, da der i nogle af de analyserede afgørelser ikke bliver givet uddybende forklaring på, hvorfor domstolen kom frem til det givne resultat ud over, at aftalebestemmelsen må anses for værende urimelig i forhold til aftalepartens forventninger. Forudsætningslæren bliver ligeledes relevant for retsøkonomien, da der er en del afgørelser, som ikke kan gå under impracticability doktrinen, men rent retsøkonomisk hører til teorien om ”good faith and fair dealing”, hvor forudsætningslæren helt klart har en betydende indvirkning.³⁵

Markeder består som regel af flere ”lag”, da der findes flere udbydere inden for samme branche og/eller industri. Specielt markeder hvor der findes enkelte, men store virksomheder kan det være svært for de virksomheder, som skal levere service, ydelser eller andre varer, da de som regel ikke har meget valg mht. kontraktvilkår, som kan være at anse for urimelige, da de små kontraktparter sjældent får meget at sige i de endelige aftaler. Det er disse aktører, som man søger at beskytte ved brug af AFTL § 36, da de kan anses for værende den svage part i aftaleforholdet. Store virksomheder kan vælge at søge vertikal integrering med virksomheder, hvilket vil gøre det mindre omkostningsfuldt for modervirksomheden, da den så ikke længere skal bekymre sig om leveringstider, priser etc. Problematikken ligger i, at det gør konkurrencen langt hårdere for de mindre leverandørvirksomheder. I dette lys har AFTL § 36 helt klart sin betydning og sin relevans for de erhvervsdrivende.

1.3.2 Juridisk afgrænsning

Da dette er en analyse af dansk ret, så afgrænser jeg mig fra al anden national og international ret.

³⁵ Se fx Sebastian dommen, U.2000.656H.

Der afgrænses fra andre danske love, og jeg bruger kun Aftaleloven i analysen. Når det er sagt, så nævnes der nogle steder i afhandlingen andre danske love og bestemmelser, men det er kun for at give en uddybende forklaring på de relevante problemstillinger.

Området for AFTL § 36 er stort, og der er mange forhold, som jeg gerne ville have inddraget, men som der bl.a. af pladshensyn ikke er mulighed for. Forholdet til AFTL § 38b om forbrugerkontrakter kunne have været interessant at se på, men jeg har valgt at afgrænse mig fra dette. Jeg ser ligeledes heller ikke på forbrugerforhold inden for AFTL § 36 og fokuserer kun på de kommercielle forhold.

Jeg afgrænser afhandlingen fra de andre ugyldighedsgrunde i aftaleloven, jf. Aftalelovens kap. III, bortset fra AFTL § 36. Jeg afgrænser mig fra § 36, stk. 2, 1. og 2. led, og ser kun på senere indtrådte omstændigheder, som er 3. led, men har selvfølgelig fokus på AFTL § 36, stk. 1. Senere indtrådte omstændigheder er de omstændigheder, som man af varierende grunde ikke har fået kontraheret om i aftalen. Der er situationer med fx force majeure, hvor parterne ikke eksplicit har taget højde for omstændighederne, men har ”pakket” dem sammen i en bred terminologi.³⁶ Den risiko, der skulle have været fordelt ved indgåelsen af aftalen, er ikke blevet fordelt, og det er derfor interessant og relevant at se på, hvordan domstolene vælger at allokere den.

Jeg afgrænser mig fra Markedsføringsloven³⁷, selvom der kunne være grund til at inddrage specielt lovens § 1 om god markedsføringsskik.

1.3.3 Økonomisk metode

Den økonomiske analyse i denne afhandling bygger på den retsøkonomiske metode. Retsøkonomien stammer fra USA, og inden for denne disciplin anvendes økonomiske teorier til at analysere de juridiske regler.³⁸ Domstolene er ikke forpligtet til at følge de fremkomne retningslinjer, men teorien bruges i videre omfang i den politiske proces, når der skal udformes nye retsregler.³⁹

³⁶ Dette diskuteres i Triantis artikel, som der bliver gået mere i dybden med i kapitel 6.

³⁷ LBK nr 58 af 20/01/2012

³⁸ Wilhelmson, s. 5

³⁹ Se fx Kommissionens meddelelse 2009/C45/02, som omhandler konkurrenceretlige regler baseret på en retsøkonomisk analyse

I afhandlingen behandler jeg retsøkonomiske teorier, som forklarer hvornår og hvorfor, en skriftlig aftale eller aftalevilkår bør tillades tilsidesat på grund af senere indtrådte omstændigheder. Teorierne bygger på den økonomiske opfattelse af efficiens og forklarer, hvorfor det rent samfundsøkonomisk er optimalt at foretage en subjektiv fortolkning af aftaler.⁴⁰

I min afhandling er det relevant at se på, hvordan den optimale kontrakt skal fortolkes. I denne henseende er det ligeledes relevant at se på, hvilke forhold som gør sig gældende, når man taler om den hypotetiske partsvilje og det resultat, som der herefter kan udledes.

Ligeledes er det væsentligt at se på domstolenes rolle, og den hensynsafvejning, som de skal tage mellem fleksibilitet og gennemskuelighed.

1.3.3.1 Økonomisk teori

For at forstå hvorfor virksomhederne agerer, som de gør, er det centralt at se på økonomisk teori, da den kan give et indblik i de overvejelser, som virksomheden har.

Neoklassicismen forklarer markedsøkonomien ved brug af udbud og efterspørgselsteorier. Disse bygger igen på begreber som udbud, efterspørgsel, prisfastsættelse og indkomst begrænsninger. På denne baggrund vil alle individer (dette kan også være virksomheder) forsøge at maksimere deres nytte/profit. Dette er en del af forklaringen på, hvorfor kontrakter anses for at søge mod den maksimerende løsning for parterne.

Neoklassicismen bygger på følgende antagelser;⁴¹

1. Individer har rationelle præferencer for resultater, som kan identificeres og associeres med værdi.
2. Individer maksimerer deres egen nytte/profit.
3. Individer handler selvstændigt på den information, og anses for at have fuld information.

⁴⁰ Ved subjektiv fortolkning inddrages parternes formodede vilje og de fortolkningsbidrag, som kan hjælpe til dette, Andersen s. 315 ff.

⁴¹ Knudsen, s. 52 ff.

Fra neoklassicismen er Pareto-optimalitets begrebet udsprunget, som en stor del af denne afhandling bygger på, da parterne i en aftale anses for at indgå Pareto-optimale kontrakter. I en Pareto-optimal kontrakt ved parterne, at de har maksimeret deres fælles aftale, og at de ikke kan optimere den yderligere.⁴² Pareto-optimalitet anses for at være en del af ”hybrid”-modellen, som forsøger at kombinere den traditionelle neoklassiske teori med den ny-institutionelle teori, som inddrager flere elementer fra den virkelige verden.⁴³

I den neoklassiske teori bliver virksomhederne anset for værende en ”sort box”, hvor der ikke kommer input ind, og som ikke bliver påvirket af virkeligheden omkring den.⁴⁴ Da det ikke forklarede alle de mekanismer, som der er i markedsøkonomien, var der flere teoretikere, som kritiserede teorien som værende ukomplet. En af disse var Ronald Coase, som argumenterede for, at transaktionsomkostninger havde en kæmpe effekt på den måde, virksomheder drev deres forretning på.

Den ny-institutionelle økonomiske teori bringer flere og mere virkelighedsnære elementer med i analysen, som fx organisationsmønstre, ejendomsrettigheder, transaktionsomkostninger, forhandlingsmagt, asymmetrisk information, strategisk adfærd, begrænset rationalitet, usikkerhed, incitamenter etc.

I den ny-institutionelle teoris verden kan man ikke længere udelukkende se på den rene maksimeringsbetingelse, da der optræder forhold, som gør det vanskeligt og fordyrende at opnå den pågældende situation. Når man går ud fra, at parterne har opnået en Pareto-optimal situation, skal man derfor have i tankerne, at der kan forekomme omstændigheder, som bevirker, at aftalen ikke længere er i det Pareto-optimale ligevægtspunkt, men har forskudt sig, hvorfor det kan være hensigtsmæssigt at justere på aftalen.

1.3.3.2 Retsøkonomien

I USA er der udledt to konklusioner på baggrund af retsøkonomisk forskning. Den ene er, at grundlæggende økonomiske principper som maksimering, ligevægt og effektivitet

⁴² Furubotn, s. 150

⁴³ Se i hovedtræk Furubotns artikel

⁴⁴ Knudsen, s. 52 ff.

er fundamentalistiske for at forstå og forklare store dele af retssystemet.⁴⁵ De økonomiske koncepter kan forklare formålet med og konsekvenserne af juridiske regler. Gennem disse analyser kan man derfor undersøge, om der er forhold mellem de traditionelle retlige hensyn og hensynet til økonomisk effektivitet. Den anden vigtige konklusion er, at retsreglerne bidrager til samfundsmæssig værdiskabning gennem bl.a. retspraksis.⁴⁶

Teoretisk set eksisterer den perfekte kontrakt, hvor alle tænkelige og mulige omstændigheder er omtalt og klassificeret.⁴⁷ I denne verden findes der ingen transaktionsomkostninger eller asymmetrisk information, og der er ingen grund til bekymring for domstolenes vurdering af sagen, da der ingen usikkerheder findes i kontrakten.

Virkeligheden ser dog meget anderledes ud. I praksis er der ingen som er i stand til, at skrive en fuldstændig kontrakt, der tager stilling til alle tænkelige og utænkelige scenarier.⁴⁸ Grundet netop transaktionsomkostninger og asymmetrisk information mellem parterne og på markederne, strukturel usikkerhed og domstolenes rolle, er den perfekte kontrakt ikke mulig at indgå. Parterne kan kun forsøge at få de mest tænkelige og relevante forhold med i kontrakten, og derudfra indsætte mere vage og brede definitioner af forhold, som kan tænkes at blive årsag til uenigheder. Af denne årsag inddrager jeg teori om ufuldstændige kontrakter, som forklarer hvorfor kontrakterne ikke altid bør fortolkes ordret.

Som jeg uddyber i denne afhandling, så sondrer retsøkonomisk teori mere end juraen gør, når man ser på urimeligheden af senere indtrådte omstændigheder, jf. AFTL § 36, stk. 2, 3. led. Den retsøkonomiske teori ser på "unconscionability" og "impracticability", hvor den førstnævnte omhandler de omstændigheder, som allerede er behandlet i kontrakten, men som pga. omstændigheder ved aftaleindgåelsen ikke kan anses for værende rimelige.⁴⁹ Disse begreber ligger meget tæt op ad de danske

⁴⁵ Wilhelmsen, s. 5

⁴⁶ Wilhelmsen, s. 7

⁴⁷ Shavell (1984), s. 121

⁴⁸ Pomar, s. 17

⁴⁹ Ostas, s. 648. Der nævnes bl.a. svig, bedrageri, svær udnyttelse af superior forhandlingsmagt etc.

ugyldighedsgrunde, hvorfor doktrinen også kan anses for værende brugbar med danske øjne.

Det sidst nævnte (impracticability) omhandler de omstændigheder, som der ikke er taget med i aftalen pga. fx uforudsigelighed eller omkostningsbetragtninger. Disse omstændigheder kan gøre kontrakten fordyrende for den ene eller for begge parter, og det er nødvendigt at re-allokere risikoen i kontrakten.

Jeg vil kort berøre teorien om good faith and fair dealing, da denne har en meget stor betydning i både international og dansk ret. Teorien forklarer et ulovreguleret princip, som gennemsyrrer både civil og common law retssystemer. Princippet er brugt stadigt, ofte og er velkendt, hvorfor det kan rubriceres som en retsgrundsætning. AFTL § 36 bygger på dette grundprincip, hvorfor jeg har vurderet det nødvendigt at medbringe teorien i hovedtræk. Som jeg oven for beskrev, så fanger ”impracticability” teorien ikke de omstændigheder, som parterne har kontraheret om, og jeg vil bruge denne sidstnævnte teori til at forklare, hvorfor disse aftaler i visse tilfælde burde revurderes.

1.3.4 Økonomisk afgrænsning

Den retsøkonomiske analyse tager udgangspunkt i teorien om ufuldstændige kontrakter, begrundelser for at tilsidesætte aftalevilkår som følge af ”impracticability” doktrinen og den hypotetiske partsvilje, som domstolene skal fortolke sig frem til.⁵⁰

Jeg har i denne forbindelse valgt at afgrænse mig fra en analyse af de kontraktretlige misligholdelsesbeføjelser som fx erstatning, som kunne have været en mulig måde at komme ud af kontraktrelationer på.

⁵⁰ Se fx Posner & Rosenfield, Shavell, Macneil etc.

2 Aftaleloven § 36

2.1 AFTL § 36

Som skrevet ovenfor er den primære regulering AFTL § 36, som med virkning fra d. 1.7.1975 blev den nye generalklausul.⁵¹

Bestemmelsen har været ændret to gange, og er i dag meget vidtrækkende, og giver domstolene stort subjektivt skøn i deres afgørelser.⁵² At bestemmelsen er en generalklausul betyder, at den har et meget bredt anvendelsesområde.⁵³ Bestemmelsen påberåbes ofte i dansk ret, og en af grundene hertil er, at den rækker tværs henover både skrevne og uskrevne ugyldighedsregler. Problemet med bestemmelsen er vurderingen af begrebet ”rimelighed”, som også behandles længere nede i dette afsnit.

De væsentligste ændringer kom med lovændringen i 1975. Ændringen i AFTL § 36 bygger på en redegørelse fra professor, dr. Jur. Stig Jørgensen, som i 1974 udarbejdede en redegørelse om formuerettens generalklausuler, herunder aftalelovens. Den foreslåede generalklausul skulle virke mod skadelig økonomisk virksomhed, og beskytte forbrugere og andre mod, at en økonomisk stærkere og mere sagkyndig part anvender standardkontrakter, der indeholder urimelige vilkår eller på anden måde benytter sig af sin overlegne stilling.⁵⁴ Stig Jørgensen fremhæver i sin redegørelse, at det ikke kun er forbrugere, som har behov for beskyttelse. Han nævner, at også erhvervsdrivende kan indtage stillinger, som ikke giver dem mulighed for at påvirke indholdet af de kontrakter, de indgår.⁵⁵

Ud over disse to hovedhensyn fremhæves det, at en generalklausul i aftaleloven særligt vil kunne bruges i aftaler, som er af en vis varighed.⁵⁶ Her var der et behov for, at man kunne lempe et aftalevilkår, der senere i aftaleforholdet viste sig, at være særlig byrdefuld for den ene part.

⁵¹ Lando, s. 187

⁵² Se Andersen, s. 423

⁵³ Andersen, s. 423

⁵⁴ Jørgensen, s. 19. Se ligeledes LFF1975.01.28 nr. 42 ”Forslag til Lov om ændring af borgerlig straffelov, aftalelov m.v.”.

Se også Andersen og Madsen, s. 207

⁵⁵ Jørgensen, s. 20

⁵⁶ Jørgensen, s. 22

Stig Jørgensen gør det klart, at ikke alle fordele på bekostning af modparten i kontraktforhold kan siges at være urimelige. I nogle situationer kan det være et udslag af den ene parts bedre forretningsevner.⁵⁷

Udkastet kom til at lyde således:

”En aftale kan tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimelig eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler.

Stk. 2 Ved afgørelsen efter stk. 1, kan der tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og omstændighederne i øvrigt”

Den endelige formulering lå meget tæt op ad forslaget, dog med den ændring, at der i stk. 2 kom til at stå *”...og senere indtrufne omstændigheder”*

I redegørelsen findes en vejledning til, hvad man bør lægge vægt på ved afgørelsen af, hvorvidt en aftale skal tilsidesættes helt eller delvist. Det primære fremhæves som værende, om der er en rimelig balance mellem de pligter, der påhviler parterne.⁵⁸ Her fremhæves købelovens⁵⁹ deklaratoriske regler⁶⁰, som en vejledning til, hvad der vil være en rimelig balance. Der bliver dog mindet om, at disse regler kun angiver, hvad der er en rimelig fordeling af rettigheder og pligter. De særlige forhold i en aftale kan bevirke, at man ikke kan gøre købelovens regler gældende analogt.⁶¹ Det er hele aftalen, som skal være baggrund for en evt. tilsidesættelse. Det er vigtigt, at man tager alle forhold med i overvejelserne, hvilket bevirker at en aftalebestemmelse, som stiller en part bedre end den anden kan anses for rimelig, hvis modparten så stilles bedre på andre områder.⁶²

⁵⁷ Jørgensen, s. 23

⁵⁸ Jørgensen, s. 27

⁵⁹ LBK nr. 237 af 28/03/2003

⁶⁰ Loven er som udgangspunkt deklaratorisk, dog med undtagelse af de bestemmelser, som har anvendelse på forbruger køb. Købeloven § 1, stk. 2 giver mere information. ”I forbruger køb, jf. § 4 a, kan § 2, stk. 1, § 4 a, § 50, §§ 55-58, §§ 74 og 75, § 76, stk. 1, nr. 1-3, og stk. 2 og 3, §§ 77-79, § 80, stk. 1, og §§ 81-87 dog ikke fraviges til skade for køberen”.

Der er i denne afhandling dog mest behov for at skele til de bestemmelser der omhandler købesummen, betaling, levering etc.

⁶¹ Jørgensen, s. 27

⁶² Jørgensen, s. 27

2.1.1 Udviklingen for AFTL § 36

Loven blev ændret igen i 1995, og der blev tilføjet en ekstra dimension til bestemmelsen, nemlig den at man nu kunne vælge at ændre aftalen.⁶³ Dette er et meget vidtrækkende værktøj i en lovgivning, hvor man ellers har aftalefrihed. Muligheden åbner op for, at man kan lade aftaler være i sin helhed, men sortere de dele fra som domstolene finder urimelige. Der er med ordlyden i AFTL § 36 rig mulighed for, at bruge bestemmelsen som grundlag for at løse eventuelle konflikter, som opstår som følge af uforudsete eller i øvrigt ændrede forhold.⁶⁴

Foretager man en ren ordlydsfortolkning af bestemmelsen kan man udlede, at aftaler kan helt eller delvis tilsidesættes, hvis det vil være i strid med god handlemåde eller urimeligt at gøre aftalen gældende. Hvordan man skal finde frem til, hvad der er urimeligt eller i strid med god handlemåde, siger bestemmelsen ikke meget om. Det eneste den nævner er, at man skal tage alle forhold i aftalen med i bedømmelsen, jf. AFTL § 36, stk. 2.

En smule hjælp til fortolkning kan findes i forarbejderne til ændringen fra 1995, hvor der står ”Således kan der lægges vægt på ethvert forhold, der har relation til aftalen og forholdet mellem parterne, herunder også omstændigheder, der indtræffer efter aftalens indgåelse”⁶⁵. Samme sted nævnes det, at man skal vurdere aftalens indhold med hensyn til de omstændigheder, som foreligger på det tidspunkt, hvor der bliver tale om at anvende aftalen. Denne formulering gør bestemmelsen særdeles relevant for kontrakter, der skal opfyldes over en længere varig periode. Den generelle urimelighedsstandard skal vejes op imod, om der kan siges at være en overlegen part i aftaleforholdet. Er der tale om en gensidigt bebyrdende aftale, skal der i bedømmelsen tages udgangspunkt i, om der er en rimelig balance mellem parternes pligter, og man kan her finde vejledning i de deklatoriske regler fra købeloven.⁶⁶

Det store brug af standardkontrakter betyder, at der oftere og oftere ikke bliver foretaget individuel forhandling af aftalevilkår. Risikoen er, at den udfærdigende part

⁶³ LFF1994-1995.1.27 ”Forslag til Lov om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område og visse andre love”

⁶⁴ LFF1994-1995.1.27, s. 3

⁶⁵ LFF1994-1995.1.27, s. 3

⁶⁶ LFF1994-1995.1.27, s. 3

(koncipisten) har haft mulighed for, at indsætte bestemmelser, som stiller ham betragtelig bedre end han ville, hvis aftalen havde været forhandlet parterne imellem. Dette er klart noget, som domstolene må tage stilling til ved deres beslutning om anvendelse af AFTL § 36. Bestemmelsen kan ligeledes bruges i lignende forhold, hvor der ikke er tale om standardaftaler, men hvor der alene er tale om misbrug af overlegen stilling.

Bestemmelsens stk. 1, 2. led, ”...hvis det ville være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende,” er meget bredt defineret, og der er derfor rig mulighed for åben fortolkning. Ordet *urimeligt* er værd at bemærke, da urimelighed ikke forudsætter underlegenhed. Dette understreger ligeledes, at der ikke nødvendigvis behøver være en decideret svag part i aftaleforholdet.

Betragtningen om rimelighed kan ofte ses i forhold til langvarige kontrakter, som ellers er rimelige og velafbalancerede, men som pga. ændrede omstændigheder kan føre til urimelige resultater.⁶⁷ Rimelighedsbedømmelsen er et grundlæggende retsprincip, som gennemsyrrer dansk ret. Allerede med DL 5-1-2⁶⁸ blev der indført en rimelighedsstandard for aftaler, og i dag er dette lige så relevant som i 1600-tallet.

Ved anvendelsen af AFTL § 36 består opgaven i, at foretage en afvejning af de relevante hensyn. De generelle kriterier kommer til udtryk i ordlyden i bestemmelsen – ”forhold ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder”. Specielt den sidste del af sætningen, som er afgrænsningen i denne afhandling, er værd at bemærke, da den adskiller AFTL § 36 fra AFTL § 39, 2. pkt., som vedrører de svage ugyldighedsgrunde.

Andre hensyn der skal tages stilling til, er de almindelige aftaleretlige hensynskriterier, som fx løftegivers subjektive vilje, modtagers tillid, ligevægtshensyn, proportionalitetshensyn etc.⁶⁹ Specielt tillidshensynet er relevant at understrege, da udgangspunktet med aftaler er, at de skal holdes. Der skal derfor ske en fortolkning af AFTL § 36 på en sådan måde, at dette ikke undermineres.⁷⁰ Dette bevirker, at hvis der

⁶⁷ Andersen og Madsen, s. 211

⁶⁸ Kong Christian Den Femtis »Danske Lov« af 1683

⁶⁹ Andersen, s. 428 ff.

⁷⁰ Andersen, s. 429

findes tvivl om rimeligheden af et løfte, og løftet ikke kan tilsidesættes efter andre aftaleretlige ugyldighedsregler, så bør konklusionen som hovedregel være den, at løftet ej heller kan tilsidesættes efter AFTL § 36.⁷¹

Der er 4 valgmuligheder for domstolene ved brug af AFTL § 36:⁷²

- 1) Hele aftalen kan tilsidesættes eller lempes
- 2) Enkelte vilkår i aftalen kan tilsidesættes eller lempes
- 3) Anvendelsen af aftalen eller et vilkår kan tilsidesættes i det konkrete tilfælde, men aftalen eller vilkåret opretholdes i øvrigt
- 4) Aftalen kan som helhed ændres

2.1.2 Den erhvervsdrivende og AFTL § 36

Det er vigtigt at understrege, at bestemmelsen finder anvendelse på kommercielle forhold, og der også mellem forretningsdrivende kan være stor forskel på styrkeforholdet, også mellem jævnbyrdige forretningsdrivende.⁷³ Der er specielt tanke på langvarige aftaleforhold, hvor omstændighederne omkring aftalen kan ændre sig i en sådan grad, at det ville være til stor ulempe, og ikke i aftalens ånd, at fortsætte på de fastlagte betingelser.⁷⁴ I disse aftaler er der dog som regel indsat genforhandlingsklausuler, hvilket indsnævrer AFTL § 36 betragteligt. I den økonomiske effektivitetsbetragtning er styrkeforholdet i sig selv ikke nok til at tilsidesætte aftaler. Det afgørende er, om der foreligger manglende evne til at forstå den aftale, som man indgår.⁷⁵ Af denne årsag ses grunden til, at man ikke behøver skelne meget skarpt mellem forbruger og erhvervsdrivende.

Der ses tendenser til at domstolene har stillet den erhvervsdrivende med en ringere grad af beskyttelse end forbrugeren. Dette har baggrund i, at den erhvervsdrivende i teorien burde være i stand til at tage vare på sig selv og sin forretning.⁷⁶ Erhvervslivet er dog

⁷¹ Andersen, s. 429

⁷² Andersen og Madsen, s. 222 ff.

⁷³ Andersen og Nørgaard, s. 180; Andersen og Madsen, s. 210. Se ligeledes forarbejderne, hvor det fremhæves, at også erhvervsdrivende kan være i en sådan underlegen situation, at de ikke har mulighed for påvirkning af kontrakter, der indgås.

⁷⁴ Andersen og Madsen, s. 211

⁷⁵ Wilhelmssen, s. 81 – den resourcesvage part ”lacks the aptitude, experience and judgemental ability to make a deliberative and well-informed judgement concerning the desirability of entering into a given complex transaction”

⁷⁶ Andersen & Madsen, s. 431

bygget op omkring flere lag, således at der findes små, selvstændige erhvervsdrivende, som ikke har den store faglige ekspertise eller ressourcer til at gennemtjekke alle forhold i de aftaler, som de indgår.⁷⁷ I det samme marked som den lille erhvervsdrivende findes de store erhvervsdrivende, som i denne sammenhæng har meget stor indflydelse på de kontrakter, de indgår. Dette er fordi, at de har muligheden for at stille ”take it or leave it” vilkår, som de mindre erhvervsdrivende kan være tvunget til at acceptere, hvis de ønsker at gøre forretning.

Der kan i nogle situationer være gode grunde til, at holde hånden over selv store virksomheder, da disse også kan være tvunget til, at indgå aftaler baseret på modpartens standardvilkår.⁷⁸ En af grundene til, at den store erhvervsdrivende heller ikke skulle kunne bindes, af de urimelig vilkår er, at det ville være samfundsøkonomisk dyrt. Hvis den erhvervsdrivende vidste, at der var rimelighedsstandarder på området, så ville det ikke være nødvendigt at gennemlæse alle vilkår og indgå lange, omkostningsfulde kontrakter med kontrahenterne.⁷⁹

Det er som regel det mest rationelle, at lade den part med det bedste og største overblik, bære risikoen for fortolkningsproblemer. Derfor findes der også i dansk ret en koncipistregel, som medfører, at vilkår og betingelser fortolkes mod koncipisten.⁸⁰

Det er forudsat, at man skal være påpasselig med, at ændre aftalevilkår i rene erhvervsforhold. I forarbejderne bemærkes, at der skal ”*udvises særlig tilbageholdenhed med at ændre aftalevilkår i rene erhvervsforhold, hvor aftalen bl.a. bygger på økonomiske og risikomæssige overvejelser m.v.*”⁸¹ I de fleste aftaler påtager den ene eller begge parter sig en vis risiko mod et forhøjet payoff.

Bestemmelsen kan bruges på aftaler, hvor det er påvist at den ene part økonomisk set stilles bedre samtidig med, at modparten ikke har nogen væsentlig interesse i at fastholde aftalen, hvilket på sin måde kan føres tilbage til proportionalitetsprincippet. Hvis der ikke er nogen interesse for modparten, men det er omkostningsfuldt for modparten, står aftalen ikke som velafbalanceret og midlerne står ikke i forhold til det

⁷⁷ Lando, s. 189

⁷⁸ Lando, s. 190

⁷⁹ Lando, s. 190

⁸⁰ Se afsnit 1.3.1 om mere vedr. koncipistreglen.

⁸¹ LFF1994-1995.1.71, s. 5 Se ligeledes Andersen og Madsen, s. 225 og s. 212 og Andersen, s. 426

endelige formål. Se fx U.2004.1968V, hvor en købmand havde indgået to aftaler med en supermarkedskæde - en kædeaftale og en samarbejdsaftale. Købmanden valgte at opsigse kædeaftalen med det påbudte opsigelsesvarsel, men opsagde ikke samarbejdsaftalen. Da det ikke var godtgjort, at det havde nogle betydning for supermarkedskæden, om købmanden udtrådte af aftalen på samme tid som med kædeaftalen, og at dette havde væsentlig betydning for købmanden, valgte landsretten, at frigøre købmanden for samarbejdsaftalen. Dommen er et eksempel på, at den ene parts økonomiske interesser, mod mangel på samme fra modparten, kan være en betydende faktor i spørgsmålet, om hvorvidt AFTL § 36 finder anvendelse.

AFTL § 36 bruges specielt ved konventionalbudsforpligtelser, hvor størrelsen af boden bliver prøvet nedsat i medfør af AFTL § 36. Den forhenværende § 36 tog specielt sigte herpå⁸², og det er helt i den nuværende § 36's ånd, at den bliver anvendt på disse forhold. Igen skal man være påpasselig med at nedsætte disse bodsforpligtelser, da de er en del af et afvejet samarbejdsforhold mellem professionelle parter. I denne afhandling er konventionalbod af mindre betydning, da der i langt størstedelen af anvendt retspraksis ikke forelå en senere indtruffen omstændighed efter min definition.

I AFTL § 36 stk. 1 står der, at aftaler kan tilsidesættes, hvis de findes urimelige eller i strid med god handle måde. Spørgsmålet er dog, hvad der skal til, for at man kan sige, at et aftalevilkår er urimeligt?

Der er i retspraksis flere eksempler på, at vilkår som er usædvanlige enten i aftaleforholdet eller i branchen kan blive tilsidesat som urimelige. Se fx U.1953.674H, hvor en bod blev nedsat, da aftalens opsigelsesvarsel var betydelig længere, end hvad brancheorganisationen anbefalede. Det voksende antal af standardaftaler, som også erhvervsdrivende indgår, betyder at man ikke altid er med til forhandlingen af selve aftalen, og man derfor underskriver en aftale i den tro, at den ligner tilsvarende aftaler inden for samme branche. Dette sidestilles med de situationer, hvor den ene aftalepart fraviger sin normale kutyme/behandling af den anden part. Der er i de disse situationer opstået en form for sædvane, som kan siges at være bindende, jf. U1984.811H.

⁸² Andersen og Madsen, s. 205

3 Retspraksis

Som skrevet ovenfor i kapitel 1, så er der en hel del retspraksis på området, da AFTL § 36 påberåbes i mange forskellige sager grundet sin status som generalklausul.

Gennemgangen af de mange domme besvarede en del af de spørgsmål, jeg havde inden, jeg gik i gang, men nogle afgørelser fremstod ikke gennemargumenterede og kom ikke med en uddybende forklaring på, hvorfor netop denne sag fik et positivt eller negativt udfald. Det kan derfor i nogle af afgørelserne være svært at komme med en teoretisk forklaring på dommens resultat, selvom der antydes, at det er det generelle rimelighedsprincip, som har gjort udfaldet i de afgørelser, hvor AFTL § 36 har fundet anvendelse.

3.1. AFTL § 36 påberåbt og anvendt

Der er i min analyse af retspraksis fundet mange eksempler på partiel ugyldighed, og situationer, hvor domstolene har valgt at ændre aftalens indhold. Der er meget få situationer, hvor man kan se hele aftalen tilsidesat. Se dog U2004.1968V, hvor en samarbejdsaftale blev helt tilsidesat. Dette skete dog efter, at en anden del af en samarbejdsaftalen var ophørt.

3.1.1 Kontrakttyper

1. Konventionalbod

Området omkring konventionalbod er et område, hvor AFTL § 36 har haft sin store betydning. Den gamle AFTL § 36 indeholdt en specialbestemmelse om adgang til nedsættelse af konventionalbodsforpligtelser, og dette område er nu opsamlet i den ”nye” § 36.⁸³ Andersen og Madsen bemærker, at retspraksis generelt tilsiger, at man som *udgangspunkt* ikke lemper konventionalbodsbestemmelser påtaget af erhvervsdrivende.⁸⁴

De situationer som jeg har inddraget under denne underkategori har et islæt af senere indtrådt omstændighed idet, at den udløsende faktor ikke er en del af det sædvanlige aftalegrundlag. Der er altså ikke belæg for, at løftegiver har kunnet eller burde indse, at

⁸³ Andersen og Madsen, s. 205 og s. 215

⁸⁴ Andersen og Madsen, s. 215

hans handlinger vil udløse bodsforpligtelsen. Denne afgrænsning har indsnævret afsnittet om konventionalbod en betragteligt.

Konventionalbod bliver pålagt efter aftale i de tilfælde, at en forpligtelse ikke bliver opfyldt (til tiden), at en given handling bliver foretaget, eller at en givet handling ikke bliver foretaget.⁸⁵ Konventionalbodsforpligtelser bliver som hovedregel indsat i aftaler mellem erhvervsdrivende. Af denne grund er det et oplagt område at se på i denne opgave.

Konventionalbod indsættes ofte som konsekvensen på en brudt konkurrenceklausul. Reglerne vedr. brugen af klausulerne skal først og fremmest findes i Funktionærloven. Jf. Funktionærloven analogt, så skal en konkurrenceklausul aflønnes. Det skal ligeledes nævnes at klausuler, som går videre end, hvad der er nødvendigt hvad angår længde, geografi, branche etc., vil være ugyldige, jf. AFTL § 38.⁸⁶

Da der ses på aftaler mellem professionelle parter, er det vigtigt, at man ikke hopper ud i brug af AFTL § 36 i alle tilfælde, hvor den ene part påberåber sig den, som følge af en fejlslagen aftale. Der skal noget ekstraordinært til, da man som *udgangspunkt* må antage, at parterne har haft en ligelig forhandlingsstyrke ved aftaleindgåelsen. Dette betyder, at der burde have været foretaget en risikoafvejning i forhold til pris, forsikringsforhold etc., således at parterne har været fuldt ud bevidst om, hvad der var de gik ind i. Hvis der alligevel er aftaler, hvor omstændighederne har betydet, at forudsætningerne for aftalen har forskudt sig, så er der mulighed for, at bruge AFTL § 36 og derved udjævne aftalen.

I mange brancher er der indgået brancheaftaler, som er forhandlet på plads mellem professionelle parter, hvorfor de som regel afspejler rimelige forhold og afvejninger på tværs. I disse tilfælde skal der overvejes nøje inden aftaleforholdene dømmes ugyldige. Samtidig er branche – og organisationsaftalerne ofte brugt som rettesnor for, hvad der skal anses som værende rimeligt.⁸⁷

⁸⁵ Andersen og Nørgaard, s. 172

⁸⁶ Andersen & Lookofsky, s. 54

⁸⁷ LFF1994-1995.1.27, s. 4, "En handlemåde er dog ikke rimelig, alene fordi den er sædvanlig på det pågældende område"

I U.2009.2800SH var der i et ansættelsesforhold mellem Logistics Consult A/S og uafhængige vognmænd indsat en konventionalbod, som ville træde i kraft, hvis vognmændene i en periode på 2 år efter samarbejdet indgik i "illoyal konkurrence" med konkurrerende virksomheder. Ydermere var der indsat en bestemmelse om at konventionalboden ville indtræde, hvis vognmændene indlod sig på samarbejde med UPS, da dette var en stor kunde for Logistics Consult A/S. Da UPS opsagde kontrakten med Logistics Consult A/S opsagde virksomheden aftalen med vognmændene med 2 dages varsel, og ikke den i kontrakten aftalte måned. Vognmændene påtog sig kørselsopgaver for en anden virksomhed, som havde aftaler med UPS. For dette forhold mente Logistics Consult A/S at vognmændene skulle betale konventionalbod.

Sø – og Handelsretten slog fast, at det ikke var vognmændenes skyld, at Logistics Consult A/S mistede kontrakten med UPS, og da virksomheden ikke stod til at få den pågældende kontrakt tilbage, sammenholdt med den direkte misligholdelse af ansættelsesforholdet med vognmændene, kunne konkurrenceklausulen ikke opretholdes, og konventionalboden kunne ikke kræves betalt. Ud over disse forhold var forholdene for indgåelse af konkurrenceklausuler ikke opfyldt, og klausulen var usædvanlig langvarig.

I U.2009.2800SH var der grov misligholdelse af ansættelseskontrakten, og der var ikke indgået aftale om aflønning af konkurrenceklausulerne. I det hele taget var der mange ting i sagen, som ikke afvejede parternes interesse. Vognmændene fik hele risikoen og ingen payoff for deres deltagelse i aftalen. Man kan ligeledes argumentere for, at de var den "svage" part i forholdet, da de påtog sig arbejde for en etableret vognmandsforretning.

2. Obligationsretlige tvister

Dette er et område, hvor der af mange årsager er en hel del retspraksis.⁸⁸

Problemstillingerne i dette afsnit cirkulerer om urimelige aftalevilkår, og om hvorvidt de skal fjernes fra aftalegrundlaget. Der er altså ikke tale om nedsættelse af bøder eller lignende, men en decideret ændring af det aftalte kontraktretlige grundlag. Der vil

⁸⁸ AFTL § 36 er en generalklausul og kan påberåbes i mange former for aftaleforhold. Afsnittet om obligationsretlige tvister samler de afgørelser op, som ikke passer ind i nogle af mine andre underafsnit.

komme eksempler på aftaler, hvor den ene part pludselig står i en situation, som ikke var en del af den oprindelige bagtanke ved indgåelsen af aftalen.

Der ses flere eksempler på, at domstolene nægter at nedsætte forpligtelser i tilfælde, hvor den ene part er medansvarlig for det den uhensigtsmæssige situation, som parten finder sig i, jf. U.1986.496H, hvor en udlejer af automobiler (FC) ikke har sørget for overdragelse af udbetalt depositum før overtagelse af forpligtelser og rettigheder fra anden udlejer (M). Det medførte, at den sagsøgte havde lov til at modregne depositummet, da sagsøgte måtte gå ud fra, at FC havde fået stillet beløbet til rådighed af M. Denne dom er adskiller sig fra andre, da der i rettens udtalelser tages direkte stilling til AFTL § 36 og forholdet til erhvervsdrivende. Dommerne udtaler bl.a.; ”*Selv mellem ligevægtige erhvervsdrivende vil det under visse omstændigheder være urimeligt, hvis modregning med depositum skulle være udelukket.*” Der bliver her henvist til, at der selv mellem jævnbyrdige kan opstå situationer, som må anses for værende klart urimelige set i forhold til hele aftalen. Det er relativt få gange, at domstolen rent faktisk kommer med disse *obiter dictum*⁸⁹ i forhold til den mængde sager, der er analyseret.

Når der er tale om langvarige kontrakter, kan det være svært at gennemskue fremtidige forhold, og komplette kontrakter kan derfor være svære at skrive. Er der samtidig ikke indsat genforhandlingsklausuler, kan man ende med en kontrakt, som er komplet ude af trit med tiden. I SH.2011.H-105-04S var en aftale vedr. begrænsning af et supermarkeds salg af brød over for en bagerforretning indgået i 1970. 35 år senere har markedet ændret sig så meget, at det ikke længere er holdbart for supermarkedet ikke at måtte sælge brødprodukter på trods af den indgåede aftale.

Sø – og Handelsretten slog fast, at det ville være ganske konkurrenceforvridende at forbyde supermarkedet at sælge brød. Samfundsudviklingen havde betydet, at aftalen ikke længere kunne anses for rimelig, hvorfor domstolen lempede aftalen som følge af AFTL § 36.

En kendt sag som også skal nævnes her er U.2002.1224H, også kendt som Tango Jalousi. Aftalen blev indgået første gang i 1923 og indeholdt aftale om overdragelse af

⁸⁹ Obiter dictum er ikke nødvendig for afgørelsen i en konkret sag, og er derfor ikke at anse som værende præcedens skabende.

visse kompositioner fra komponisten Jacob Gade, G, til musikforlaget M. Senere blev der indgået aftale med forlaget W om rettighederne til yderligere værker. I 1925 blev aftalen imidlertid misligholdt, da G udgav Tango Jalousi på eget forlag. En forligsaftale blev indgået, hvilket resulterede i, at G's eget forlag udgav musikstykket, men W skulle have en del af overskuddet.

Ved sin død oprettede G et legat, som skulle hjælpe unge, musikinteresserede mennesker. I 1991 blev legatet utilfredse med den foreliggende fordelingsnøgle til omsætning, og at der var begrænset tilgængelighed til G's værker (noder etc.), som de mente skyldtes forlaget W's manglende interesse i at udbedre kendskabet til G. Legatet påberåbte sig AFTL § 36, da de mente, at aftalerne måtte være udløbet, og da G måtte være at sidestille som en forbruger i aftaleforholdet.

Landsretten lagde vægt på, at G som komponist og forlægger i mange år måtte have godt kendskab til branchen. Af denne ene årsag kunne man ikke anse ham for at agere som privatperson, og derfor ikke at sidestille som forbruger.⁹⁰ Samtidig blev der udtalt, at den ændring som samfundet har gennemgået siden indgåelsen af disse aftaler, ikke kunne forudses i aftalen af 1923, men at den løbende har været til gavn for begge parter, hvorfor Landsretten ikke ville tage legatets påstand til følge.

Højesteret lagde vægt på, at der mellem forlag og komponist ligger en væsentlig risk/reward afvejning. Risikofordelingen er noget, som man aftaler, og som man herefter enten vinder eller taber på. Højesteret udtalte yderligere, at specielt ophavsrettigheder kan strække sig over mange år, og at de kan blive udnyttet på en måde, som har været umulig at forudse ved aftaleindgåelse. Aftalen fra 1925 har betydet, at W har kunnet nyde godt af eksploderet salg af Tango Jalousi uden dog at påtage sig noget af risikoen for succes/fiasco. Da denne aftale adskiller sig væsentlig fra, hvad nutidens almindelig misligholdelsesbeføjelser ville have opnået⁹¹, blev denne del af aftalen tilsidesat, jf. AFTL § 36.

⁹⁰ Samme argumentation bruges i Tintindommen.

⁹¹ De almindelige misligholdelsesbeføjelser består af enten natural opfyldelse, ophævelse af aftaleforholdet eller økonomisk kompensation i form af afslag eller erstatning. Erstatningen kan enten være negativ kontraktinteresse, hvor aftaleparterne stilles som kontrakten ikke var indgået eller positiv opfyldelsesinteresse, hvor aftaleparterne stilles som var aftalen indgået.

En dom der er værd at bemærke er U.2000.656H, også kaldet Sebastian-dommen. Den er ikke afgjort efter AFTL § 36, men det kunne den i teorien godt. Den er i stedet blevet afgjort ved brug af forudsætningslæren og rimelighedsvurderinger, som ligger meget tæt op ad AFTL § 36.

Komponisten Sebastian havde efter bestilling fra Det Kongelige Teater komponeret musik til en ballet. Koreografen meldte imidlertid fra uventet, og teatret kunne derfor ikke opføre balletten. I kontrakten havde Sebastian accepteret at modtage et honorar på kr. 100.000, idet hans øvrige betaling skulle være 15% royalty pr. opførelse. Det skal bemærkes, at et én gangs honorar på kr. 100.000 er lavt. Da balletten ikke blev opført fik Sebastian ikke de royalties, han havde forventet at modtage for sit arbejde.

Højesteret synes at have foretaget en vurdering af, hvordan aftalen ville have set ud, hvis omstændigheden med koreografen havde været kendt på aftaletidspunktet. I præmisserne nævnes det, at Sebastian er overordentlig populær, og derfor kunne have set frem til tantiemeindtægter i størrelsesordenen kr. 1 mio. pr. værk. Højesteret bemærker endvidere, at Sebastian ikke ville have påtaget sig opgaven til et lavt honorar på kr. 100.000, hvis han havde vidst, at der var en sandsynlighed for, at værket ikke ville blive opført. ”...den manglende opførelse har således afgørende forrykket den forudsatte balance mellem (Sebastians) indsats og vederlaget herfor.”

Dommen er opsigtsvækkende, da Højesteret rent faktisk anvender de økonomiske betragtninger, som der bliver beskrevet nedenfor. Diskussionen kunne rettes mod problemstillingen, om hvorvidt parterne *burde* have taget hensyn til situationen i kontrakten, og da parterne er topprofessionelle kan der argumenteres for, at problemet med en manglende koreograf skulle være forudset ved kontraktindgåelsen.

Diskussionen bliver relevant, når man begynder den retsøkonomiske analyse, da den bagvedliggende teori tager sigte på netop denne sontring.

Ligesom på området med konventionalbød har det stor betydning for fortolkningen af aftaler, om der findes branchevilkår, og om hvorvidt disse efterleves. I dansk ret bruges sædvaner og kutyper ofte som fortolkningsbidrag, da de opstår som følge af fast og regelmæssig brug af parter på begge sider af forhandlingsbordet.⁹²

⁹² Nielsen og Tvarnø, s. 185

I U.1981.870V blev fx leasingaftaler tilsidesat, da aftalens vilkår var ”usædvanlige” for branchen. Desuden var der udøvet passivitet, som medførte at yderligere krav overfor leasingtager ikke kunne opretholdes, og aftalen blev tilsidesat, jf. AFTL § 36.

Den grundlæggende ide bag kontrakter er, at de skal være værdiskabende for begge parter. Kontrakter skal være afbalancerede, så den ene part ikke yder/nyder mere end modparten i aftalen. Samtidig kan det reelle udfald af aftalen betyde, at opretholdelse i den pågældende form ville være fuldstændig urimelig.

I U.1998.281H udmeldte Danske Malermestre (DM) sig fra BYG efter kun 6 måneders deltagelse. Ved indmeldelsen blev der indskudt et betydelig beløb i BYG's hjælpefond, og ved udmeldelsen ønskede DM dette beløb tilbageført. På trods af en tydelig bestemmelse i aftalen vedr. andel i formuen ved udmeldelse blev denne del af aftalen tilsidesat, da der fandtes at foreligge helt specielle omstændigheder. Da det var samtlige malerforeninger, som udmeldte sig fra BYG forelå der *ikke* en udmeldelse, men en decideret spaltning, hvorfor domstolen fandt det urimeligt, jf. AFTL § 36, at afskære DM fra deres del af formuen i hjælpefonden. Forholdet om spaltning var ikke reguleret i aftalen. Der er lagt udtrykkelig vægt på urimelighedsbedømmelsen fra domstolens side.

Det er værd at bemærke, at DM påberåbte sig ikke blot AFTL § 36, men ligeledes forudsætningslæren, som dog blev nægtet anvendelse. Det bemærkes af Højesteret, at der foreligger ”*ganske særlige omstændigheder*”, som ikke bør afskære Danske Malermestre fra at få andel i hjælpefonden, jf. AFTL § 36, men ud over denne bemærkning bliver der ikke fremlagt yderligere argumenter. Det bemærkes ydermere, at lod man dem ikke få andel af fonden, ville det føre til et økonomiske set urimeligt resultat.

Samme konklusion kom man frem til i U.1991.4/3H, hvor en aftale om udpegelse af administrator i boligforening ikke opfyldte den oprindelig bagtanke, og aftalen blev tilsidesat, jf. AFTL § 36. Sagen omhandler en ejerforening, hvor samtlige lejligheder skulle være solgt, eller pantebrevet nedbragt til under en fjerdedel af pålydende, før ejerforeningen kunne få ret til at udpege administrator. Sagsøger begrundede anvendelse af AFTL § 36 ved at, ”...den pålægger ejerforeningens øvrige medlemmer urimelige

byrder til fordel for restejerne". Landretten udtalte, at det "...må anses som uvist, hvornår disse betingelser for, at restejernenes eneret til at udpege administrator og dermed at styre administrationen ophører, og dette kan meget vel ske i en ret fjern fremtid". Deklarationen kunne derfor ikke anses som værende bindende for ejerforeningen. Udover henvisningen til det tidsmæssige er der ikke andre forhold, som domstolen lægger til grund for sin beslutning. Rationalerne bag kan være, at sagsøger ikke har haft til hensigt, at afskære egne rettigheder over en tidsperiode så langtrukket som det er tilfældet i denne sag.

En sag, der er meget speciel alene af den grund at AFTL § 36 ikke blev brugt til at nedsætte, men *øge* et aftalt beløb er U.2004.2518V – også kendt som "Den Lejede Mark" - dom. Den oprindelige lejeaftale var blevet indgået i 1847 med et fastsat årligt lejebeløb, som var svarende til kr. 10 i 2004. Aftalen indeholdt ikke bestemmelser om opsigelighed eller regulering, men da ejer ved købet af ejendommen allerede var opmærksom på dette, kunne aftalen ikke tilsidesættes i sin helhed. Den daværende lejer havde betalt kr. 8.000 p.a. på trods af den oprindelig aftalte leje, men den nye ejer ønskede at øge denne til kr. 10.000 p.a. Da der ikke forelå nærmere oplysninger om, hvad markedslejen for denne type jord ellers skulle være, så fastsatte landsretten lejen til kr. 8.000 p.a., og øgede dermed den oprindelige leje.

3.1.2 Delkonklusion

Den mest almindelige brug af AFTL § 36, er at der bliver *ændret* delvist i aftalerne, og det er meget sjældent at hele aftalen tilsidesættes fuldstændigt.

Bestemmelsen har ikke til formål, at stille en part langt bedre økonomisk og rettighedsmæssigt end tilfældet havde været, hvis aftalen var blevet opfyldt til punkt og prikke. Alle omstændigheder omkring aftalen skal tages med i bedømmelsen, og det er sjældent at boden nedsættes som følge af ét enkelt forhold. Erstatningsudmålingen må siges at være resultat af negativ kontraktsinteresse, da parterne forsøges stillet, som var aftalen ikke indgået. Man får kun dækket de konkrete udgifter, som er blevet erholdt til indgåelsen af aftalen. Man får som udgangspunkt ikke dækket evt. fremtidige udgifter/indtægter.

En gruppe af afgørelser, hvor man kan se en tendens, er afgørelser af længerevarende kontrakter. I disse afgørelser ser man, at der tages hensyn til samfundsudviklingen nu i forhold til kontraheringstidspunktet. Der skal ses på sagen i lyset af den tid, hvor aftalen opfyldes. Er der sket store ændringer og/eller har samfundet og tiden ændret sig væsentligt, så er det en mulighed, at aftalen ikke længere kan anses for at være rimelig, jf. U2002.1224H, SH.2011.H-105-04S og ikke mindst U.2004.2518V.

Det er ikke meningen, at den ene aftalepart skal kunne få ekstraordinært udbytte af en brudt aftale. Det er ligeledes heller ikke meningen, at en aftalepart skal kunne nyde godt af aftalebestemmelser, som er konciperet for mange år siden, og som i dag ikke kan anses for at opfylde den egentlige hensigt med aftalen.

3.2. AFTL § 36 påberåbt, men ej anvendt

Skal man kunne vurdere, hvornår domstolene tillader anvendelse af AFTL § 36, så er det relevant at se på de situationer, hvor ønsket om tilsidesættelse/nedsættelse ikke tages til følge.

3.2.1 Kontrakttyper

1. Konventionalbod

I U.1977.306H blev konventionalboden nedsat som følge af fortolkning, og ikke som følge af AFTL § 36 på trods af sagsøgtes ønske. Sagen vedrørte levering af et ”nøglefærdigt” anlæg, men ud over dette var aftalen ikke fyldestgørende på det omstridte område, hvorfor der indtræf omstændigheder, som ikke specifikt var reguleret i aftalen.

Det blev anset for at være normal praksis i branchen, at man kunne tilføje ændringer eller forbedringer løbende i et projekt, og at leverandøren måtte stå for denne risiko. Forsinkelserne blev fortolket til dels begge parters skyld, og boden blev nedsat som følge af force majeure og på baggrund af branchekutymmer. Som nævnt i kapitel 1, så er branchekutymmer som regel udviklet, og i nogle tilfælde forhandlet, mellem modstående interesseorganisationer, som handler på deres interessenters vegne. Mange af de forhold og situationer, som normalt giver anledning til uenigheder er derfor behandlet og reguleret i fx agreed documents⁹³. Selvom vilkårene ikke nødvendigvis er nedskrevet, er

⁹³ Har form af standardaftaler. Kan nævnes AB 92, NSAB2000.

der dog stadig en formodning om, at sædvaner og kutymmer kan være bindende for parterne, jf. diskussionen i kapitel 1.

I denne type situation kan man sige, at begge muligheder, både fortolkning af selve aftalen og brugen af AFTL § 36, kunne være blevet valgt. Hvorfor man vælger den ene frem for den anden står ikke klart. Det kan argumenteres, at man ved at bruge AFTL § 36 undgår en masse fortolkningsafvejning, men at man ved at fuldføre en fortolkning kommer frem til den aftale, som parterne hver især ville være kommet frem til, hvis de havde sat sig ned og forhandlet om vilkårene. Anvendelse af AFTL § 36 kan anskues som den lettest tilgængelige vej frem, hvor domstolene undgår at skulle tage stilling.⁹⁴

2. Obligationsretlige tvister

I det nedenstående kommer eksempler på de tilfælde, hvor domstolene *ikke* mener, at aftalen skal lempes, hvilket kan være af flere årsager. Specielt balancen i aftalen tages der højde for, og om den erhvervsdrivende burde have kendt til resultatet af aftaleindgåelsen, om aftalen er baseret på almindelige branchevilkår etc.

Branchevilkår

Når en sælger indgår aftaler med købere, så forudsætter man, at han har indsigt i de produkter han sælger. En sælger, som havde solgt produkter til to gartnerier kunne derfor ikke efterfølgende påberåbe sig AFTL § 36, da det viste sig, at hans produkter ikke kunne tåle de forhold, som de blev udsat for i de specifikke tilfælde, jf.

U.2006.87H. Sælgeren havde endvidere arbejdet med de pågældende gartnerier af flere omgange, hvorfor han måtte anses for at være vidende om de forhold, der var i gartneriet. Dog betød det ikke at gartnerierne kunne fralægge sig ethvert ansvar, da Højesteret samtidig afslog at tilsidesætte aftaler om ansvarsbegrænsning, da disse havde været klare og tydelige i det tillæg til aftalen, som begge parter havde modtaget sammen med tilbuddet. Da gartnerierne havde underskrevet selve tilbuddet, så måtte tillægget ligeledes anses for værende accepteret. Ved aftaler mellem erhvervsdrivende parter bliver der stillet større krav til formulering – og forståelsesevner⁹⁵, hvorfor ansvarsbegrænsningen ikke kunne tilsidesættes.

⁹⁴ Andersen og Madsen, s. 208

⁹⁵ Andersen og Madsen, s. 430 ff.

Branchevilkår blev udslagsgivende for udfaldet af U.2003.23H, som handler om udgivelsen af Tintin tekster. En tidligere ansat, S, havde i 1960'erne indgået en mundtlig aftale med forlaget C om oversættelse og udgivelse af tegneserien. Aftalen var, at S skulle modtage et honorar pr. side ved ny-udgivelser, men ikke ved genoptryk. Ved sin fratrædelse i 1975 skrev S under på, at han ved sin fratrædelse havde modtaget alt, der tilkom ham. På S' udgave af denne aftale var der påskrevet med håndskrift, at aftalen var tidsbegrænset til 5 år. Dette stod dog ikke på den af C arkiverede og underskrevne udgave. I løbet af 80'erne henvendte S sig af flere omgange til C, da Tintin var steget i popularitet, og han dermed mente han skulle have flere penge. Da S senere anlagde sagen for domstolene påberåbte han sig AFTL § 36, da han mente at aftalen var urimelig, at den måtte være tidsbegrænset.

Da sagen kom for Landsretten blev der lagt vægt på, at aftalen ikke var indgået som tidsbegrænset, da dette ikke var almindelig kutyme for branchen. S burde være bekendt med disse kutymer, da han havde siddet i høje stillinger inden for branchen. Da S samtidig ikke kunne bevise, at aftalen var *afgørende* ringere for ham end nuværende praksis ville være, kunne man ikke tilsidesætte aftalen.

Højesteret bemærkede endvidere, at S ikke i en lang periode fra 90erne til domsanlæggelsen gjorde nogle yderligere indsigelser, hvorfor der var udvist passivitet. Ligesom i Tango Jalousi oven for, så er aftalen strikket sammen på en sådan måde, at forlaget påtog sig en risiko for, at hæfterne aldrig blev en succes, men ligeledes ville få et payoff, hvis det viste sig at der var et marked for Tintin i Danmark. Da S måtte anses for værende en professionel part grundet hans lange, højtstående ansættelse i branchen, måtte aftalen være at anse som indgået mellem erhvervsdrivende parter, og risikoafvejningen antages at være taget med ind i overvejelserne ved aftaleindgåelse. Højesteret valgte derfor også at se bort fra kravet om tilsidesætte aftalen, jf. AFTL § 36.

Rimelige og afbalancerede kontrakter

Ideen om velafbalancerede kontrakter skinner specielt igennem på de nedenstående sager. Disse sager har alle det til fælles, at domstolene har vurderet aftalevilkårene til at være til gode for begge parter, og at der ikke er nogen, der har vundet på den andens bekostning.

I SH2003.H-0008-02 opstod der tvist om, hvorvidt en virksomhedsoverdragelsesaftale kunne tilsidesættes ved brug af AFTL § 36. R havde købt H, da ejeren, Peter Sørensen, gerne ville trække ned, og sønnen ikke ønskede at overtage. Overdragelsen var betinget af første års omsætning, som levede op til forventningerne. Forholdene i virksomheden blev dog værre og værre da R ikke ønskede at investere det fornødne i arbejdskraft og maskineri, hvorfor først Peter Sørensen opsagde sin stilling, og kort efter opsagde de resterende to medarbejdere ligeledes deres stillinger. R påberåbte sig både AFTL § 36 og læren om bristede forudsætninger, da opsigelserne medførte, at virksomheden ikke performede som forventet. H mente ikke, at R kunne påberåbe sig AFTL § 36, da det var dennes manglende lederegenskaber og manglende undersøgelse af maskineri, som havde fået virksomheden i uføre.

Domstolen understregede, at den aftalte minimumsomsætning var nået, og at der havde været rig mulighed for en grundig due diligence inden købet af virksomheden. Den afgørende uforudsete omstændighed var, hvorvidt man kunne have forudset på aftaletidspunktet at alle nøglemedarbejderne ville sige op. Selve aftalen indeholdt ikke nogle bestemmelser eller betingelser, som vedrørte medarbejderne i virksomheden, men fokuserede udelukkende på performance. Da det aftalte performancemål blev opfyldt efter det første år, må aftalen være at anse som opfyldt af begge parter, hvorfor R ikke kan stille større betingelser til aftalen.

En lignende afgørelse faldt i U.2001.1011H, hvor en selvstændig forhandler (P) af Carlsberg indgik aftale om overtagelse af Carlsbergs Varde-depot. For depotet var der udarbejdet budgetter og handlingsplaner, som kunne få depotet til at køre rundt. Der var talt om mellem parterne, at en omkostningsovervågning var nødvendig, da der ellers ikke kunne køres overskudsgivende forretning. P ansatte trods dette ekstra personale, og anskaffede sig en ekstra varevogn. Disse forhold medvirkede, at depotet ikke kunne køre rundt, da omkostningerne overskred det budgetterede. Carlsberg overtog senere driften, men ansatte P som leder – dog uden en egentlig skriftlig aftale. Der var ikke indgået en skriftlig aftale, men parterne aftalte det videre forløb på et møde. Carlsberg frigjorde her P for de forpligtelser, han ellers havde over for Carlsberg.

Senere i forløbet fratrådte P efter gensidig aftale med Carlsberg, da personalet ytrede utryghed ved Ps lederevner. P ønskede nu, at Carlsberg skulle erstatte en kassekredit

etc. Højesteret slog fast, at da P faktisk var blevet stillet bedre, end han ellers ville ved sin udtrædelse som ejer af depotet, og da han som forhandler for Carlsberg i mange år burde være indforstået med deres forretningsmetoder, ikke kunne påberåbe sig AFTL § 36.

I U.2001.1474H blev samme begrundelse brugt. En aftale om leje af skibe mellem rederiet, R, og skibsføreren, S, endte i en tvist om mellemværender. R varetog administrationen af S' økonomi, og gav i januar 1994 S besked om, at hans økonomi stod skidt til. Der blev på dette møde fremlagt kontoudtog, som viste, hvad der var skyldigt, og hvad der var indtjent. Parterne blev her enige om, at afgive saldoerklæringer og var enige om, at man herefter var hinanden kvit. Tvisten opstod pga. senere opståede udgifter. S mente, at saldoerklæringerne pr. januar 1994 betød, at man ville skadesløsholde ham for fremtidige poster, og R mente, at man kun blev kvit på allerede kendte udgifter. S påberåbte sig AFTL § 36, men retten mente ikke, at R havde afgivet et sådan løfte. Retten lagde til grund, at aftalen var indgået mellem erhvervsdrivende, og at den ikke havde været ubalanceret. S måtte derfor betale sine mellemværender.

Et trepartsforhold i U.2004.1751/2H mellem T, som var finansieringsselskab, S, som var forhandler af printer – og kopiudstyr, og Ø, som var kunde hos S, vakte problemer da S gik konkurs. Ø gjorde en tillægsaftale gældende over T, som var indgået med S vedrørende et maksimum på lejeafgifter. Tillægsaftalen var indgået som del af en aftale med S om køb af ny printer. Ø havde dog ikke råd til, at lejeudgifterne steg, hvorfor der blev indgået en tillægsaftale mellem S og Ø. S påtog sig at betale nogle af udgifterne til udskiftning af maskinel. T nægtede at anerkende tillægsaftalen, da de ikke havde set den før eller underskrevet den. Ø påberåbte sig AFTL § 36, da de anså Ts krav for værende urimeligt qua tillægsaftalen. Landsretten bemærkede, at Ø burde have vidst, at det var T, som var den endelige finansieringsgiver grundet velkomstbreve og logo på regninger. Ligeledes havde Ø tilsidesat sin oplysningspligt, da de ikke havde undersøgt markedsvilkår og priser på tilsvarende udstyr.

Højesteret fandt, at S havde erholdt nogle udgifter til betaling af det gamle printerudstyr, som Ø havde fået skiftet og dette fik afgørende betydning for udfaldet.

Aftalen havde været en ”god aftale” for Ø, hvorfor den ikke kunne tilsidesættes, jf. AFTL § 36.

Selv aftaler, der kan se ud til at være urimelige kan få lov at bestå, hvis der har været en god balance mellem forpligtelser og rettigheder. En landmand, som havde indgået en 10-årig forsikringsaftale kunne derfor ikke hæve aftalen og indgå en ny, kortere aftale med samme forsikringselskab, da han havde fået en god præmienedsættelse i forbindelse med indgåelsen af den lange aftale, jf. U.1982.176H. Dommen er afsagt med dissens både fra Landsretten og Højesteret. I landsretten var to af tre dommere enige om, at aftalen skulle tilsidesættes, jf. AFTL § 36, da det ville være urimeligt at fastholde en forsikringstager som indstævnte til en aftale med pålydende uopsigelighed. Den tredje dommer mente ikke, at der var belæg for at tilsidesætte vilkåret, da der ikke var tale om en forbruger, og da vilkåret generelt ikke stred imod aftaleloven eller markedsføringsloven. I Højesteret var det et modsat billede, nemlig at flertallet af 7 dommere ikke anså landmanden som forbruger, hvorfor vilkåret ikke kunne anses for værende urimeligt, og derfor ikke kunne tilsidesættes efter AFTL § 36. Afgørelsen er et godt eksempel på, at der er en fin linje i den analyse, som dommerne underlægger aftalevilkåret, og at der kan være store forskelle på, hvordan afgørelserne falder ud.

En anden interessant afgørelse faldt i U.1989.1039/3H, som omhandler problemer med nybyggede rækkehuse. Da husene stod færdigt og var blevet solgt, blev der konstateret sætninger i en del af husene. Entreprenøren (E) og grundejerforening (G) indgik aftale om udbedring og afhjælpning af skaderne og fremtidig sikring af de resterende huse. En efterfølgende skønsmandserklæring viste, at der kun var lille eller ingen risiko for sammenstyrtning eller forværrede tilstande i husene, hvorfor E begyndte at bakke ud af aftalen. E ville ikke længere holdes fast på udbedringen i de resterende huse, da dette ansås som spild af ressourcer og unødvendigt, jf. skønsmandsforklaringen. Det skal bemærkes, at skønsmandens erklæring ikke var medtaget som en del af aftalen. E påberåbte sig AFTL § 36, da han var af den overbevisning, at det ville være urimeligt at gøre aftalen gældende, når der nu var bevis for, at der var ingen eller kun lille risiko for yderligere sætninger.

Landsretten og Højesteret var enige om, at AFTL § 36 ikke kunne anvendes, og at E skulle stå ved sin aftale om de resterende huse. Det blev bemærket fra Højesteret, at

risikoen for at husene var behæftet med fejl var øget, hvorfor den fremtidige handelsværdi ville være påvirket. Dommen blev afgivet med dissens, hvor 2 af 5 dommerne mente, at man kun skulle give erstatning/udbedring for de allerede ramte huse, da det måtte antages at været kendeligt for grundejerforeningen, at forudsætningen for den nye aftale vedr. udbedring af samtlige huse, at husene faktisk var behæftet med mangler, som køberne ville kunne kræve udbedret eller erstattet. I denne afgørelse trumfer AFTL § 36 forudsætningslæren, som er meget interessant, men også forventeligt, jf. diskussionen i kapitel 1 vedr. den begrænsede betydning af forudsætningslæren efter implementeringen af AFTL § 36.

Servitutter og aftaler med det offentlige

Der findes en del praksis, som omhandler aftaler med det offentlige som part. Som regel vedrører de salg af byggegrunde, områder etc., og som oftest er der lyst servitutter, som giver den oprindelige ejer visse fordele. Dette er gjort af hensyn til samfundsmæssige forhold og hensyn. Ofte er der lyst en tilbagekøbsret, som sædvanligvis lyder på den oprindelige salgspris. Dette kan lyde uretfærdigt, da grundpriserne er steget væsentligt gennem tiden, men der har ligget helt klare hensyn bag. Disse hensyn kan bl.a. ligge i, at man ikke ønsker spekulationsopkøb på kommunens og borgernes bekostning.

I U.1986.242Ø solgte Næstved Kommune en byggegrund med en tilbagekøbsklausul. Tilbagekøbsklausulen havde til formål at hindre køber i at realisere en spekulationsgevinst ved videresalg af grunden. Den kreditforening, der havde overtaget grunden efter købers konkurs ønskede at sætte grunden på tvangsauktion, men dette var umuligt grundet servituttet. Kommunen havde altså ret til at købe grunden tilbage til salgsprisen på trods af de 17 år, hvor der var blevet betalt ejendomsskatter. AFTL § 36 kunne ikke anvendes, da Østre Landsret fandt tilbagekøbsklausulen forenelig med ønsket om at hindre spekulationssalg.

En anden aftale som sætter de almene forhold højest er U.1991.429/2H, som omhandler retten til at bebygge grønne arealer på et område, som er købt af Københavns Kommune. Salgsaftalen mellem Lyngby og Københavns kommuner forbød bebyggelse på grønne områder medmindre der var givet aftale herom. På trods af undtagelserne i aftalen var Lyngby kommunes anlæggelse af et ridehus et brud på denne aftale, og Lyngby blev opkrævet et tillægsgebyr på kr. 1 mio. Lyngby kommune påberåbte sig

AFTL § 36, da de mente, at byggeriet lå inden for undtagelserne, og at det dermed ville være urimeligt at lade dem betale.

Landsretten mente ikke, at der efter ordlyden af den indgåede aftale eller efter hidtidig anvendelse af AFTL § 36 var grundlag for, at ridehuset kunne opføres uden tilladelse. Højesterets dom var enslydende, dog med dissens. Mindretallet af dommerne mente, at tillægssumsbestemmelsen udelukkende var indsat, så Københavns kommune kunne få del i fremtidige værdistigninger, og at bebyggelsen faldt inden for undtagelserne.

Det kan umiddelbart virke som om, at kommunerne er bedre stillet i forhold til deres kontraktpartnere. Dog skal opmærksomheden henledes på U.2000.980Ø, hvor en kommunes ønske om at hæve lejen efter Erhvervslejeloven blev tilsidesat, da kommunen havde udfærdiget lejekontrakter med en meget klar lejeudregning. Dette er en smule i kontrast med U.2004.2518V, hvor ændring i forhold vedr. lejebetalinger ligeledes har ændret sig, men hvor AFTL § 36 faktisk bruges til at få aftalen ”up-to date”. I førstnævnte dom bliver koncipistreglen bragt i anvendelse, og aftalen fortolkes indskrænket og imod affatteren. I U.2004.2518V er situationen dog en anden, da der er gået mere end 100 år fra aftaleindgåelsen til domsafgørelsen.

3.2.2 Delkonklusion

Man kan konkludere, at der har været en meget klar aftale vedr. konventionalboden, hvornår den skulle udløses, og hvilken størrelse den skulle have.

De efterfølgende omstændigheder har ligeledes været nogle, hvor den ene part har haft en klar egen indblanding.⁹⁶ Sagerne, hvor AFTL § 36 bliver nægtet brug, har alle en snært af, at være en ”last resort” for sagsøgte, den sidste mulighed for at komme ud af en brudt aftale uden at skulle betale erstatning.

Hvad angår obligationsretlige tvister er det tydeligt, at domstolene bruger udfyldning og fortolkning i stor stil. De henter information og vejledning i gamle afgørelser, i litteratur og i markedet, hvor det er nødvendigt. Der tillægges stor respekt for aftalte branchevilkår, da man må gå ud fra, at det er kompetente parter, som har siddet på hver deres side og udarbejdet det mest optimale oplæg til aftaler. Findes der sådanne branchevilkår, så ligger domstolenes bedømmelse ofte ikke langt fra.

⁹⁶ Et element af egen skyld i forholdet.

Der bliver ligeledes lagt stor vægt på, hvorvidt der er et element af forudsigelighed. Har man fx været en del af en bestemt branche i længere tid, så bør man vide, hvordan disse brancher fungerer, hvorfor man ikke efterfølgende kan benægte aftalens indhold.

Aftalebestemmelser mellem erhvervsdrivende parter anses som hovedregel for at være blevet indgået som en del af større overvejelser. Dette gælder også for aftaler mellem kommuner og erhvervsdrivende. Bestemmelserne vedr. tilbagekøb til salgspris, brugsret etc., anses som værende indsat af en bestemt samfundsmæssig grund, og er derfor svære at tilsidesætte. Som oftest er de indsat, så der ikke kan ske spekulationshandler på kommuneborgernes bekostning, og dette accepteres af domstolene.

Er aftalerne samtidig velbalancerede og tilgodeser begge parter på væsentlige områder, så er der som hovedregel ingen belæg for at tilsidesætte dem helt eller delvist.

4 Retsøkonomi

Retsøkonomien er en relativ ny disciplin, som benytter anvendelsen af økonomi på retlige forhold.⁹⁷ Disciplinen er især præget af ”Chicago-skolen” med blandt andre Richard Posner i front. Chicago skolen er karakteriseret ved, at begrebet efficiens er bærende. Den retlige regulering bør udformes således, at den skaber økonomisk efficiens.⁹⁸ Posner har bl.a. skrevet, at *”the central meaning of justice, perhaps the most common is – efficiency... (because) in a world of scarce resources waste should be regarded as immoral.”*⁹⁹

I udgangspunktet anses det for velfærdsmaksimerende, når ressourcerne bliver allokeret derhen hvor de har størst værdi.¹⁰⁰ For at kunne definere dette bruges forskellige kriterier. Specielt to kriterier slår meget igennem i den retsøkonomiske diskussion, og det er Pareto-efficiens og Kaldor Hicks-efficiens. Pareto-efficiens opnås, når ressourcerne er fordelt på en sådan måde, at omfordeling ikke kan finde sted uden at mindst én part stilles ringere.¹⁰¹ Pareto-efficiens siges at være opnået, når parterne får forhandlet sig frem til den komplette kontrakt under de begrænsninger, der er tilstede på aftaletidspunktet – den Pareto-optimale kontrakt.¹⁰² Dette kan dog ændre sig senere hen, hvis omstændigheder indtræder, som ændrer aftalegrundlaget.

Det andet efficiens kriterium er Kaldor Hicks. Efficiens efter dette kriterium er, hvis ”vinderne” er i stand til at kompensere ”taberne” efter en omfordeling. Er dette en mulighed bør retstilstanden ændres, da det samlede resultat vokser så meget, at man i teorien kan kompensere for tab.¹⁰³ Problemet kan være, at der ikke tages stilling til de fordelingsmæssige konsekvenser. Netop fordi Kaldor Hicks begrebet forsøger at øge det samlede output, og derefter fordele den på en måde som maksimerer den samlede velfærd, kan begrebet være at anse som urimeligt eller unfair, da der ikke tages hensyn til fordelingen.

⁹⁷ Riis, s. 1152

⁹⁸ Økonomisk efficiens er lig med samfundsmæssig værdiskabelse. Nielsen, s. 424.

⁹⁹ Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (1998), s. 30

¹⁰⁰ Posner (2004), s. 3

¹⁰¹ Wilhelmssen, s. 35 og Riis s. 1155

¹⁰² Posner & Rosenfield, 98. Se også Schwartz, s. 276

¹⁰³ Wilhelmssen, s. 3

Set ud fra dette perspektiv kan der være omstændigheder, som godtgør en intervention fra domstolens side specielt i de tilfælde, hvor parterne ikke har været i stand til at forudsige fremtiden og i de situationer, hvor parterne bevidst har undladt at tage specifikke aftalevilkår med i den endelige aftale, da det har været for omkostningsfuldt på kontraheringstidspunktet.

Er der tale om tilfælde, hvor parterne ikke har kunne forudsige fremtidige hændelser, er det meningsfuldt at se på to spørgsmål. For det første om omstændigheden *kunne* forudses, og om parterne ville have allokeret risikoen anderledes. Ved denne form for analyse kan det være relevant at have forudsætningslæren i baghovedet, da en uforudsigelig omstændighed kan resultere i, at hele aftalegrundlaget for den ene eller begge parter forsvinder.

Er der tale om omstændigheder, hvor parterne har forsøgt at minimere transaktionsomkostningerne ved aftaleindgåelse, er det relevant at se på, om parterne *burde* have taget omstændigheden med i aftalen, og igen om parterne ville have allokeret risikoen anderledes.

Som også beskrevet i kapitel 1, er sondringen for en senere indtruffen omstændighed snævrere i retsøkonomisk forstand end i juridisk. Jeg har i kapitel 1 defineret, hvad jeg mener er en senere indtruffen omstændighed. I retsøkonomien behandles disse situationer med brugen af bl.a. ”impracticability” teorien.

Ved ”impracticability” kan opfyldelse af kontrakten tilsidesættes, hvis pligten dertil er blevet uhensigtsmæssig besværlig eller omkostningsfuld. Forskellen fra denne doktrin og den såkaldte ”impossibility” (umulighed) er, at det stadig er muligt at opfylde kontrakten i førstnævnte.¹⁰⁴

Definitionen på en senere indtruffen omstændighed er som sagt ikke helt ens, hvad enten vi taler om juridiske eller økonomiske forhold. Det har været vigtigt for mig, at dække selve ”ånden” i AFTL § 36, som er en bestemmelse, der tager sigte på urimelige kontraktvilkår. Derfor har det ikke været muligt udelukkende at fokusere på ”impracticability” teorien, og jeg har, som der er redegjort for i kapitel 1, taget teorien om good faith med i kapitel 6, da den favner bredere end ”impracticability”, og dermed

¹⁰⁴ Triantis, s. 451

inddrager forklaringer og rationaler på, hvorfor det i nogle tilfælde kan være efficient at tillade anvendelse af AFTL § 36 på trods af, at omstændighederne er reguleret af parternes aftale.

Mange gange kan rene økonomiske værdianskuelser lede til, hvad der for nogle individer anses som urimelige resultater, da der ikke tages højde for moralske eller etiske forhold og retfærdighedsbegreber. I et økonomisk perspektiv ses der på den faktiske værdiskabelse frem for de mere følelsesmæssige aspekter af rimelighedsbegrebet.

I den perfekte verden bliver alle aftaler håndhævet i deres rene form af domstolene. I den virkelige verden håndhæver domstolene dog ikke alle aftaler uanset deres form og indhold. Dette grunder bl.a. i ugyldighedsgrundene i aftaleloven, som kan bevirke at aftalen bliver tilsidesat på grund af forhold ved aftalens indgåelse, forhold ved aftalens indhold eller senere indtrufne omstændigheder.¹⁰⁵ Dette sætter en klar begrænsning på den aftalefrihed, som ellers er det klare hovedprincip i dansk ret.¹⁰⁶

På et ideelt marked ville parterne i aftaler kunne træffe beslutninger uden hensyn til usikkerhed. Usikkerhed i den virkelige verden hænger sammen med den risiko der er for, at der opstår ændrede omstændigheder et stykke inden i kontraktforholdet.

Stort set alle aftaler, om det så er handelskontrakter, ansættelseskontrakter etc., indgås med et økonomisk mål for øje.¹⁰⁷ Det kan ligeledes siges, at man er sig selv nærmest, og at man derfor vil forsøge at maksimere sit eget afkast på den pågældende aftale.

Når domstolene tager stilling til et konkret spørgsmål, sker det på et mere overordnet plan, og ikke kun på den problemstilling, der er fremlagt dem. Retspraksis danner præcedens, og der skal derfor være et objektive rationale bag afgørelserne. Da man ikke afgør sager ud fra, hvad den enkelte dommer finder urimeligt, er det nødvendigt med en bredere og mere generel rimelighedsstandard. Det er her retsøkonomien kan bidrage, da den kan give klare rationaler til diverse problemstillinger. Rimelighedsstandardens kan

¹⁰⁵ Ugyldighedsgrundene i aftaleloven findes i AFTL §§ 28-38.

¹⁰⁶ Riis, s. 1160

¹⁰⁷ Macneil, s. 949

findes i spørgsmålet om, hvorvidt en aftale er værdiskabende for samfundet i sin helhed, eller om den kun er værdiskabende for individet.

Da der ikke nogle steder i hverken aftaleloven eller forarbejderne står noget om økonomiske hensyn eller afvejninger, så må man konstatere, at man ikke kan tilsidesætte en aftale på baggrund af effektivitetshensyn. Man kan derimod tage betragtningerne med i den overordnede overvejelse i den konkrete sag. Den meget åbne og brede formulering af *urimelig* i AFTL § 36s ordlyd åbner op for, at man kan tage betragtninger om effektivitet med ind i den samlede bedømmelse.

5 Teorien om ufuldstændige kontrakter

Ufuldstændige kontrakter er de aftaler, som skaber tvister mellem aftaleparterne, da de ikke regulerer en omstændighed, som er indtruffet i aftaleforholdet. Ufuldstændige kontrakter er også størstedelen af alle de kontrakter som indgås, inklusiv de kontrakter, som aldrig giver anledning til tvister da omstændigheder, som kunne give anledning til uenighed aldrig er opstået. Ufuldstændige kontrakter er alle kontrakter, som ikke tager stilling til alle tænkelige og utænkelige hændelser, som kan indtræffe i kontraktforhold.

5.1 Den perfekte kontrakt – referencepunktet.

Før man kan tale om ufuldstændige kontrakter og konsekvenserne heraf, må man først finde et referencepunkt. Referencepunktet bliver meget logisk den ”perfekte kontrakt” som defineres ved, at den regulerer alle tænkelige og utænkelige forhold, som kan forekomme i fremtiden.¹⁰⁸ En sådan kontrakt siges, at være Pareto-optimal, da parterne har forhandlet sig frem til det bedst mulige resultat mellem dem på det givne tidspunkt.¹⁰⁹

Den perfekte kontrakt forudsætter;

- fuld information,
- fuldstændig risikofordeling,
- ubegrænset rationalitet,
- samt fravær af kompleksitet, usikkerhed og transaktionsomkostninger.

5.1.1 Fuld information og opportunistisk adfærd

Den store udfordring ved kontraktkoncipering er informationsdeling og den begrænsede rationalitet. Parterne sidder hver med deres egen viden om præferencer, styrker, svagheder, behov etc. Den private information er ikke kendt for modparten, og der kan opstå situationer med adverse selection og moral hazard.¹¹⁰ Det er ikke kun modpartens information og/eller præferencer, som er skjult. Der kan være ting eller hensyn, som den pågældende part ikke selv er bevidst om på aftaletidspunktet. Disse forhold udgør den

¹⁰⁸ Pomar, s. 17

¹⁰⁹ Wilhelmsen, s. 42. Se også Posner (2004), s. 10

¹¹⁰ Adverse selection betyder skjult viden. Situationen opstår ex ante, da parterne har hver deres viden om det aftaleforhold de er på vej ind i.

Moral hazard opstår ex post grundet asymmetrisk information. Da parterne ikke længere er alene om at bære risikoen, kan de have større incitament til at påtage risiko.

begrænsede rationalitet, som er et vigtigt element i teorien om ufuldstændige kontrakter, se mere nedenfor.

Skjult viden og forskellige præferencer betyder, at kontrakter bør sørge for at give incitament til parterne, så de faktisk yder deres bedste, og på den måde opnår nyttemaksimering. Dette kan gøres på flere måder, men screening er én måde, hvor man fx indsætter garantier i kontrakten. Garantien signalerer, at den garantigivende part er indstillet på at gøre sit for at kontrakten opfyldes, da han ellers vil ifalde garantien.

En anden udfordring er aktivspecifikke investeringer, som kun den pågældende køber har interesse i. Det betyder, at sælger skal investere en stor mængde ressourcer i noget, som har langt højere værdi for den specifikke køber end det har for markedet. Når man investerer på den måde, så påtager man sig en stor risiko, da man kan risikere at køber trækker sig, og at man sidder tilbage med udgifter, som ikke kan dækkes ved salg i markedet. I disse situationer kan der opstå ”hold up” problematikker¹¹¹, som yderligere besværliggør og fordyrer processen. Hold up problematikken giver derfor også mindre incitament til at indgå kontrakter, som ellers ville have været samfundsmæssigt værdiskabende.

Den opportunistiske adfærd opstår, når en aftalepart kan udnytte sin private viden om forhold til at forrykke risikoen i aftaleforholdet. Den opportunistiske adfærd er ikke ønskværdig, da det ikke maksimerer den samlede nytte for parterne, og da den kan have en afskrækkende effekt på aftaleparterne.

5.1.2 Fuldstændig risikodeling

Parterne har fordelt risikoen på den måde, som de på kontraheringstidspunktet fandt mest optimalt. Bagved denne fordeling af risikoen ligger der en masse antagelser, som parterne har beregnet deres risk premium¹¹² på. Ændrer disse antagelser eller forudsætninger sig helt eller delvist, kan det blive dyrt og omkostningsfuldt at opretholde opfyldelsen af kontrakten på de oprindelige betingelser.

¹¹¹ Hold up betyder, at køber ved en genforhandling af kontrakten vil kunne udnytte, at sælger har foretaget aktivspecifikke investeringer. Køber vil derfor kunne opnå et større overskud, da sælger ikke har interesse i, at kontrakten opsiges.

¹¹² Risk premium er et ”tillæg” som en aftalepart kræver for at påtage sig en ekstra risiko. Påtager en aftalepart sig ekstra risiko, så kræver han ligeledes en højere betaling i form af højere pris.

5.1.3 Ubegrænset rationalitet

At være rationel betyder, at man tager beslutninger på et fornuftsmæssigt grundlag. Som regel bygger disse grundlag på erfaringer eller videnskabelig forskning etc. Når man tager en rationel beslutning, så afvejer man fordelene mod ulemperne og tager derefter den beslutning, som maksimerer det personlige udfald. Beslutningstageren har en klar målsætning om, hvor han gerne vil hen.

Ubegrænset rationalitet er betinget af fuld information, se ovenfor, hvorfor man i en situation med asymmetrisk information vil tage beslutninger bygget på begrænset rationalitet. Parterne sidder med information om egne forhold, som bevirker at de bedst ved, hvad der er vitale for dem i en aftalesituation. Den individuelle rationalitet betyder, at hvis parten *ikke* har forstået, hvad aftalen går ud på, så bør aftalen lempes, da forudsætningerne for en økonomisk effektiv aftale ikke har været til stede.¹¹³

5.1.4 Komplexitet og usikkerhed

Der er flere udefrakommende faktorer, som kan tale for, at en kontrakt skal konciperes vagt og åbent. Der kan være tale om markedskræfter og forhold, politiske udviklinger, forbrugernes efterspørgsel etc.¹¹⁴ Alle de ovenstående forhold er nogle af årsagerne til, at perfekte kontrakter ikke kan indgås. Det vil være alt for omkostningsfyldt at forsøge at lukke alle hullerne, hvorfor det kan være en løsning, at formulere kontrakten vagt og bredt i de forhold, som der på aftaletidspunktet ikke er den store interesse i. Parterne vil pga. af deres rationalitet, som skrevet oven for, sørge for at få forhandlet de forhold på plads, som på aftaletidspunktet er de vigtigste elementer i forholdet.

Den vage og brede formulering åbner for fleksible kontrakter. Problemet med fleksibiliteten er, at det samtidig skaber usikkerhed om udfaldet. Når der ikke er skrevet noget ordret ind i aftalen bliver hele aftaleforholdet baggrunden for fortolkningen af de enkelte bestemmelser. Da det er domstolene, der skal fortolke og udfylde, er dette ligeledes et element af usikkerheden, da man ikke kan være 100% sikker på at den information, som domstolene sidder med er nok til, at kunne fyldestgøre kontrakten på den optimale måde for parterne.

¹¹³ Wilhelmsen, s. 215

¹¹⁴ Choi, s. 857

Det betyder, at der skal ske en afbalancering af fleksibilitet over for nødvendigheden af en bindende aftale. Et vigtigt element i denne diskussion er muligheden for at komme ud af en aftale¹¹⁵, som netop er hvad AFTL § 36 giver.

5.1.5 Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger er alle omkostninger, der er forbundet med at indgå, genforhandle og håndhæve aftaler.¹¹⁶ Transaktionsomkostningerne er ofte betydelige, og er en af hovedårsagerne til, at kontrakter som regel er ufuldstændige. Parterne foretager en afvejning mellem de omkostninger, som opstår ved at indgå den meget detaljerede aftale, og den risiko der er for, at hændelsen indtræder.¹¹⁷ Det medfører, at nogle fordelagtige kontrakter ikke indgås, og at rationelle parter ikke specificerer deres aftaler mere end højst nødvendigt. Det behøver hverken være inkompetence eller uvidenhed, som ligger til grund for de ufuldstændige aftaler. Parterne til erhvervsaftaler er ofte meget fokuserede på de samlede omkostninger, og på om det kan betale sig at bruge en masse tid på detaljen i kontrakten. Man kan sige, at parterne rationelt tager en beslutning om, at være uvidende eller uklare på de enkelte udeladte eller tvetydige aftalebestemmelser.¹¹⁸

Fraværet af transaktionsomkostninger vil betyde, at parterne vil genforhandle deres aftale, indtil de når det optimale resultat. De vil med andre ord fortsætte med at indgå Pareto-forbedrende kontrakter, indtil der opstår en Pareto-optimal tilstand.¹¹⁹ I denne verden vil domstolenes eneste rolle være at håndhæve de indgåede kontrakter, da de er det bedste, der kan indgås.

¹¹⁵ Choi, s. 858

¹¹⁶ Posner (2004), s. 5

¹¹⁷ Choi, s. 848

¹¹⁸ Posner (2004), s. 4

¹¹⁹ Coase-teoremet siger at i en verden hvor ejendomsrettigheder er fuldstændigt og præcist defineret, og hvor der ikke er omkostninger forbundet med at indgå og håndhæve aftaler (transaktionsomkostninger), vil markedsmekanismen medføre, at ressourcerne allokeres derhen hvor de tillægges størst værdi, se Riis, s. 1160

I praksis ser det dog noget anderledes ud, da udgangspunktet er, at der ikke kan indgås fuldstændige kontrakter.¹²⁰ Domstolene bliver derfor nødt til at tage stilling til alle de ovenstående forudsætninger.

Der er to væsentlige former for omkostninger, som parterne skal tage højde for ved kontraktindgåelsen. Omkostningerne bliver omtalt af bl.a. Robert E. Scott og George G. Triantis som ”front end” og ”back end” omkostninger.¹²¹ ”Front end” omkostninger er de transaktionsomkostninger, som opstår ved kontraktindgåelse, og ”back end” omkostningerne er de omkostninger som opstår, når kontrakten skal håndhæves bl.a. dem der opstår, hvis domstolene begår fejl. Fejl kan blive dyre for aftaleparterne, og det er endnu en grund til, at bruge flere ressourcer i starten af perioden.¹²² Den vigtige forskel mellem disse to former for omkostninger er usikkerheden om, hvorvidt de opstår.

Håndhævelsesomkostninger er som udgangspunkt ikke verificerbare, da de er forbundet med usikkerhed for sagens udfald. En stor del af disse omkostninger kommer fra det juridiske personale, som skal køre sagen, og de omkostninger der ligger i bevisførelse for domstolene. Domstolene dømmer ikke ud fra en i bund gående undersøgelse sat i gang af domstolene selv. De dømmer ud fra de oplysninger og beviser, som parterne fremlægger, hvorfor der kan opstå meget store og betydelige udgifter for parterne. Det kan derfor betale sig for en aftalepart, som forventer en bestemt hændelse, at få denne omstændighed reguleret i kontrakten (og dermed øge front end transaktionsomkostningerne), da back end omkostningerne vil mindskes betydeligt.

¹²⁰ Pomar, s. 17. Det nævnes her, at forskningen er kommet frem til, at ufuldstændige kontrakter nærmere er reglen end undtagelsen. Schwartz nævner flere årsager til, at kontrakter er ufuldstændige, bl.a. asymmetrisk information, aftalebestemmelserne er tvetydige eller vage i deres beskrivelser, omkostninger overstige overskud, s. 276.

Se ligeledes Klein, s. 356

¹²¹ Scott & Triantis, s. 823

¹²² Scott & Triantis, s. 831 ff.

6 De økonomiske teorier

6.1 Impracticability (uigennemførlighed)

”Impracticability” er den situation, som opstår når det stadigvæk er muligt at opfylde kontrakten som den oprindeligt var tiltænkt, men at det på grund af ændrede omstændigheder må anses som værende urimeligt, da det er blevet væsentligt mere byrdefuldt eller besværligt at opfylde kontrakten.¹²³

I common law retssystemer bruger man ”impracticability” i situationer, hvor:¹²⁴

- Der er indtruffet en omstændighed,
- Omstændigheden gør det ekstremt byrde – eller omkostningsfuldt at opfylde aftalen,
- Omstændigheden var ikke forudset af parterne, hvorfor der ikke er taget stilling til den i aftalen.

Doktrinen læner sig meget op ad to andre doktriner, som forklarer, hvorfor det skal være tilladeligt at bryde en kontrakt, nemlig ”impossibility” og ”frustration”.¹²⁵ Alle tre teorier beskæftiger sig grundlæggende med det samme problem, nemlig hvem der skal bære risikoen for den opståede omstændighed.¹²⁶

Der er to måder domstolene kan behandle den manglende opfyldelse af kontrakten. Der vil enten være tale om misligholdelse af kontrakten, og dermed om erstatning, eller også kan de vælge at tillade den manglende opfyldelse ved at anvende ”impracticability” doktrinen. Risikoen bliver ved den sidstnævnte flyttet over på løftetageren.

Udgangspunktet er rent økonomisk, at tilsidesættelse skal tillades, hvis løftemodtageren er ”the superior risk bearer” og nægtes, hvis løftegiver er det, hvor manglende opfyldelse af aftalen skal anses som værende misligholdelse af kontrakten.¹²⁷

¹²³ Alces, s. 170. Se ligeledes Posner & Rosenfield, s. 86.

¹²⁴ Trianti, s. 451

¹²⁵ Impossibility opstår, når opfyldelse af kontrakten ikke fysisk kan lade sig gøre. Frustration opstår, når det er fysisk muligt, men hvor det underliggende formål ikke længere er opnåeligt, Posner & Rosenfield, s. 85.

¹²⁶ Posner & Rosenfield, s. 86.

¹²⁷ Posner & Rosenfield, s. 90

Posner & Rosenfield definerer ”superior risk bearer” som den, der er nærmest til at bære risikoen, og det kan man være af flere årsager.¹²⁸ Er den ene part nærmere til at sikre, at den uforudsete hændelse ikke materialiserer sig, så anses man for at være den bedste til at bære risikoen herfor. Tilsidesættelse er anset for værende ineffektivt, hvis løftegiver har haft mulighed for at undgå hændelsen til lavere omkostninger end dem, der skal afholdes i tilfælde af, at hændelsen faktisk indtræffer. At afholde omkostningerne er ikke den eneste måde, hvorpå man kan regnes for at være ”superior risk bearer”. Forsikringsmulighederne skal ligeledes tages med ind i overvejelserne. Er løftegiveren i stand til at forsikre sig mod omkostninger ved risiko, så bliver han ligeledes den nærmeste til at bære risikoen herfor. Løftemodtager kan også være den, der er i stand til at forsikre sig til lavest omkostning og dermed minimere de totale omkostninger. De faktorer der afgør, hvilken part der burde stå for forsikringen er;

1. Risikovurderingsomkostninger¹²⁹
2. Transaktionsomkostninger

Tilsidesættelse skal ligeledes nægtes, hvis den risikofyldte hændelse kunne forventes afvejet af en af parterne.

Posner & Rosenfield mener, at det økonomiske formål med ”impracticability” er at forsyne parterne med de aftalevilkår, som de ville have kontraheret sig frem til, havde dette været muligt.¹³⁰ Denne fortolkning er dog underlagt to begrænsninger, herunder;

- At aftalevilkåret ikke er reguleret i kontrakten. Er vilkåret reguleret, så anses det for værende økonomisk efficient, jf. Pareto-kriteriet.
- Vilkår, som er forhandlet konkret mellem parterne, skal opretholdes af domstolene.

Ikke alle teoretikere er helt enige i det ovenstående, som stammer fra en artikel fra 1977. Triantis argumenterer for at ”impracticability” doktrinen er ubrugbar, da alle omstændigheder kan tages højde for, hvis man definerer det i bredere termer.¹³¹

¹²⁸ Begrebet nævnes ligeledes hos Triantis, fx s. 455.

¹²⁹ Denne type omkostninger indeholder muligheden for at fastlægge sandsynligheden for at den risikofyldte hændelse opstår, og størrelsesordenen den vil materialisere sig i.

¹³⁰ Dette er ligeledes rationalet bag den hypotetiske partsvilje.

¹³¹ Triantis, s. 451, s. 452.

Justifikationen for doktrinen er på den anden side, at den udfylder et ”hul” i aftalen idet den allokerer risiko, som parterne ikke selv har fået allokeret.¹³²

En del af risikoen vil man ikke kunne eliminere helt, specielt udefrakommende risiko, som parterne ikke har nogen kontrol over.¹³³ Denne risiko vil bedst være dækket, hvis man sætter den ind i en større ramme, som fx når man benytter sig af force majeure klausuler. Begrebet force majeure dækker over de tilfælde, hvor det bliver fysisk umuligt eller urimelig byrdefuldt at skulle opfylde en kontrakt grundet eksterne forhold. De mest almindelige force majeure klausuler dækker fx naturkatastrofer, artsumulighed etc. Pakker man flere forskellige risici sammen, så er det ikke nødvendigt at forudse alle de forskellige omstændigheder, som kan opstå, og på denne måde formår man at opretholde efficiensen af kontrakten. Ideen er, at man forsøger at få så meget information som muligt inkorporeret i aftalen, og dermed skabe de mest optimale rammer for at håndtere risiko. Der opstår selvfølgelig et punkt, hvor det ikke længere kan betale sig at pakke risikoen, fordi informationen bliver for omkostningsfuld.¹³⁴ Triantis mener, at så længe man er bevidst om at der kan forekomme uforudsete omstændigheder, så kan man på den ene eller anden måde tage hånd om den.

Problematikken i at kunne identificere risiko ligger ikke kun i den imperfekte information, men ligeledes i den begrænsede rationalitet og intellektualitet, som individerne bag kontrakten besidder/mangler.¹³⁵

Triantis mener, at domstolene ved at bruge doktrinen re-allokerer risiko frem for at allokere den, da parterne allerede har haft mulighed for at kontrahere sig ud af det. En del af argumentationen herfor består af diskussionen af domstolenes evne til at identificere superior risk bearer og forudsigeligheden af denne analyse. Triantis mener, at potentialet for kontraktretten er begrænset til at korrigere ineffektive risikoallokeringer, som opstår ved fejl og skævheder i vurderingen af risikoen.¹³⁶ Han mener ligeledes, at man fratager incitamentet fra virksomhederne til at lære af deres og andres fejl. Som konklusion mener han, at domstolenes indblanding i re-allokering af

¹³² Triantis, s. 451

¹³³ Triantis, s. 454 ff.

¹³⁴ Triantis, s. 468.

¹³⁵ Triantis, s. 469.

¹³⁶ Triantis, s. 478.

risiko er en indblanding i aftalefriheden, som ikke kan retfærdiggøres af økonomisk efficiens.¹³⁷

Der er altså forskellige holdninger til doktrinen og man kan argumentere for, at forskellen ligger i, hvilken grad af beskyttelse man ønsker at yde løfteafgiver, som pålægges ekstra risiko, hvis denne forøges grundet en uforudset omstændighed.

Som opsummering på Posner & Rosenfields model, er der to hovedregler der skal overholdes, når man bruger ”impracticability” doktrinen:

1. Er der aftalt en risikofordeling, og er denne skrevet ind i aftalen på det specifikke forhold, så skal domstolene ære dette og tillade aftalevilkåret.
2. Er der intet aftalt vedrørende den specifikke omstændighed, så skal domstolen søge at finde the superior risk bearer og lægge risikoen på denne aftalepart.

Tilsidesættelse skal ej heller tillades, hvis det er forventeligt at en af parterne havde kunne forudsige eller forhindre den pågældende omstændighed i at indtræde.

Andre grene inden for teorien argumenterer for, at alle situationer, hvor tilsidesættelse kunne være ønskværdigt havde kunne undgås hvis parterne havde forsøgt at ”pakke” dem sammen i bredere definitioner.

6.2 Good faith and fair dealing

I den juridiske litteratur og i retspraksis har ”ærlighed og redelighed” haft stor betydning siden 1600-tallet. Som nævnt i kapitel 1 blev der allerede med Danske Lov indført et redelighedsbegreb med DL 5-1-2. I retsøkonomien behandles begrebet som ”good faith”.

I civil law retstraditionen stammer begrebet fra romerretten, hvor det blev tilføjet som de omstændigheder dommerne skulle tage med i deres overvejelser, når de skulle afgøre retlige tvister. I tysk ret er det statueret i BGB § 242¹³⁸, hvor begrebet omtales som en *”standard of honest, loyal and considerate behaviour, of acting with due regard for the interest of the other party, and it implies and comprises the protection of reasonable*

¹³⁷ Triantis, s. 480 ff.

¹³⁸ Bürgerliches Gesetzbuch

reliance".¹³⁹ I italiensk ret findes begrebet i Codice Civil artikel 1337 og i fransk ret i Code Civil artikel 1134, stk. 3. I dansk ret findes begrebet klart i AFTL § 36 og MFL § 1, men findes også i ulovbestemt form fx loyalitetsforpligtelsen. Den store diskussion består i, at tillader man domstolene den diskretion det er at bruge et "blødt" begreb som "good faith", kan det ende med at underminere aftalefriheden.

Begrebet pålægger parterne en moralsk standard, som kan gå i stedet for den skrevne kontrakt, hvis denne ikke opfylder krav om anstændighed, retfærdighed og rimelighed.¹⁴⁰

I rets – og kontraktøkonomien bliver begrebet good faith anset som et underforstået kontraktvilkår, som forbyder opportunistisk adfærd.¹⁴¹ Den opportunistiske adfærd kan opstå selv når parterne opfylder den skrevne kontrakts vilkår, hvis der handles mod den underforståede mening med kontrakten, og man kan dermed forringe modpartens forventede payoff.¹⁴² Pga. kontraktens ufuldstændighed er det umuligt at forudse alle omstændigheder der kan opstå, hvorfor begrebet good faith bruges som et "sikkerhedsnet", der opsamler den adfærd som er uønsket i aftaleforholdet. Ved at bruge good faith som et underforstået aftalevilkår kan man minimere transaktionsomkostninger og øge værdien af kontrakten.¹⁴³ I denne forstand kan brugen af good faith gøre det umuligt for den ene part at gøre brug af kontraktens ukomplethed.

Problemet ved at inddrage good faith er, at der kan opstå tvivl ved fortolkningen af kontraktvilkårene, da domstolene ikke har adgang til samme mængde information som parterne, og da domstolene kan have svært ved at verificere den mængde af information, som de får præsenteret.¹⁴⁴

I Sepes artikel argumenteres der for, at der skal ske en afvejning mellem de underforståede forpligtelser parterne pålægges, når man tillader brugen af good faith som fortolkningshjælpemiddel.¹⁴⁵ Brugen af underforståede aftalevilkår mindsker transaktionsomkostningerne, der er ved aftaleindgåelsen, da der ikke er behov for en

¹³⁹ Weitzenböck, s. 86

¹⁴⁰ Sepe, s. 14

¹⁴¹ Sepe, s. 18 ff.

¹⁴² Sepe, s. 26

¹⁴³ Sepe, s. 24

¹⁴⁴ Sepe, s. 22 ff.

¹⁴⁵ Sepe, s. 27 ff.

lige så grundig kontraheringsproces. Dette skal vejes op mod de omkostninger, der kan opstå ved den øgede usikkerhed, hvorfor det er meget forskelligt fra sag til sag, fra aftaleforhold til aftaleforhold hvorvidt de indforståede aftalevilkår er ønskværdige. Af samme årsag argumenterer Sepe for, at good faith skal være deklaratorisk, at parterne skal kunne fraskrive sig brugen, da det ikke altid er sikkert at domstolene har den fornødne viden eller ekspertise på området til at kunne konkludere, hvad der er for parternes bedste.

Specielt i meget komplekse aftaleforhold med et højt niveau af specialisering, kan det være ønskværdigt at aftale sin vej ud af brugen af good faith, da der vil være stor sandsynlighed for, at domstolene vil bedømme forholdene ud fra de forkerte præmisser.¹⁴⁶ Er der derimod tale om aftaler, hvor der inden for branchen er særligt udviklede brancheforhold/sædvaner, så er brugen af good faith en god ide, da parterne i så fald ikke har behov for lige så udførlige kontrakter.¹⁴⁷

Den samme diskussion kan tages hvad angår aftaleparternes evner. Er der tale om, hvad Sepe kalder for ”søfistikerede parter”, som er i stand til at forudse og risikovurdere deres aftaler, er der ikke i lige så høj grad brug for den underforståethed, som der kunne være i kontraktforhold mellem ”usøfistikerede parter”, som højst sandsynligt vil skrive mindre komplette kontrakter. For de usøfistikerede parter, og de kontrakter som ikke har et højt niveau af kompleksitet, kan brugen af good faith være ønskværdigt. Dette vil således øge mængden af kontrakter, som vil øge den samfundsmæssige værdi.

¹⁴⁶ Sepe, s. 50

¹⁴⁷ Sepe, s. 49

7 Fortolkning af aftaler og domstolenes rolle

7.1 Shavells model for aftalefortolkning

Domstolenes primære rolle er at medvirke til en samfundsmaksimerende fortolkning af kontrakter.¹⁴⁸ Det kan gøres ved at sikre retningslinjer, som parter i aftaleforhold kan regne med ved afgørelsen af tvister, som opstår som følge af de uundgåelige ufuldstændige kontrakter.

Shavell har opstillet en model, som bruges til forståelse af kontraktindgåelse og fortolkning.¹⁴⁹ Modellen tager udgangspunkt i det forhold, at parterne ikke er i stand til, eller har lyst til at indgå komplette kontrakter, idet der er tale om høje transaktionsomkostninger, uforudsigelighed etc.. Der bliver derfor indgået ufuldstændige kontrakter, som efterlader muligheden for udfyldning og fortolkning til domstolene i det tilfælde, at der opstår en tvist ex post.¹⁵⁰ Jo bedre domstolene er til at komme frem til parternes egentlige ønsker ved en given omstændighed, jo mere villige er parterne til at lade kontrakten være mangelfuld.

Shavell argumenterer for at domstolene bør udfylde og fortolke kontrakter på en måde, som parterne ville have gjort, hvis de vidste omstændigheden ville opstå, da dette ville have været parternes ønske ex ante. Domstolene skal søge at maksimere parternes velfærd.¹⁵¹ Dette gøres ved, at domstolene søger at rekonstruere kontrakten, så den er ”perfekt” mellem parterne, og giver de resultater, som parterne ville have kunne opnå på egen hånd, hvis der ikke eksisterede nogle transaktionsomkostninger etc. Analysen fra domstolenes side skal udlede i parternes faktiske eller hypotetiske vilje ud fra de informationer, som der er fremlagt i den pågældende sag.

Den perfekte kontrakt maksimerer parternes forventede payoff, da den tager hensyn til alle de relevante omstændigheder, indeholder relevante incitament, optimal allokering af rettigheder og risici. Denne måde for kontraktregulering mindsker de samfundsmæssige omkostninger, der opstår ved gentagne forhandlinger. Som skrevet

¹⁴⁸ Cohen, s. 82

¹⁴⁹ Steven Shavell ”On Writing and the interpretation of contracts”

¹⁵⁰ Shavell, s. 2

¹⁵¹ I artiklen nævnes dette som værende den fortolkning, som maksimerer den forventede værdi af kontrakten. Fortolkningen skal maksimere det samlede payoff. Shavell, s. 4

tidligere er der dog mulighed for fejl fra domstolenes side, og det er derfor en forudsætning, at domstolene har en vis kvalitet og ekspertise.

Konklusionerne i artiklen er, at en lille grad af fortolkning altid er bedre end ingen, da det vil minimere de omkostninger, der opstår ved forhandling af kontrakten.¹⁵²

Domstolene skal være forsigtige med at tilsidesætte helt klare og specifikke aftalevilkår. De skal som hovedregel fortolkes strengt og håndhæves af domstolene.¹⁵³ Argumentet bag er følgende: Parterne har bevidst valgt at tage stilling til lige netop denne bestemmelse under denne bestemte omstændighed, hvorfor der er meget stor sandsynlighed for, at det er denne fremgangsmåde, parterne har ønsket. Der kan dog være situationer, hvor parterne alligevel ikke ønsker det konkrete aftalevilkår håndhævet, og det er her op til domstolene at vurdere den konkrete situation.

Aftalevilkår, som er af en mere generel natur, kan med rette tilsidesættes, hvis der opstår en omstændighed, som ingen af parterne havde overvejet, og som gør aftalevilkåret mere byrdefuldt end forventet.

7.2 Domstolenes rolle og aftalerettens formål

På trods af aftalefriheden findes der rammer og regler for indgåelse af aftaler, da alle aftaler kan underlægges domstolsprøvelse. Enhver aftalepart har ret til, og muligheden for, at få en aftale prøvet ved domstolene.

AFTL § 36 bliver ofte påberåbt i sager, hvor den ene part mener, at det er urimeligt at gøre den oprindelige aftale gældende på grund af uforudsete hændelser. I nærværende afhandling er den relevante del AFTL § 36, stk. 2, 3. led, og det konkrete analyseområde er derfor de aftaler, hvor det stadig er muligt for parterne at opfylde aftalen, det underliggende formål med kontrakten stadig er opnåeligt, men hvor resultatet af uforudsete omstændigheder gør aftalen langt mere byrdefuld end, hvad der oprindeligt var forventet.

I litteraturen anerkendes det, at problemet ved at tilsidesætte aftalebestemmelser er risikoallokeringen. Tilsidesættelse af aftalevilkår lægger risikoen på løftmodtageren, da

¹⁵² Parterne vil bruge mindre tid, og dermed penge, på at skrive en fyldestgørende kontrakt, da de ved, at de kan undgå dette, og lade eventuelle tvister afgøres af domstolene.

¹⁵³ Shavell, s. 5. Se også Wilhelmsen, s. 142 og s. 148.

denne i så fald må bære omkostningen ved, at hans forventede payoff ikke opfyldes. Nægtes tilsidesættelse af et aftalevilkår pålægges risikoen derimod løfteafgiveren.¹⁵⁴ Det helt store problem, og den store risiko i aftaleforhold forekommer, når aftaleindgåelsen og opfyldelsen ikke bliver foretaget samtidig, jf. samtidighedsprincippet Købeloven § 14.¹⁵⁵ Opfyldelse af kontrakten ligger ude i fremtiden.¹⁵⁶

Aftaleretten kan siges at opfylde flere formål. Aftaleretten skal som udgangspunkt sørge for opfyldelse af aftalen med den allokering af risiko, som parterne har aftalt. Det er her domstolene kommer ind i billedet, da det er deres job at håndhæve aftalerne. Et andet formål er at reducere transaktionsomkostninger ved at forsyne parterne med aftalevilkår, som de højst sandsynligt ville have indgået, hvis de havde forhandlet om dem. Aftalerettens formål er endvidere at regulere fremtidige og formuleringsmæssige problemer, som opstår da fremtiden er umulig at spå om. Målet med fortolkning af kontrakter er at minimere transaktionsomkostningerne, så ressourcerne bliver allokert derhen, hvor de er mest værd.¹⁵⁷ Domstolenes indblanding kan begrænse opportunistisk adfærd, og derudover har domstolene til opgave at beskytte den retlige proces, fortolke ordlyden i den skrevne kontrakt og udfylde aftalen, når denne viser sig mangelfuld.¹⁵⁸

Domstolene skal søge at skabe regler gennem retspraksis, der maksimerer den værdi, som kontraherende parter opnår gennem deres aftaler. Formålet med fortolkningen af aftaler skal være at reparere de ufuldstændige kontrakter, så den endelige aftale opfylder maksimeringskriteriet, da den så vil gøre kontrakten optimal ex ante.

De fleste retssystemer, inklusiv det danske, har forskellige metoder, som anvendes, når man fortolker aftaler. En af dem er udfyldning, hvor domstolene bruger retsgrundsætninger, retspraksis og fortolkningsregler til at udlede parternes vilje. Dette betyder, at parterne til kontrakter ikke nødvendigvis behøver tage stilling til alle omstændigheder eller den eksakte ordlyd, når domstolene én gang har taget stilling til

¹⁵⁴ Posner & Rosenfield, s. 87

¹⁵⁵ LBK nr 237 af 28/03/2003

¹⁵⁶ Posner & Rosenfield, s. 88

¹⁵⁷ Posner (2004), s. 3

¹⁵⁸ Schwartz, s. 272

problemstillingen.¹⁵⁹ På denne måde kan man spare mange transaktionsomkostninger i kontraktforhandlingsperioden¹⁶⁰, men problemet med denne tilgang er, at domstolene aldrig vil have helt samme informationsgrundlag eller indsigt i den enkelte sag, hvorfor der kan opstå fejl.¹⁶¹

Fortolkningsmetoden med den hypotetiske partsvilje bruges, når man forsøger at analysere sig frem til hvad parterne ville have forhandlet på plads, hvis de havde været i stand til at forudsige fremtiden. Når formålet med kontraktretten er at udlede og effektuere parterne vilje, så er kriteriet for optimering af aftaler, at de er økonomisk effektive. Det er den rigtige måde at analysere aftaler på, da man må antage, at parterne ønsker at maksimere værdien af deres kontrakt. Er de aftaleretlige regler ikke effektive, vil parterne kontrahere uden om reglerne, jf. partsautonomien, da de i så fald ikke maksimerer parternes værdi. Den økonomiske effektivitetsbetragtning må derfor være den, der opfylder parternes intentioner bedst muligt.¹⁶²

7.3 Faktorer, der bør være med i domstolenes afvejning

Domstolene skal i deres bedømmelse inddrage forskellige forhold, som alle bidrager til at det konkrete aftaleforhold optimeres. Specielt er minimering af transaktionsomkostningerne en vigtig faktor, og teorien om ufuldstændige kontrakter taler for, at parterne kontraherer om de vigtigste og mest vitale dele af aftalen, mens resten kan efterlades til domstolenes fortolkning og udfyldning.

Et andet formål er at forhindre parterne i at udøve opportunistisk adfærd og få tilsidesat kontrakter, som pludselig er blevet mere byrdefulde end det, som de fra starten havde håbet/troet på. AFTL § 36 skal ikke bruges som en nødløsning, og det er domstolenes rolle at holde parter til deres aftaler, med mindre det er direkte urimeligt eller økonomisk ineffektivt.

¹⁵⁹ Det hænger også sammen med præcedens. Når domstolene har taget stilling til en standardformulering eller branchevilkår går dette igen i fremtidige sager, hvorfor parterne ikke behøver udpensle deres intentioner med den indsatte bestemmelse.

¹⁶⁰ Posner (2004), s. 9

¹⁶¹ Usikkerheden ved domstolsprøvelse er også en omkostning, da man ikke kan være helt sikker på udfaldet. Omkostningens størrelse afhænger derfor meget af kvaliteten af domstolene og disses personel.

¹⁶² Posner & Rosenfield, s. 89

Domstolenes indblanding medfører dog også risikoomkostninger, da domstolene ikke altid vil komme frem til de korrekte konklusioner.¹⁶³

AFTL § 36, stk. 2, 3. led bestemmer at en aftale, eller en aftalebestemmelse, kan tilsidesættes helt eller delvist, hvis der er ændrede omstændigheder ved aftalen. I økonomisk teori omhandles dette som værende en risiko.¹⁶⁴ Diskussionen i den økonomiske analyse er derfor, hvor den gældende risiko skal placeres, så aftalen opnår økonomisk effektivitet.

I de situationer, hvor parterne har indsat bestemmelser i kontrakten, som regulerer risikofaktorer siger man, at aftalen er Pareto-optimal, da parterne har taget stilling og derfor må have taget stilling til deres egne præferencer, hvis forholdet skulle materialisere sig. I disse situationer taler den økonomiske teori altså for, at man fuldbyrder aftalerne.¹⁶⁵ Det samme gælder, hvis forholdet ikke er reguleret direkte, men det følger af branchekutymen eller sædvaner.

I de situationer, hvor parterne ikke har taget stilling til de ændrede forhold, er spørgsmålet, hvordan risikoen skal fordeles, så aftalen opnår økonomisk efficiens. Omkostningerne ved risikoanalyser og aftaleregulering skal derfor afvejes mod de fordele, som opnås gennem denne proces.¹⁶⁶ Er omkostningerne ved regulering af en fremtidig risikofaktor mindre end fordelene ved processen, så kan det betale sig at regulere risikofaktorerne. Er dette imidlertid ikke tilfældet, kan det ikke betale sig, og aftalen vil derfor ikke indeholde en bestemmelse om, hvad man gør i den konkrete situation. Derfor vil der selv i perfekte aftaler være aftaleforhold, som ikke er reguleret.¹⁶⁷

Det er i de disse situationer, det bliver nødvendigt at placere risikoen så effektivt som muligt. Dette vil i den økonomiske teori tage udgangspunkt i, at parterne har forskellige forudsætninger for at påtage sig risiko. Det økonomiske udgangspunkt er, at risikoen bør lægges hos den part, som kan påtage sig den til den lavest mulige pris.¹⁶⁸

¹⁶³ Cohen, s. 94 f.

¹⁶⁴ Wilhelmsen, s. 142

¹⁶⁵ Wilhelmsen, s. 142 og s. 148

¹⁶⁶ Wilhelmsen, s. 143

¹⁶⁷ Wilhelmsen, s. 144

¹⁶⁸ Wilhelmsen, s. 145, se ligeledes diskussionen hos Posner & Rosenfield om Superior Risk Bearer

Havde parterne selv kunne forhandle sig frem til en, for dem, optimal kontrakt, så ville dette være resultatet, da parterne forsøger at minimere de samlede omkostninger. Havde risikoen da ligget hos den part, hvor det ville have været dyrest ville denne part påtage sig en risikopræmie, som ville overstige, hvad modparten ville kunne gøre det for. De ville således have lagt risikoen, hvor det ville være billigst. Dette korresponderer med parternes hypotetiske vilje, som er baseret på teorien om den rationelle velfærdsmaksimerende person.¹⁶⁹

Konklusionen er, at hvis den senere indtrufne omstændighed er reguleret i kontrakten, så bør den håndhæves. Er omstændigheden/risikoen ikke reguleret, så ses der på, om parterne kunne have allokert risikoen uden for store omkostninger. Er dette tilfældet, så burde aftalen heller ikke lempes.

7.3.1 Fleksibilitet eller forudsigelighed?

Domstolenes indblanding i aftaleforhold betyder, at der sker en hensynsafvejning mellem aftaleretlig fleksibilitet og forudsigeligheden af aftalen. Hvis domstolene blander sig i aftaler, og enten ændrer eller helt tilsidesætter aftalevilkår, så opstår der en fleksibilitet, som kan sikre ex ante efficiente kontrakter¹⁷⁰, men som samtidig skaber en generel usikkerhed, der kan betyde, at der er en chance for at kontrakterne ikke indgås. Usikkerheden opstår, da parterne ikke kan være sikre på, hvornår domstolene vælger at gribe ind og i så fald med hvilken konsekvens.

I dansk ret er aftaler bindende, og der er derfor behov for en vis grad af tillid mellem parterne. Denne tillid kan domstolene hjælpe på vej ved at være konsekvent i deres bedømmelse af sager, så der dannes præcedens på det pågældende område. Hvis domstolene er konsekvente i deres behandling af sager med tilsvarende ordlyd eller ordvalg, så er der ingen tvivl mellem aftaleparterne om, hvad de tager stilling til i kontrakten.

Hvis domstolene udfylder kontraktbestemmelserne ved fortolkning af underforståede bestemmelser, så vil der med tiden udvikle sig en sædvane, som betyder at parterne begynder at være mere opmærksomme på de kontrakter, de indgår, og hvordan de

¹⁶⁹ Wilhelmsen, s. 145

¹⁷⁰ Ex ante efficiensen opstår, da parterne er i stand til at indgå økonomisk optimale kontrakter, da de ved, at der er mulighed for ændring af aftaleforholdet ex post.

formulerer sig.¹⁷¹ Man vil derfor se en minimering af de samfundsmæssige transaktionsomkostninger, der opstår hver gang en sag skal for retten.

Afvejningen mellem forudsigelighed og fleksibilitet er dog mere nuanceret.

Benchmarken for analysen er den komplette kontrakt. Domstolene kan forsøge at øge mængden af komplette kontrakter ved at skabe incitament for parterne til at gøre mere ud af formuleringen og ordlyden. Den fleksible fortolkningsmetode kan nemlig betyde, at parterne ikke længere har incitament til at indgå så komplette kontrakter som muligt, og dermed overlader manglerne til domstolene. Der er specielt tale om de forhold, hvor parterne koncentrerer sig om minimering af front end omkostningerne, og derfor lader en del af kontrakten være åben for fortolkning, hvorfor det bliver op til domstolene at færdiggøre aftalen.¹⁷² Der kan opstå klassiske moral hazard situationer, hvor parterne udnytter deres private viden til at øge deres egen stilling i aftaleforholdet.¹⁷³ Da domstolene ikke har garanti for at kunne verificere oplysninger om forhold og /eller handlinger kan denne afvejning af transaktionsomkostninger blive omkostningsfuld.

Vælger parterne i stedet at lægge stor vægt på back end omkostningerne, og dermed bruger præcise termer og vilkår i kontrakten, så øges front end omkostningerne, da det bliver mere ressourcetungt i starten af aftaleforholdet. Teoretikere diskuterer ligeledes, at domstolene generelt skal afholde sig fra at opretholde vage termer, som afføder urimeligt høje verifikationsomkostninger.¹⁷⁴

Der er tale om erhvervsdrivende parter i denne afhandling, hvorfor det er tilladt at stille større krav til parternes evner i forhold til indgåelse af aftaler ift. forbrugerforhold. Man kan derfor godt tillade en strengere fortolkning af det skrevne ord, og dermed tillægge den oprindelige skrevne kontrakt større fortolkningsmæssig betydning.

Ordlydsfortolkningen er mindre fleksibel, men mere forudsigelig, da parterne med stor sandsynlighed ved, hvilket udfald tvisten vil få.

¹⁷¹ Cohen, s. 85

¹⁷² Scott & Trianti, s. 835

¹⁷³ Cohen, s. 85

¹⁷⁴ Scott & Trianti, s. 835

Kontrakter ændrer sig over tid, og de forhold som aftalen blev indgået under vil med garanti ændre sig. Det vil derfor ikke altid være efficient at holde sig til den oprindelige kontrakt.

I et retssystem af en vis standard, hvor aftaleparter stoler på domstolenes evner til at fortolke aftaler, vil der være en tendens til at kontrakter bliver skrevet mere vagt, da dette minimerer transaktionsomkostningerne. Stoler man på domstolenes evner er det ikke et problem, da de så vil udfylde aftalen og gøre kontrakten komplet.¹⁷⁵ Ulempen er, at fleksibiliteten kan ende med, at gøre ”back end” omkostningerne meget høje.

Det skal erindres, at der er en formodning for, at parternes aftale er så tæt, som det er muligt på den komplette kontrakt, hvorfor domstolene skal være påpasselige med at ændre den medmindre, der er tale om stor økonomiske ineffektivitet.

Afvejningsproblematikken bør derfor kun omhandle de situationer, hvor der kan ske en hel klar forbedring rent effektivitetsmæssigt.

Fordelene ved manglende eller undladelse af indgriben er, at parterne ikke skal bekymre sig om hvornår og hvordan, og derfor ikke undlader at indgå samfundsøkonomiske optimale aftaler eller opkræver risikopræmier. Parterne kan derfor udlede deres retsstilling ud fra kontraktens ordlyd, og det medfører, at der sker en omkostningsminimering ift. genforhandling, sagsanlæg etc..

Ulempen er dog, at parterne nu er meget afhængige af kontraktens ordlyd. Da der i denne afhandling er tale om senere indtrufne omstændigheder, så kan dette blive et stort risikoproblem. Kontrakten har altså stor risiko for at blive ex post ineffektiv.

¹⁷⁵ Scott & Trianti, s. 835

8 Retsøkonomisk analyse af retspraksis

Efter at have gennemgået den relevante retspraksis og den retsøkonomiske teori kan man nu sætte de to op imod hinanden, og udlede om dansk retspraksis følger den økonomiske teori. I forbindelse hermed er det ligeledes muligt at udlede om den danske retspraksis er efficient.

I den retsøkonomiske analyse blev det slået fast, hvad der menes med økonomisk efficiens, og hvordan domstolene burde agere for dermed at komme frem til det samfundsmæssige bedste resultat.

Jeg har bygget dette afsnit op på den måde, at jeg tager dommene en for en og analyserer dem ud fra det retsøkonomiske perspektiv. Efter hver dom vil jeg kunne konkludere hvorvidt domstolene har brugt den økonomiske efficiente metode.

8.1 Brug af teorier

8.1.1 Impracticability

Analysen af ”impracticability” dommene bygger på følgende;

- Er omstændigheden noget som en eller begge af parterne *burde/kunne* have forudset?
- Hvilken af parterne er superior risk bearer, og dermed den nærmeste til at bære risikoen?

Lige meget om svaret er ja eller nej til ad. 1, så skal man stille spørgsmålet om hvem, der er nærmest til at bære risikoen. I tilfælde af at svaret til ad. 1 er afkræftende, så er spørgsmålet om superior risk bearer mere relevant i forhold til forsikringssituationen, og om hvilken en af parterne, som er bedst i stand til at bære risikoen for omstændigheden.

8.1.2 Good faith

Situationen er en lidt anden når man ser på good faith afgørelserne, da der her kan være tale om situationer som faktisk er reguleret af kontrakten, men som tilsidesættes eller ændres grundet andre forhold. Disse afgørelser falder ikke ind under ”impracticability” teorien, men er alligevel inddraget i afhandlingen, da de er udtryk for ånden i AFTL §

36. Analysen af disse afgørelser bliver af en lidt anderledes karakter, da der her skal lægges vægt på en anden del af risikoafvejning.

Relevante spørgsmål som inddrages i analysen;

- Er den ændrede omstændighed noget som parterne *burde/kunne* have forudset ved aftaleindgåelsen?
- Er vilkåret reguleret i kontrakten?
- Hvad er den hypotetiske partsvilje?
Kan man ændre aftalen så den matcher det som parterne ville have aftalt, hvis de havde alle forudsætninger til stede for en perfekt kontrakt?

8.2 Retspraksis i retsøkonomisk perspektiv

Den følgende analyse bygger på økonomiske konsekvenser af retspraksis. De overordnede juridiske hensyn er listet op i gennemgangen af retskilderne i kapitel 2 og 3.

Som beskrevet er det domstolenes opgave, at sikre aftaleparter har incitament til at skrive kontrakter, som regulerer de forhold og omstændigheder, som *ex ante* medfører lavere omkostninger end de forventede omkostninger *ex post* ved genforhandling, håndhævelse etc. Incitamentskabelsen sker via retspraksis og fortolkning af kontrakter. Sker denne på fornuftig og effektiv vis, så har aftaleparter en standard til deres fremtidige aftaleindgåelser.

8.2.1 Impracticability

8.2.1.1 Konventionalbod, branchevilkår og standardkontrakter

Den første dom er U.2011.284V om konventionalbod. Det antages, at der er tale om en standardkontrakt mellem parterne¹⁷⁶, der som udgangspunkt skal håndhæves, da det vil minimere transaktionsomkostningerne.¹⁷⁷ Håndhæves standardvilkårene ikke, skal alle betingelser og vilkår i stedet forhandles mellem parterne og dette kan blive dyrt. Standardvilkår skal læses i deres helhed, da de er det aftalegrundlag parterne bygger deres fremtidige forhold på. Er der indsat ualmindelige vilkår eller forhold bør

¹⁷⁶ Samarbejdsaftaler mellem mindre vognmænd og transportfirmaer forhandles sjældent individuelt.

¹⁷⁷ Da standardvilkårene overflødiggjør en længere forhandlingsproces.

koncipisten dog fremhæve disse, da det gør fremtidige uenigheder, og dermed transaktionsomkostningerne, mindre. Konventionalbod og konkurrenceklausuler er almindelige i mange brancher, hvorfor aftaleparter må antages at være bekendte hermed.

De kontraherende parter i U.2011.284V må have været bevidste om vilkårene, og været indforstået med dem, da kontrakten ellers ikke ville være indgået. Der må derfor være tale om en Pareto-optimal kontrakt, da parterne har indgået en aftale uden forhandling af konkurrenceklausulen, og det må lægges til grund, at parterne har haft til hensigt at opfylde kontraktens ordlyd.

Forholdet med ansættelse, og ikke-selvstændig virksomhed må formodes at have været forudsigeligt i hvert fald for A, da han har størst indsigt i egen tilværelse, og dermed har vidst at der ville kunne opstå situationer, hvor han tog arbejde for andre transportvirksomheder. A må derfor være nærmest til at bære risikoen for at kontrakten ikke har været præcis nok i sin formulering.

Økonomisk er det efficient at opfylde kontrakten til dens ordlyd, da det må have været parternes ønske fra start. Da dette også er hvad Vestre Landsret kom frem til, må man konkludere at domstolene på dette punkt opfylder efficienskriterierne. At boden nedsættes må sættes ift. proportionalitetsprincippet, og er juridisk set korrekt.

Økonomisk set øger det ex ante omkostningerne, da parterne ikke kan vide sig sikre på at det aftalte holder i retten.

En del af den samme argumentation kan bruges i U.2009.2800SH hvor L havde indgået aftaler med 6 vognmænd. Kontrakterne var affattet af L, og må derfor have natur af en standardkontrakt, hvor kontrahenten ikke har haft individuel forhandling om vilkår.

Forskellen fra den forrige sag er, at L havde misligholdt sin del af kontrakten, og opsagt vognmændene med to dages varsel mod den aftalte måned, da L mistede sin kontrakt med hovedklienten, UPS. Sø – og Handelsretten tilsidesatte vilkåret om konkurrenceklausul og konventionalbod, da det måtte anses for værende i strid med god handle måde, jf. AFTL § 36.

Økonomisk set må det anses for korrekt, da man ikke kan lægge til grund, at vognmændene ville acceptere en mulig bod på kr. 250.000 med mindre de fik noget til

gengæld i form af sikkerhed for deres ansættelse, og parterne må anses for at have indgået den kontrakt, som har stillet dem begge optimalt. Havde man fastholdt vognmændene i deres konkurrenceklausuler havde man re-allokeret risikoen, og pålagt den vognmændene, som ikke havde megen indflydelse på L's forhold til kunderne. Igen kan man konkludere, at domstolen kom frem til det rigtige resultat – både med juridiske øjne, økonomiske synsvinkler og rent moralsk.

Formodningen er at professionelle parter, som agerer inden for deres erhverv må have en stor viden om forhold, som kan få afgørende betydning for deres aftaleindgåelser. De forhandler aftaler på plads, som allokerer risiko på en sådan måde, at begge parter føler de tjener på aftalen. Parter af en vis ligevægtig størrelse må derfor kunne antages at have indgået så komplette aftaler som muligt. Ifølge Wilhelmsen bør det kun være aftaleforhold og vilkår, som parterne ikke kan forstå til grund, som skal tillades tilsidesat, da det kun er disse aftalebestemmelser, som bliver ex post ineffektiv.¹⁷⁸

Aftaler om konkurrenceklausuler er ikke nødvendigvis en del af standardkontrakter, men kan aftales i individuelt forhandlede kontrakter. Klausulerne vil da have en tendens til at blive tolket strengere, da de har været genstand for forhandling. Grundet den individuelle forhandling bør der lægges tungtvejende forhold til grund før vilkårene kan tillades tilsidesat.

Det antages ind imellem i retsøkonomisk teori, at konkurrencen på markederne er i stand til at sikre effektive kontrakter, og dermed også effektive standardvilkår.¹⁷⁹ Da standardkontrakter som regel ikke er individuelt forhandlede vilkår vil de stort set aldrig fordele risikoen på en komplet optimal måde. De er dog tæt på at være økonomisk effektive, da de fordele, der opstår ved at parterne ikke skal forhandle om alle vilkår, opvejer de ulemper, der er ved at individuelle vilkår ikke kan forhandles på plads. Der vil dog være situationer, hvor det vil være urimeligt, og helt klart imod parternes intentioner, at opretholde samtlige vilkår i en standardaftale.

¹⁷⁸ Wilhelmsen, s. 81 og s. 215. Den ressourcetsvage part "lacks the aptitude, experience and judgemental ability to make a deliberative and well-informed judgement concerning the desirability of entering into a given complex transaction"

¹⁷⁹ Posner (2007)

Da standardaftalen netop er valgt for at minimere front end omkostningerne, er der pålagt domstolene en større rolle, når der er tale om fortolkning og udfyldning. En af de vigtigste opgaver for domstolene er, at sørge for incitament og forhindre opportunistisk adfærd. Havde man i U.1986.496H ladet vilkåret om modregningen af depositum i den oprindelige kontrakt tilsidesætte, ville der opstå en situation, hvor parter i lignende kontrakter fremadrettet ville sørge for at bruge mere tid på at forhandle de små detaljer på plads, og omkostninger vil derfor forøges. Ved at domstolene sætter en grænse for, hvad der kan anses som værende urimeligt, vil der øges incitament for at indgå lignende aftaler i fremtiden på de gængse standardaftaler.

En type af standardaftaler som ofte er brugt, er branchevilkår. Disse er forhandlet på plads mellem ligevægtige parter, som må kunne antages at have den fornødne forhandlingsstyrke og viden til at kunne varetage deres interessenters interesser. De fleste faggrupper har interesseorganisationer, der har indgående kendskab til sædvaner og kutymer, som bliver inkorporeret i brancheaftalerne, så de afspejler de behov, der findes i branchen.

Som nævnt i den økonomiske teori er parterne i komplekse og indviklede aftaler som hovedregel altid mere informerede om forholdene end domstolen er. Der skal derfor være helt specielle forhold til stede, før en domstol bør tilsidesætte aftalevilkår, som er forhandlet på plads mellem parter til sådanne aftaler.¹⁸⁰ Aftalerne varetager aftaleparternes interesser langt bedre og mere effektivt end den almindelige aftaleret, køberet og erstatningsret ville kunne gøre. Når parterne til sådanne aftaler kan vælge et helt sæt standardvilkår i stedet for enkeltvis forhandling, spares der mange omkostninger både ved aftaleindgåelsen og ved senere tvister, da langt færre konflikter vil nå til domstolene.

Når domstolen derfor i U.1981.870V kommer frem til at vilkår i aftaler, som ikke følger branchevilkår skal tilsidesættes, er der en god begrundelse. Domstolene skaber her incitament til, at parterne skal indgå standardaftalerne og dermed minimere omkostninger og usikkerhed.

¹⁸⁰ Diskussionen i Sepe går på, at der ved kompleksitet er en antagelse for, at parterne har brugt meget tid og mange ressourcer på at forhandle vilkår og betingelser på plads, så de passer til den eksakte opgave.

8.2.1.2 Ufuldstændige kontrakter

Ufuldstændige kontrakter er som oftest værdiskabende ex ante, da parterne har givne forudsætninger og antagelser lagt til grund for deres deltagelse i aftalen. Når der opstår situationer, hvor parterne ikke har reguleret risikoen, er kontrakten ikke nødvendigvis længere værdiskabende ex post, da der kan blive pålagt den ene part en hel del risiko, som der ikke var taget højde for, og som derfor ikke er ”modregnet” andetsteds i aftalen. Pålægges man fra domstolens side al risikoen på løftegiver, kan man risikere at aftaleparter er mere tilbageholdende med at indgå aftaler, som ikke er beskrevet ned til den mindste detalje. Sker dette øges de samfundsmæssige omkostninger.

Det skal have sig i mente fra kapitel 4, at når parterne ikke har taget højde for fremtidige hændelser, er det meningsfuldt at se på, om hændelsen *kunne* forudses, og om parterne i så fald ville have allokeret risikoen anderledes. Er der tale om situationer, hvor parterne bevidst har undladt at medtage vilkår pga. transaktionsomkostninger, er det relevant at se på, om parterne *burde* have taget det med i aftalen.

Posner & Rosenfield, Wilhelmsen m.fl. omtaler, at man skal søge at finde superior risk bearer – den part som er nærmest til at forudse en given omstændighed, hvis den vel at mærke er mulig at forudse.

En organisation af malere burde kunne have forudset deres samlede udmeldelse af en interesseorganisation kun 6 måneder efter deres indmeldelse.¹⁸¹ At Danske Malermestre (DM) alligevel fik del i en oprettet hjælpefond på trods af aftale om at udmeldelse ikke giver sådan adgang, bliver retfærdiggjort ved, at det ville være yderst urimeligt ikke at give adgang.

Udgangspunktet er, at aftaler er bindende. DM må være at anse som en aftalepart af en vis størrelse, og burde have ressourcer til at forhandle en god aftale på plads for deres medlemmer. Den meget korte deltagelse i BYG tyder på, at situationen ikke har været tænkt helt til ende, og at man ikke har taget højde for situationen. DM må derfor være nærmest til at bære risikoen for, at omstændigheden om udtrædelse og genstiftelse af DM kunne finde sted. Set i dette lys er det derfor økonomisk effektivt at lade risikoen falde på DM, og dermed nægte dem adgang til hjælpefondens midler. Dette er det

¹⁸¹ U.1998.281H

modsatrettede resultat af Højesteret, som giver DM adgang, men som dog ikke giver dem det fulde indskudte beløb retur.

Den samme argumentation bruges i U.2006.87H, hvor et gartneri købte materialer til deres væksthuse, som ikke kunne tåle forholdene. Gartneriet lagde ved deres accept af købstilbuddet til grund, at materialerne skulle bruges til et specielt formål, og sælgeren formodes at være bekendt med dette. Gartneriet må antages, at ville have forhandlet en anden kontrakt på plads med Plannja A/S hvis de havde vidst, at materialerne kunne være mangelfulde. Det vigtige aspekt i denne sag er, at bestemmelsen om ansvarsbegrænsningen ikke blev tilsidesat. Domstolen opretholder dermed linjen om, at professionelle aftaleparters standardvilkår er Pareto-optimale, og sikrer dermed ex ante efficiens og minimering af transaktionsomkostningerne.

Ufuldstændige kontrakter, som diskuteret lige oven for, findes selvfølgelig også i situationer, hvor der er tale om individuelt forhandlede aftaler og ikke standardvilkår. I aftaleforhold med et højt niveau af branchekendskab og ekspertise, kan der opstå meget komplekse aftaler. Parterne kan enten vælge at bruge meget tid og/eller ressourcer på aftaleindgåelsen eller vælge at lade kontrakten være ”åben” for de forhold, som har vist sig for omkostningstunge at indgå aftale om. I den sidstnævnte situation efterlader de et vidt skøn til domstolene.

Det behøver ikke kun være aftalevilkår, men noget så banalt som ordvalg. I U.1977.306H blev ordet ”nøglefærdigt” et stort konflikt punkt, da det pludselig ikke var helt klart, hvad parterne havde haft i tankerne. På den ene side har det været omkostningsminimerende at vælge ordet nøglefærdigt, da det kan spænde vidt og bredt. Parterne har vurderet, at det er mest optimalt at skubbe transaktionsomkostningerne til back end, og undlade at bruge ressourcer på det up front. Løsningen vil være optimal i det øjeblik front end omkostningerne overstiger evt. back end omkostninger. Har parterne ikke ment at forholdet har haft chance, eller kun en lille chance, for at komme hele vejen til domstolene, er det den optimale løsning. Risikoen opstår først, når sagen er kommet for domstolen, som skal søge at finde den bagvedliggende betydning med ordvalget. Transaktionsomkostningerne som opstår på dette tidspunkt omfatter derfor både de egentlige udgifter der er til at køre sagen, men også de omkostninger, som

opstår pga. domstolens manglende indsigt i retsforholdet. I disse komplekse retsforhold skal domstolen derfor opretholde helt specifikke vilkår.¹⁸²

I den pågældende sag pålægger Højesteret risikoen på løftegiver (entreprenøren) for forhold, som ikke har været helt afklarede ved aftaleindgåelsen. Set i lyset af, at det er en professionel leverandør, som må være nærmest til at se eventuelle risici, eller i hvert fald forsikre sig imod det, har domstolen gjort det rigtige og fastholdt konventionalboden, dog nedsat i forhold til det ønskede.

Aftaler, hvor alle omstændigheder ikke er reguleret, kan være ex ante efficiente men ineffektive ex post. At parterne udelader specifikationer af forhold kan både være pga. begrænset rationalitet eller bevidst for at minimere omkostningerne. I de situationer er det op til domstolene at udlede den ”hypotetiske” partsvilje. Aftaleparter sidder med deres egen information om egne evner, midler etc. Der er altid et aspekt af asymmetrisk information, som vil påvirke forhandlingsstyrken.

Sebastian dommen er et rigtig godt eksempel på økonomiske risikobetragtninger i forhold til aftaler. Højesteret har forsøgt at ændre den oprindelige aftale således, at den afspejler parternes egentlige ønsker og forventninger, og dermed øget værdien af aftalen. Dommen er ikke afsagt ved anvendelse af AFTL § 36, men ved brug af forudsætningslæren i stedet. I min optik kunne det dog lige så godt have været omvendt. Parterne havde ikke indsat bestemmelser i aftalen vedr. risikoen for at værket ikke blev opført. Det Kongelige Teater har mange års erfaring på området og burde være i stand til at kunne garantere en koreograf. Teatret er løftegiver i denne situation og er samtidig superior risk bearer. Da de ikke kan opfylde deres del af aftalen, må det konkluderes ud fra Posner & Rosenfields artikel, at der ikke skal gives lov til at fritage dem fra deres løfte om fremtidig indtægt, hvilket også var hvad Højesteret kom frem til.

I sagerne SH2003.H-0008-02 (salg af virksomhed), U.2001.1011H (Carlsberg-depot) og U.2001.1474H (leje og administration af skibe) opstod der hændelser, som ikke specifikt var reguleret af aftalen. I alle tre sager blev der nægtet tilsidesættelse af aftalevilkår mod sagsøgeren. Alle tre sagsøgere sad med vigtig viden om egne forhold, som ikke blev meldt ud til modparten (asymmetrisk information). Det må derfor være

¹⁸² Sepe, s. 51

sagsøger, der sidder med risikoen for, at de indtrådte omstændigheder indtræder. Spørgsmålet om, hvorvidt det kunne eller burde have været forudset er svært, men må kunne besvares bekræftende. Parterne ville ikke have allokere risikoen anderledes, da de sagsøgte allerede havde strakt sig langt for at få aftalen i stand. Havde man valgt at tillade tilsidesættelse af de omtalte forhold, havde domstolen re-allokeret risikoen og ændret hele grundlaget for aftaleforholdene.

En sag der er interessant set i lyset af, hvad erhvervsdrivende parter *burde* huske at tage med i deres aftaler er U.1989.1039/3H. Løftegiver i denne sag er nærmest til at bære risikoen for manglende aftalevilkår vedr. syn – og skønsundersøgelser. At han ikke får forhandlet det ind i aftalen med ejerforeningen er ærgerligt, men burde have været en del af hans erhvervs erfaring. Domstolen gør ret i ikke at fritage ham fra hans løfte, og det stemmer overens med konklusionerne fra Posner & Rosenfield.

Lidt modsat ses det i U.1982.176H, hvor et aftaleforhold om løbetid ikke tilsidesættes, da der er forhandlet en god, alternativ pris. I denne sag ville superior risk bearer være forsikringsselskabet, da de er nærmest til at forudse deres egne fremtidige udbud af produkter. At forholdet ikke tilsidesættes må begrundes ved, at der er givet rabat på den oprindelige pris. Forsikringsselskabet har dermed gået på kompromis, men kunne i teorien have taget fuld pris. Da det ikke er tilfældet må parterne siges at have optimeret deres fælles aftale, da aftalen med en klausul om udtrædelse af aftalen ikke ville være blevet accepteret af forsikringsselskabet. Aftalen ville i så fald ikke være kommet i stand og ville ikke gavne samfundsøkonomisk.

8.2.2 Good faith

Når aftaleparter indgår aftaler, lægger de hver især en masse ting til grund for aftalen og for de vilkår og betingelser, som de accepterer. Specielt i længerevarende aftaler kan der opstå situationer, hvor omstændighederne har forandret sig så meget, at det oprindelige aftalegrundlag ikke længere kan opfyldes ved den skrevne kontrakt.

I juraen fortolkes der indimellem på baggrund af forudsætningslæren, som giver domstolene ret til at tilsidesætte aftaler eller dele heraf, hvis forudsætningen for aftalen ikke længere er til stede, og aftaleparten derfor ikke får det ud af kontrakten, som han havde forventet.

Baggrunden for dette skal findes i, at aftaleparten aldrig havde indgået kontrakten, hvis han havde haft viden om de fremtidige forhold. Rent økonomisk giver dette god mening, da kontraktens værdi ex post formindskes betydeligt, hvis den gennemtvinges på trods af den uforudsete omstændighed. Forsøger man i stedet at tilpasse kontrakten ex post, så den svarer til det parterne ville have indgået, så skaber man værdi ex ante.

Aftalevilkår skal vurderes i lyset af den tid, hvor aftalen skal opfyldes. Retssamfundet er dynamisk og lader man aftalevilkår fra gammel tid stå, og lader dem opfylde i en anden tidsalder, kan aftalerne miste deres oprindelige formål. Der skal ske en afvejning af forholdenes forandring i forhold til opfyldelsen af kontrakten og det faktum, at det rent økonomisk er ønskværdigt at opretholde aftalevilkår. Der skal derfor være tale om mulighed for store velfærdsforøgelse ved at tilsidesætte aftalevilkårene, da tilsidesættelse medfører usikkerhed og øgede transaktionsomkostninger. Ved at fastholde aftaler, som er indgået under væsentligt anderledes forhold end dem som aftalen skal opfyldes under, risikerer man at mindske den samlede værdi.

I SH.2011.H-105-04S skulle en 35 år gammel aftale opfyldes, men samfundsforholdene havde ændret sig i en sådan grad, at det for den ene aftalepart ikke længere var rentabelt. Risikoen havde forskudt sig, så den reelt set var re-allokeret, og supermarkedet havde fået en større del af risikoen, men et mindre payoff i den forstand, at de ikke kunne drive en forretning på det foreliggende grundlag. ”Impracticability” taler for at fastholde aftalevilkåret, men skal man skabe værdi på det nuværende marked, så vil det gavne helheden at tilsidesætte et, set med nutidens øjne, urimeligt aftalevilkår. Set i lyset af teorien om ”good faith”, så er forholdet ikke et, som man kunne forvente parterne at have forudset, hvorfor det kan undskyldes, at det ikke er medtaget i den oprindelige aftale. Forholdet om salg af brødvarer er principielt reguleret i aftalen, men det kan ikke antages at have været en del af den oprindelige ide, *havde* købmanden kunne forudse samfundsudviklingen.

Havde parterne kunne forudse den fremtidige udvikling af samfundet ville de ex ante have indgået en anden aftale, da supermarkedet ellers ikke ville have indgået den pågældende aftale. Sø – og Handelsretten kom frem til det økonomisk set korrekte, da de valgte at tilsidesætte aftalevilkåret og lade supermarkedet sælge brød.

Samme konklusion drages i ”Den Lejede Mark”-dom (U.2004.2518V), hvor lejen af jorden blev øget pga. ændringer i omstændighederne, som gjorde de oprindelige kontraktvilkår urimelige i forhold til udlejer. Den oprindelige aftale blev indgået i 1847, og kunne med rette ikke forudse, at inflationen og prisniveauet for jord ville stige i en grad, som det har gjort. Alt afhængigt af forholdene på tidspunktet for kontraktindgåelsen kan det diskuteres, om parterne burde have indsat en indeksregulering af lejen. Som i ovenstående afgørelse er forholdet ligeledes reguleret, men kan ikke siges at være en del af den formodede partsvilje. Havde parterne været i en situation med fuld information, ville udlejer ikke have indgået en aftale, som vil ende med at sætte ham eller hans efterkommere i en så ufordelagtig situation. Den korrekte konklusion er derfor, som landsretten også kommer frem til, at vilkåret om lejebeløb tilsidesættes som urimeligt set med nutidens øjne.

I U.2002.1224H (Tango Jalousi) var aftalen indgået i 1923. Havde parterne da kunne forudse en samfundsudvikling med radio, TV etc., så havde aftalen højst sandsynligt set anderledes ud. Man vil ligeledes i dag tildele erstatning i stedet for en re-allokering af indtægter fra salg. En konstant strøm af indtægter, holdt op imod en meget lille eller ingen risiko for successen af værket, er i dag ikke noget der anvendes i branchen. Der ville i stedet blive givet en kompensation for at udligne risikofordelingen. Specielt forholdet med samfundsudviklingen har vægtet højt, da det anses for *urimeligt* at fastholde parter i en uholdbar situation. Det vigtige element i afgørelsen er risk/reward situationen, som jo er hele baggrunden for den retsøkonomiske analyse. Parterne er villige til at påtage sig større risiko, hvis de har en chance for at opnå et højere afkast. Disse elementer bliver bragt ind i den samlede aftale, hvorfor domstolene skal tage de nævnte overvejelser med i deres afgørelse. At aftalevilkåret tilsidesættes kan retfærdiggøres ved, at der ikke var mulighed for at forudse samfundsændringerne, som i ovenstående sager. Lige præcis i denne afgørelse er det ekstra svært at argumentere for, at parterne burde kunne forudse forandringerne, da der på aftalens indgåelse ikke havde fundet en teknologisk udvikling sted, som den vi kender fra de sidste 20 år.

Anderledes konklusion kom Højesteret frem til i U.2003.23H (Tintin), hvor aftalevilkåret ikke kunne tilsidesættes pga. øget popularitet. Oversætterten formodes at have været bekendt med branchevilkår og kutymmer, og burde derfor have været

indforstået med, at de almindelige aftaler ikke tog højde for evt. fremtidig succes. Han burde derfor have forhandlet sig frem til anderledes forhold. At aftalen indgås på gældende markedsvilkår, som forandres over tid, kan ikke være grund nok til at tilsidesætte aftalen, da forlaget så mister den værdi, som de "fortjener" ved at have påtaget sig en risiko ved aftaleindgåelsen. Ved at undlade at tilsidesætte aftalevilkåret skaber man værdi for samfundet, da der i fremtiden skabes incitament til at indgå risikobetonede aftaler med et muligt forhøjet payoff. I denne sag fastholder man aftalevilkåret og sikrer fremtidige aftaler, og domstolen bemærker, at oversætteren efter nutidens forhold ikke ville kunne have indgået en anderledes aftale, end den han oprindeligt indgik. Der er derfor ikke grundlag for at stille ham bedre på trods af det lange tidsinterval fra aftaleindgåelsen, hvilket stemmer rigtig godt overens med idéen om, at aftaler skal fortolkes i den tid, de opfyldes i. Grunden til at partsviljen her ikke slår igennem må antages at være den, at parterne *i dag* ikke ville have indgået en anderledes aftale. Forholdene omkring forlagsbranchen har altså ikke ændret sig i en sådan grad, at man kan retfærdiggøre at tilsidesætte aftalevilkår på baggrund af den hypotetiske partsvilje. Valgte man at tilsidesætte aftalevilkåret, så kan man ende med at forfordele oversætteren, da han i så fald stilles bedre, også efter nutidens forhold, end han egentlig burde. At Højesteret valgte at fastholde aftalevilkåret kan derfor anses som efficient.

Ud fra samme synspunkt kan man se U.1991.4/3H, hvor en bestemmelse om retten til at udpege administrator blev tilsidesat. Det bliver ikke nævnt direkte i domspræmisserne, men der kan argumenteres for at man oprindeligt lagde til grund, at betingelserne i administratoraftalen, nemlig salget af samtlige lejligheder, ville ske i en ikke al for fjern fremtid. 15 år efter er der stadig lejligheder, som ikke er solgt, og betingelserne for at ændre retten til at udpege administrator er derfor ikke opfyldt.

Søger man at opfylde parternes fælles ønsker, kan man argumentere for, at ingen er interesserede i at deres rettigheder afskæres i alt for lange perioder, og 15-30 år er en lang periode. Da aftalen blev indgået, har risikoen været fordelt på given måde, da det ved udgangspunktet maksimerede værdien for begge parter, men 15 år senere har opfyldelsen af aftalen ikke udviklet sig som forventet, hvorfor man må antage at parterne, hvis de havde haft denne information på kontraheringstidspunktet, ville have

fordelt risikoen anderledes. Det bevirker, at aftalevilkåret bør tilsidesættes, hvilket det også blev.

Den sidste gruppe af sager, som jeg har taget med i afhandlingen er sager, som inkluderer det offentlige som en aftalepart. Der er her også tale om situationer, hvor AFTL § 36 bliver påberåbt men ikke finder anvendelse på trods af, at aftaleforholdene ikke vil kunne konstateres for rimelige i almindelig moralsk og/eller etisk forstand.

I sager med det offentlige bliver der lagt andre forhold til grund. Specielt bliver der taget højde for, om aftalerne gavner helheden og samfundet generelt. Kontrakterne bliver indgået mellem erhvervsdrivende parter, som kan få mulighed til at ændre betingelser og vilkår, hvis de forhandler om det. Når aftalen indgås er det antaget, at parterne har fået forhandlet sig så tæt på den optimale kontrakt som muligt på det givne tidspunkt og med de givne informationer. Afvejningen skal tages i det lys, at bliver aftalen ikke indgået vil den ikke skabe værdi for samfundet som helhed. Det er et spørgsmål om at skabe den største output, jf. Kaldor Hicks teoremet, og kan man det er fordelingen underordnet.

I sagerne med tinglyste rettigheder til fordel for kommunerne, bliver der lagt stor vægt på, at aftalerne ikke skal komme samfundet til skade, og der skal derfor ikke være mulighed for spekulation i grundpriser etc. fra modpartens side. På denne baggrund nægtes tilsidesættelsen af aftalevilkår som stiller modparten økonomisk ringere end han ville, hvis aftalevilkåret ikke havde været inkorporeret i aftalen. Grundpriser accepteres altså lagt fast, selv over lange perioder (U.1986.242Ø) og erstatning skal betales, hvis man ikke overholder den skriftlige aftale med kommunen (U.1991.429/2H). Højest sandsynligt fastholder domstolene de aftalte bestemmelser ud fra ideen om, at aftalerne med det offentlige skal komme helheden til gode. Tillader man spekulationsopkøb vil det i sidste ende være den almene borger og dennes skattepenge, som betaler for at en virksomhed tjener penge på jorden.

8.3 Opsamling

Ud fra ovenstående analyse af retspraksis set med retsøkonomiske øjne, kan det konkluderes, at der i praksis sker en overvejende velovervejede økonomisk fornuftig hensynsafvejning i dansk ret. Domstolene kommer i langt størstedelen af sagerne frem

til det økonomisk efficiente resultat, og kan dermed siges at skabe værdi ex post. Det betyder, at der skabes incitament ex ante til at indgå aftaler, som ikke nødvendigvis er fuldstændig komplette, da domstolene får udfyldt og fortolket aftalerne optimalt.

Forholdet til afvejningen mellem hensynet til aftalernes fleksibilitet og hensynet til forudsigeligheden er dermed afgørende for, om domstolenes praksis er at anse for optimal. At tillade regulering af kontrakterne ex post betyder, at aftaleparter i større grad kan indgå aftaler, som ikke nødvendigvis tager højde for alle fremtidige forhold. Det har den skyggeside, at hvis der ikke kan lægges afgørende vægt på ordlyden af aftalen kan transaktionsomkostningerne stige, da usikkerheden kan afholde erhvervsdrivende fra at indgå risikobetonede aftaler, og det kan koste dyrt i form af domstolsafgørelser behæftet med fejl.

Det der taler imod at domstolene ændrer i aftalerne er, at erhvervsdrivende ofte indgår aftaler på baggrund af specifikke risikoallokeringer, og dermed har brugt mange ressourcer i front end. Tillader man tilsidesættelse af pågældende vilkår øges de samlede transaktionsomkostninger. Komplexitet i aftalerne taler for, at domstolene undlader at tilsidesætte vilkår og opretholder aftalens ordlyd, men kan også betyde at aftalen ender ex post ineffektiv, da omstændighederne kan have ændret sig betragteligt.

Det kan udledes fra min analyse at aftaler indgået på standardkontrakter og branchevilkår, som oftest tillades og skaber den nødvendige sikkerhed omkring aftalen. Standardaftalerne minimerer omkostningerne og giver parterne mulighed for at indgå efficiente aftaler. I de situationer, hvor der er tale om tydelig opportuniste fra koncipistens side tilsidesættes vilkåret dog, da der ikke ønskes at skabe incitament til sådan opførsel.

Det kan ligeledes udledes fra min analyse, at retlige standarder og den fleksibilitet, der ligger i disse tillades og bedømmes ud fra sædvaner og kutymer på det pågældende marked. I længden vil dette resultere i øget værdi og minimerede transaktionsomkostninger, da aktørerne ikke skal forhandle alle forhold på plads i komplekse og indviklede sager. Risikoen ligger dog i, at domstolene ikke har den fornødne viden eller ekspertise til at sætte sig ind i forholdene, og dermed er der er risiko for, at standarderne bedømmes forkert.

Ved fortolkning af ufuldstændige kontrakter står det klart, at domstolene forsøger at finde den hypotetiske partsvilje og i høj grad lægger vægt på, hvilken part der er nærmest til at forudse risikoen og forhindre omstændigheden i at opstå. I disse situationer kan der opstå fortolkningsfejl, da rimelighedsbedømmelser bliver en større del af afgørelsesgrundlaget.

I situationer, hvor der er lang tid fra aftaleindgåelsen til aftaleopfyldelsen eller i de situationer, hvor aftalen løber over længere tid, kan det udledes, at domstolene sætter aftalen i nutidens lys og forsøger at komme frem til det resultat, som parterne ville have forhandlet sig frem til, havde aftalen været indgået i nutiden. Det må siges at fleksibilitetshensynet her vejer tungest, og at sikkerhedshensynet nedtones. Risikofordelingen synes dog at forsøges opretholdt, da domstolene søger at udligne aftalerne og dermed ikke pålægger hele risikoen for den ændrede samfundssituation på den ene part.

Det er samtidigt værd at bemærke, at der specielt i sager med det offentlige som part lægges meget stor vægt på, hvad der er bedst for samfundet og for helheden. I disse situationer synes domstolen at dømme ud fra sikkerhedshensynet og ikke fleksibilitetshensynet i et forsøg på at gavne samfundet som helhed.

9 Konklusion

AFTL § 36 har været en central del af dansk lovgivning i mange år. Bestemmelsen har haft stor betydning for specielt forbrugerforhold, men kan også bruges i forhold mellem erhvervsdrivende.

Det er i erhvervsforhold vitalt, at man har øje for de kontrakter, der indgås, da der som regel altid vil være en aftalt risikodeling, som parterne tager højde for i deres forhandlinger. Der skal derfor være tungtvejende argumenter for at tilsidesætte allerede aftalte vilkår. Når aftalen ikke besvarer spørgsmålet om handlingsforløbet efter en senere indtruffen omstændighed, er det op til domstolene at fortolke og udfylde aftalen på bedst mulig vis.

AFTL § 36 bygger på begrebet rimelighed, og skal en aftale vurderes ud fra rimelighedsovervejelser, er det nærliggende at søge den økonomiske efficiente løsning. Når en aftale er økonomisk efficient, er den nemlig værdimaksimerende for parterne og for samfundet og kan derfor ses som rimelig i sin helhed.

Alle aftaler bliver indgået under en vis usikkerhed, da parterne er bundet af deres begrænsede rationalitet, transaktionsomkostninger, asymmetrisk information etc. Det betyder, at deres aftaler på aftaletidspunktet kan anses som Pareto optimale, da de på daværende tidspunkt lægger alt tilgængelig information til grund for deres aftale, og dermed indgår den ”perfekte” kontrakt. På baggrund af bl.a. de ovennævnte elementer siger man, at man aldrig kan indgå perfekte kontrakter. Det er derfor den ufuldstændige kontrakt, der skal lægges til grund for domstolenes analyse.

Domstolenes rolle er at søge at finde den optimale og effektive løsning for parterne. Nogle teoretikere kalder denne tilgang for den hypotetiske partsvilje, som betyder, at man forsøger at finde frem til den løsning, som parterne ville have indgået, hvis de havde kunne forudse fremtiden. I denne analyse skal domstolene ligeledes tage stilling til afvejningen mellem den fleksible fortolkningsmetode, hvor tilsidesættelse tillades og den forudsigelige, hvor tilsidesættelse nægtes grundet tillidshensynet.

De to relevante teorier til analysering af retspraksis på området er ”impracticability” og ”good faith”. Specielt sidstnævnte er velkendt i dansk ret, og inkluderer både begreberne god tro og forudsætningslæren. Afgørelser som behandles under ”good

faith” har som regel et element af langvarighed, mens sagerne i ”impracticability” som oftest omhandler sager, hvor det enten har været for omkostningsfyldt eller umuligt at medtage specifikke aftalevilkår ved aftaleindgåelsen.

Formålet med afhandlingen har været at analysere dansk retspraksis og konkludere, om domstolene tager de efficiente beslutninger, når de træffer afgørelse om anvendelsen af AFTL § 36, stk. 2, 3. led. Ud fra min diskussion af relevant litteratur, analyse af retspraksis og gennemgang af de efficiente økonomiske rationaler, kan det konkluderes, at dansk ret som hovedregel er efficient. Den eneste afgørelse som var modstridende, var U.1998.281H, hvor AFTL § 36 fandt anvendelse på trods af, at de økonomiske rationaler for en sådan tilsidesættelse ikke kan siges at have været til stede.

Litteraturliste

Bøger

”Andersen og Madsen”

Lennart Lyngge Andersen og Palle Madsen, ”*Aftaler og mellemænd*”, 5. Udgave, Forlaget Thomson, 2006

”Andersen og Nørgaard”

Lennart Lyngge Andersen og Jørgen Nørgaard, ”*Aftaleloven med kommentarer*”, 1. Udgave, Jurist – og Økonomforbundets Forlag, 1990

”Andersen”

Mads Bryde Andersen, ”*Grundlæggende aftaleret – Aftaleretten 1*”, 3. Udgave, Mads Bryde Andersen og Gjellerup, 2008

”Wilhelmsen”

Trine-Lise Wilhelmsen, ”*Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet*”, TfR 1/95, s. 1-246

”Nielsen og Tvarnø”

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, ”*Retskilder og Retsteorier*”, 2. Reviderede udgave

Jurist – og Økonomforbundets Forlag, 2008

”Posner 2007”

Richard A. Posner, ”*Economic Analysis of Law*”

Aspen Publishers, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2007

”Dahl”

Børge Dahl, ”*Erhvervsjura*”, 10. Udgave, 2. oplag
Handelshøjskolens Forlag, 2008

”Andersen & Lookofsky”

Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky, ”*Lærebog i Obligationsret I*”, 2. Udgave,
1. Oplag
Forlaget Thomson A/S, 2005

”Knudsen”

Christian Knudsen, ”*Økonomisk Metodologi Bind 2: Virksomhedsteori og
Industriøkonomi*”, 2. Udgave
Jurist – og Økonomforbundet, 1997

Artikler

”Lando”

Ole Lando. ”*Kampen mod urimelige kontraktvilkår*”. *Juristen*, 1998 Årg. 80, nr.5
(1998) s. 184-191

”LFF1994-1995.1.27”

Lovforslag: ”Forslag til Lov om ændring af lov om aftaler og andre retshandler på
formuerettens område og visse andre love”

”Jørgensen”

Professor, dr. Jur. Stig Jørgen. ”*Foreløbig redegørelse for formuerettens
generalklausuler*”, 1974

”Riis”

Adjunkt Thomas Riis. ”*Retsøkonomi*”

”Choi”

Albert Choi & George Triantis. ”*Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*”. The Yale Law Journal 119:848, 2010

”Pomar”

Fernando Gómez Pomar. ”*Compensation after Termination of Long-Term Distribution Contracts: An Economic Perspective of EU Law*”. Universitat Pompeu Fabra, 2006

”Posner (2004)”

Richard A. Posner. ”*Law and Economics of Contract Interpretation*”. The Law School The University of Chicago, 2004

”Shavell ”

Steven Shavell. ”*On the writing and interpretation of contracts*”. Journal of Law, Economics and Organization 22(2): 289-314.

”Cohen”

George M. Cohen. ”*Implied terms and interpretation in contract law*”. 1999

”Posner & Rosenfield”

Richard A. Posner and Andrew M. Rosenfield. ”*Impracticability and related doctrines in contract law*”. The journal of legal studies, vol. 6, no. 1 (Jan. 1977), pp. 83-118

”Shavell (1984)”

Steven Shavell. ”*The design of contracts and remedies for breach*”. The Quarterly Journal of Economics, vol. 99, no. 1, Feb. 1984, pp.121-148

”Schwartz”

Alan Schwartz. *”Relational contracts in the courts: An analysis of incomplete agreements and judicial strategies”*. The Journal of Legal Studies, Vol. 21, No. 2 (June 1992), pp. 271-318

”Scott & Trianti”

Robert E. Scott og George G. Triantis. *”Anticipating Litigation in Contract Design”*. The Yale Law Journal, Vol. 115, No. 4 (Jan., 2006), pp. 814-879

”Klein”

Benjamin Klein. *”Transaction cost determinants of ”Unfair” contractual arrangements”*. The American Economic Review, Vol. 70, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-second annual meeting of the American Economic Association (May 1980), pp. 356-362

”Macneil”

Ian R. Macneil. *”Efficient breach of contract: Circles in the sky”*. Virginia Law Review, Vol. 68, No. 5 (May 1982), pp. 947-969

”Alces”

Peter A. Alces. *”A Theory of Contract Law: Empirical insights and Moral Psychology”*. Chapter: Theory of Contract Performance. Printed from Oxford Scholarship Online

”Trianti”

George G. Triantis. *”Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”*. The University of Toronto Law Journal, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), pp. 450-483

”Ostas”

Daniel Ostas. *”Economics and the Law of Unconscionability”*. Journal of Economics Issues, Vol. 27, No. 2 (Jun. 1993), pp. 647-655

”Sepe”

Simone M. Sepe. ”*Good Faith and Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective*”

Arizona Legal Studies, Discussion Paper No. 10-28, August 2010

”Weitzenböck”

Emily M. Weitzenböck. ”*Good faith and fair dealing in contracts formed and performed by electronic agents*”. *Artificial Intelligence and Law* (2004) 12:83-110.

”Furubotn”

Eirik G. Furubotn. ”*The new institutional economics and the theory of the firm*”. *Journal of Economic Behaviour & Organization*, Vol. 45 (2001) p. 133-153

Lovoversigt

Lov om aftaler på og andre retshandler på formuerettens område (aftaleloven), lov nr. 781 af 26/08/1996

Lov om køb (købeloven), lov. Nr. 237 af 28/03/2003

Domme

UfR 1953.674H, Kundby Mejeri mod fhv. Gårdejer Frederik Jensen, Højesterets dom af 8. Maj 1953

UfR 2004.2400H, AB Formplast mod Aqua-Wall Danmark A/S, Højesterets dom af 24. Juni 2004

UfR 2009.2800SH, Logistic Consut ApS mod Transport Brødrene v/Rune Raashou, SØ – og Handelsrettens dom af 27. August 2009

UfR 2011.284V, Mini-Trans A/S mod A, Vestre Landsrets dom af 10. Marts 2010

UfR 1977.306H, Tune Ny Grusgrov v/B. Rode Nielsen mod Skako A/S, Højesterets dom af 23. Marts 1977

UfR 1985.600H, Renseriejer Svend Overgård mod Direktør Aage Peter Westendahl, Højesterets dom af 1. Juli 1983

UfR 1994.841H, Jørgen Mikkelsen mod Per Toft og Flemming Østedgaard, Højesterets dom af 2. September 1994

UfR 1999.66H, Preben Bisgaard mod Grenini A/S, Højesterets dom af 14. Oktober 1998

UfR 2008.2665V, Dansk Svejseteknik A/S mod Promecon as, Vestre Landsrets dom af 14. August 2008

SH2011.H-0105-04, Nærum Stormarked A/S mod Nærum Vænge Konditori, Sø – og Handelsrettens dom af 13. Januar 2010

UfR 1979.931Ø, Handicap-Kørsel mod Vognmand Ole Lillelund Larsen og Vognmand Ib Carlsen, Østre Landsrets dom af 21. Juni 1979

UfR 1981.870V, Nørresundby Transportkompagni A/S mod Chauffør Jørgen Christensen, Vestre Landsrets dom af 25. Juni 1983

UfR 1982.176H, Forsikringsselskabet Plansikring g/s mod Gårdejer Peter S. Petersen, Højesterets dom af 29. Januar 1982

UfR 1986.496H, Ford Credit A/S mod Vigo Charcuteri A/S, Højesterets dom af 29. April 1986

UfR 1987.526H, Benzinforhandler Ole Andersen mod Dansk Shell A/S, Højesterets dom af 21. Maj 1987

UfR 1987.531H, Kuwait Petroleum mod Benzinforhandler Jørgen Poulsen, Højesterets dom af 21. Maj 1987

UfR 1988.1042H, Uno-X Fyringsolie A/S mod Ingolf Braagaard, Højesterets dom af 27. Oktober 1988

UfR 1991.4/3H, I/S Hessengade 45 mod Ejerforeningen Hessengade 15/Bremensgade 14-16, Højesterets dom af 9. November 1990

UfR 1998.281H, Danske Malermestre mod Byggeriets Arbejdsgivere BYG, Højesterets dom af 22. December 1997

UfR 2004.1968V, JAP Superkøb A/S mod EDEKA Danmark A/S, Vestre Landsrets dom af 15. April 2004

UfR 2012.177H, Minna Hartvig og Kaj Tolver Jensen mod Jyske Finans A/S, Højesterets dom af 11. Oktober 2011

UfR 1965.143H, Hjørring Murerforening mod Murermester Leo Bødker Nielsen, Højesterets dom af 28. Januar 1965

UfR 1974.583V, Firma Fr. Nielsen & Co. Mod Esbjerg Kommune, Vestre Landsrets dom af 8. Februar 1974

UfR 1979.168/2H, Civiløkonom Anders Ellegaard Andersen m.fl. mod Aktieselskabet Jyske Bank, Højesterets dom af 29. Januar 1979

UfR 1986.242Ø, Danske Fabrikshaller A/S mod Næstved Kommune, Østre Landsrets dom af 21. November 1985

UfR 1986.501H, IKEA A/S mod Forsikringselskabet Topsikring A/S, Højesterets dom af 24. Marts 1986

UfR 1987.250H, DK-Benzin A/S mod Dansk Esso A/S, Højesterets dom af 2. Februar 1987

UfR 1987.422H, Gas – og varmeprisudvalget mod Danske Fjernvarmeværker Forening, Højesterets dom af 2. April 1987

UfR 1987.767H, Cand.Agro Vaclav Novak mod Forsikringselskabet Nordeuropa, Højesterets dom af 24. August 1987

UfR 1988.1036H, Jens Aage Jensen mod Uno-X Fyringsolie A/S, Højesterets dom af 27. Oktober 1988

UfR 1989.1039/3H, Bøje Nielsen mod Grundejerforeningen Kongelundsparken,
Højesterets dom af 6. Oktober 1989

UfR 1991.95H, Muremester Edvin Andersen mod Faaborg Tømmerhandel A/S,
Højesterets dom af 11. December 1990

UfR 1991.429/2H, Lyngby-Taarbæk Kommune mod Københavns Kommune,
Højesterets dom af 29. April 1991

UfR 2000.980Ø, Albertslund Kommune mod A-H, Østre Landsrets dom af 14. Januar
2000

UfR 2001.1011H, Poul Iversen mod Carlsberg A/S, Højesterets dom af 12. Februar
2001

UfR 2001.1474H, Svend Erik Sønderstrup mod RGS 90 A/S, Højesterets dom af 10.
April 2001

UfR 2002.1224H, Jacob Gades Legat mod Edition Wilhelm Hansen A/S, Højesterets
dom af 15. Marts 2002

UfR 2003.23H, Jørgen Sonnergaard mod Forlaget Carlsen A/S, Højesterets dom af 8.
Oktober 2002

UfR 2004.1751/2H, Øster Nykirke Skole mod Telia Finans Danmark, Højesterets dom
af 2. April 2004

UfR 2006.87H, Thy Champignon A/S mod Plannja A/S, Højesterets dom af 3. Oktober
2005

UfR 2007.2137H, Sct. Georgs Fonden mod Odsherred Kommune, Højesterets dom af
15. Maj 2007

UfR 2007.3061H, GE Capital Equipment Finance mod Ellebæk Kirke, Højesterets dom
af 13. September 2007

UfR 2004.2518V, Niels Tarpgaard Nielsen mod Evald Skarregård, Vestre Landsrets
dom af 29. Juni 2004

UfR 2004.2894H, Intercargo Coldstores Holding A/S mod Transport Administration A/S, Højesterets dom af 2. September 2004

UfR 2005.25/2001H, DFDS Transport Air & Sea Holding A/S mod A/S Deres Design, Højesterets dom af 18. Maj 2005

UfR 2006.632H, DFDS Transport A/S mod The British and Foreign Marine Insurance Company Limited m.fl., Højesterets dom af 29. November 2005

UfR SH2003.H-0008-02, Hepe mod Rømer Grafik A/S, SØ – og Handelsrettens dom af 29. April 2003

UfR 2000.656H, Sebastian & Edition Wilhelm Hansen A/S mod Det Kgl. Teater, Højesterets dom