

Uventede omstændigheders indvirkning på indgåelse og opretholdelse af efficiente kontrakter

The effects of unexpected circumstances on efficient contracting

Kandidatafhandling
Cand.merc.jur.
Copenhagen Business School

Udarbejdet af:

Frederik Lund Christiansen
Nicolaj Hartbøl Eskesen

Vejledere:

Marie-Louise Holle
Peter Høgsted

Sideantal: 109 sider inkl. forside, forfattererklæring og bilag / 244.320 anslag (svarende til 107,4 sider).

Afleveringsdato: 18/02 2016.

Forfattererklæring

(indsættes som side 2 i opgavebesvarelsen)

Identifikation	
Opgavens titel:	
Studium:	
Fag:	
Prøveform (fx hjemmeopgave eller bachelorprojekt):	

CPR-nr. eller studienr.:	Navn på forfatter(e):	Evt. gruppenr.

Opgavens omfang:
Efter eksamensbestemmelserne for prøven må opgavebesvarelsen højst bestå af 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 à 65 anslag). Siderne skal have en margen på mindst 3 cm. i top og bund og mindst 2 cm. i hver side. Skrifttypen 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:	Underskrift(er):

Abstract

The purpose of this thesis is to examine the obstacles parties face when contracting. Transaction costs, asymmetric levels of information and the occurrence of moral hazard have an impact on how parties will choose to contract. In addition, events that alter the foundation of the contract, and how to deal with these events legally, are examined. Finally it is discussed how efficient allocation of risk complies with the theory on how to contract and how to unite the parties' interests. Initially, basic elements of contracting such as risk aversion, transaction cost, asymmetric information and moral hazard are studied.

Thereafter, these elements are used in determining what type of contract should ideally be used, when entering into an agency relation. Through agency theory and generally risk allocation theory, it is examined how to optimise risk allocation in accordance with risk profile and moral hazard. Legally speaking, parties in a business-to-business relationship have a multitude of options regarding the contract itself. English contracting tradition is typically a lot more explicit and specific, whereas Danish or Scandinavian contracting tradition is more simplistic, and relies on underlying law. However, the use of *lex mercatoria* as a means of governing the contract is also an option. UNIDROIT Principles, FIDIC and PECL are examples of means that the contracting parties have as alternatives when deciding on how to contract. The main legal problem arises when an event occurs that alters the contract equilibrium and makes the contract inefficient to uphold. The means available to the parties, to safeguard against such events, are then discussed.

Having identified the obstacles parties face, and reviewed their options of mitigating incentives to defect from the contract, the positive influence of quasi-rents' on parties' behaviour in the contract will be discussed. Finally, the issues of how to align party interests and how to economically view proactive contract clauses are assessed. This will lead to a discussion on how to contract, whether to use a more simplistic approach or an explicit approach, and how it benefits according to the individual contract, but also how it can limit successful renegotiation of contract terms.

Indholdsfortegnelse

KAPITEL 1	5
1.1 - INDLEDNING	5
1.2 - PROBLEMFORMULERING	6
1.2.1 - Økonomiske problemstillinger.....	6
1.2.2 - Juridiske problemstillinger.....	6
1.2.3 - Integrerede problemstillinger.....	6
1.3 - STRUKTUR	7
1.4 - METODE	7
1.4.1 - Økonomisk metode.....	7
1.4.2 - Juridisk metode.....	10
1.5 - TEORI.....	13
1.5.1 - Økonomisk teori.....	13
1.5.2 - Juridisk teori.....	16
1.6 - AFGRÆNSNING	18
1.6.1 - Økonomisk afgrænsning	19
1.6.2 - Juridisk afgrænsning	19
KAPITEL 2 – ØKONOMI.....	21
2.1 - INDLEDNING	21
2.2 - GRUNDLÆGGENDE BEGREBER	22
2.2.1 - Risiko.....	22
2.2.2 - Risikoaversion	23
2.2.3 - Risikoneutralitet	25
2.2.4 - Risikoperversion.....	27
2.2.5 - Realisering af parterers risikoprofil	27
2.2.6 - Transaktionsomkostninger.....	28
2.2.7 - Asymmetrisk information.....	28
2.2.8 - Coase-teoremet.....	28
2.3 - RISIKOALLOKERING	29
2.3.1 - Indledning.....	29
2.3.2 - Kort om principal-agent-teori	30
2.3.3 - Risikoallokering generelt.....	31
2.3.4 - Moral hazard.....	32
2.3.5 - Styring af moral hazard gennem valg af kontrakttype.....	34
2.4 - UVENTEDE OMSTÆNDIGHEDER	36
2.4.1 - Indledning.....	36
2.4.2 - Samspil med transaktionsomkostninger og asymmetrisk information.....	37
2.4.3 - Risikobegrænsende foranstaltninger til forebyggelse af uventede omstændigheder.....	40
2.4.4 - Samspillet mellem uventede omstændigheder og risikoaversion.....	41
2.4.5 - Risikoallokering ift. uventede omstændigheder	43
2.4.6 - Søgsmåls præventive virkning	45
2.5 - GENFORHANDLING	46
2.5.1 - Det efficiente kontraktbrud.....	48

2.5.2 - Det efficiente kontraktbrud ift. moral	50
2.6 - DELKONKLUSION	51
KAPITEL 3 – JURA.....	53
3.1 - INDLEDNING	53
3.2 - KOMPARATIVE RETSKILDER.....	54
3.2.1 - <i>Lex mercatoria</i>	54
3.3 - REAKTIV JURA: FORTOLKNING OG UDFYLDNING.....	55
3.3.1 - <i>Indledning</i>	55
3.3.2 - <i>Retsgrundlaget i dansk ret</i>	56
3.3.3 - <i>Fortolknings- og udfyldningsregler</i>	58
3.3.4 - <i>Standardvilkår</i>	61
3.4 - PROAKTIV JURA	66
3.4.1 - <i>Indledning</i>	66
3.4.2 - <i>Ansvarsfraskrivelsesklausuler</i>	66
3.4.3 - <i>Force majeure</i>	67
3.4.4 - <i>Hardship</i>	71
3.4.5 - <i>Brugen af hardship-klausuler til at sikre efficiens i kontrakten på længere sigt</i>	74
3.4.6 - <i>Overgangen fra hardship til force majeure</i>	75
3.4.7 - <i>Genforhandling</i>	75
3.5 - DELKONKLUSION	78
KAPITEL 4 - INTEGRERET	80
4.1 - INDLEDNING	80
4.2 - KONTRAKTOPTIMERING VED AT FORENE PARTERNES INTERESSE	81
4.2.1 - <i>Kvasi-renter</i>	83
4.3 - BEHANDLINGEN AF UVENTEDE OMSTÆNDIGHEDER I PRINCIPAL-AGENT FORHOLD	84
4.3.1 - <i>Forhold uden for parternes indflydelse</i>	86
4.4 - VALGET MELLEM EN SIMPEL OG EN UDFØRLIG KONTRAKTFORM	88
4.4.1 - <i>Pathclearer</i>	89
4.4.2 - <i>Macaulay</i>	91
4.4.3 - <i>Hadfield & Bozovic</i>	92
4.5 - DISKUSSION.....	94
4.5.1 - <i>Ankereffekt</i>	95
4.5.2 - <i>Signalværdi</i>	96
4.5.3 - <i>Opportunistisk adfærd</i>	97
4.5.4 - <i>Risikoaversions betydning for valg af kontraktudførlighed</i>	97
4.5.5 - <i>Parol evidence-reglens betydning for valg af kontraktudførlighed</i>	98
4.6 - AFRUNDING	98
KONKLUSION	100
LITTERATURLISTE.....	103
BILAG 1 – BEGREBER	107
BILAG 2 – FORKORTELSER.....	108

KAPITEL 1

1.1 - Indledning

Kontrakter og kontraktsamarbejder er truet af forekomsten af transaktionsomkostninger i forbindelse med indgåelse, opretholdelse og håndhævelse af kontrakt. Asymmetrisk information påvirker parterne i forhold til, hvordan man agerer i forhold til hinanden, og hvordan man allokerer risiko. Moral hazard-problemstillingen kan desuden føre til, at parter ikke handler i overensstemmelse med kontraktsamfundets interesse.

Det kan være svært at skabe incitamentsstrukturer for agenten og sikre sig selv juridisk mod uventede omstændigheder samtidig med, at man søger at holde transaktionsomkostninger nede og skabe merværdi i kontrakten. Behandlingen af uventede omstændigheder kan ske proaktivt ved at indskrive klausuler, som behandler de indtrædende begivenheder, og som søger at genoprette efficiensen i kontrakten, men proaktiv behandling af senere indtrædende begivenheder kan også ske ved brug af *lex mercatoria*, der er udviklet gennem oparbejdet erfaring inden for det givne område. Det er dog interessant i denne sammenhæng at undersøge, hvorvidt en ensartet indgang til forskellige kontraktsamarbejder kan være hensigtsmæssig, fx ved anvendelse af standardvilkår og *agreed documents*, og hvorvidt dette kan give bagslag, hvis uventede omstændigheder indtræder og påvirker kontraktens efficiens.

Mangel på kontraktøkonomisk forståelse kan føre til inefficent konciperede kontrakter, og det kan således være en nødvendighed for kontraktparter at sætte sig ind i nogle af de økonomiske og juridiske forhold og mekanismer, der har betydning for kontraktforhandlingen. En anerkendelse af, at forhandlingen af en kontrakt kan tage tid og være ressourcekrævende, er således vigtig for kontraktparter, men selv i sådanne tilfælde kan kontrakten vise sig inefficent, fx pga. af indtræden af uventede omstændigheder. Det er derfor interessant at undersøge, hvorvidt høj investering i kontraktindgåelsen kan være med til at skabe merværdi i kontrakten, og om denne merværdi i sig

selv kan være med til at øge den forventede profit, som er forbundet med indgåelsen af kontrakten. Ligesom at standardvilkår er med til at begrænse omkostningerne i kontrakten, tager de ofte ikke hånd om specifikke begivenheder, som kan opstå og skævvride kontraktens optimum. Det er derfor relevant både at anskue investeringen i kontrakten i indgåelsesfasen, såvel som i en potentiel genoprettelsesfase, og hvilke muligheder parterne har for at genoprette en kontrakts optimum.

1.2 - Problemformulering

Hvilke overvejelser kan kontraktparter gøre sig for at skabe en efficient kontrakt, og såfremt uventede omstændigheder indtræder, hvordan kan kontraktparterne så genoprette kontraktens efficiens?

1.2.1 - Økonomiske problemstillinger

- Hvad kan en principal gøre for at nedbringe moral hazard i et kontraktforhold?
- Hvordan kan risikoallokering optimeres ved realisering af parternes risikoprofil?
- Hvilke økonomiske værktøjer har parterne til genoprettelse af kontraktens efficiens, når denne bliver skævvredet som følge af uventede omstændigheder?

1.2.2 - Juridiske problemstillinger

- Hvilke juridiske adgange er der til kontraktjustering som følge af uventede omstændigheders indtræden?
- Hvilke komparative paralleller kan man drage fra engelsk ret og *lex mercatoria*?
- Hvilke muligheder har parterne for at anvende proaktiv jura, så der tages hånd om indtræden af uventede omstændigheder allerede på kontraktens indgåelsestidspunkt?

1.2.3 - Integrerede problemstillinger

- Hvad kan principalen gøre for at skabe incitament hos agenten til at handle i overensstemmelse med kontraktens interesse, når uventede omstændigheder indtræder?
- I hvilket omfang kan opbyggelse af kvasi-renter fungere som en substitut for udførlige kontrakter?

- Hvornår kan det betale sig at lade en kontrakt være simpel frem for udførlig?

1.3 - Struktur

Afhandlingen vil være opdelt i tre hovedkapitler; et økonomisk, et juridisk og et integreret. Denne opdeling og rækkefølge er sket for først at give læser et indblik i nogle af de økonomiske mekanismer og tankegange, som er nødvendig for at forstå de økonomiske incitamenter, der er afgørende for kontraktparternes adfærd i kontraktforholdet. Dernæst vil det juridiske kapitel behandle nogle af de pro- og reaktive juridiske muligheder og komplikationer, forskellige kontrakttyper kan medføre. Kapitlet vil desuden forklare, hvad kontraktparterne kan gøre for at imødekomme senere konflikter ved fx at tage højde for visse spørgsmål allerede ved den prekontraktsuelle forhandling. Til sidst vil det integrerede kapitel kæde de to foregående kapitlers pointer sammen og gå i dybden med nogle deraf afledte problemstillinger.

1.4 - Metode

1.4.1 - Økonomisk metode

Afhandlingens primære mål er at søge at optimere den længerevarende kontrahering parterne imellem. Det neoklassiske forskningsprogram arbejder med virksomheden som værende en ”black box”¹, hvorimod det neo-industrielle forskningsprogram har sin oprindelse i Coases² teori om, hvordan man anser en virksomhed som en række transaktioner.

Afhandlingen arbejder ud fra en tankegang om, at der ved gentagen transaktion mellem virksomheder med succesfuldt udkom, genereres der øget profit og en sænkelse af transaktionsomkostninger. Derfor må det neoklassiske forskningsprogram anses som værende mangelfuldt i denne henseende, eftersom det neoklassiske forskningsprogram i høj grad arbejder ud fra, hvordan virksomheden står i markedet, hvilket kan forklares gennem SCP-paradigmet³ eksempelvis. Det neoklassiske forskningsprogram fokuserer på store mekanismer og benytter sig af Porters⁴ teorier og strategier, hvor der i løbet af denne afhandling ikke arbejdes med virksomheden,

¹ Christian Knudsen: ”Økonomisk Metodologi, Bind 2”, 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 114-116.

² Ronald H. Coase: ”The Nature of the Firm”, *Economica*, November 1937.

³ Christian Knudsen: ”Økonomisk Metodologi, Bind 2”, 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 68-71.

⁴ Christian Knudsen: ”Økonomisk Metodologi, Bind 2”, 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 77.

hverken på et mikro-, meso- eller makroniveau, og ligeledes heller ikke arbejdes med markedet i sig selv som mål for performance.

Tankegangen, som hersker i neoklassisk teori, er, at den enkelte person er fuldkommen rationel ud fra en profitmaksimeringstankegang. Ændringen kom i Herbert Simons bog ”Administrative Behavior”⁵, hvor antagelsen om den fuldkomne rationelle mand blev udskiftet med en tankegang om, at den enkelte person i højere grad tilfredsstiller end maksimerer sin nyttefunktion⁶. Den begrænsede rationalitetsmodel ser således på spillere som værende et produkt af gentagne beslutningsprocesser, som indvirker i agentens (eller virksomhedens) fremtidige ageren. Videre går Cyert og March⁷ i deres udvikling af virksomhedsopfattelsen, dels i den interne dynamik, men også i beslutningsfasen, når det gælder udadvendt beslutningstagen. Cyert og March nævner tre årsager, som kan påvirke beslutninger fremadrettet. Dette drejer sig især om omstændigheder, som kan anses som værende svært forudsigelige eller af usikker natur. Dette ”adaptivt rationelle system” mener Cyert og March træder i stedet for det neoklassiske syn på beslutningstagen. Det stemmer overens med den opfattelse af kontrahering, der arbejdes med, som en evigt udviklende størrelse, der påvirkes af bl.a. principalers og agents erfaringer, men også fremtidige opfattelse af kontraktens udfoldelse.

Det synes klart, at denne metode går ud fra en opfattelse af, at den enkelte organisation fastsætter et aspirationsniveau eller mål, hvorefter de følgende handlinger sker ud fra et ønske om at nå dette mål. Derved tilfredsstilles nyttefunktionen for en *behavioralist*⁸. Ud fra et behavioralistisk synspunkt sker tilfredsstillelse af nyttefunktion ud fra tidligere erfaringer i lignende situationer, hvilket påvirker fremtidige beslutninger⁹.

⁵ Herbert Simon: ”Administrative Behavior”, 1945. Om denne, se Christian Knudsen: ”Økonomisk Metodologi, Bind 2”, 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 119.

⁶ Christian Knudsen: ”Økonomisk Metodologi, Bind 2”, 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 119.

⁷ Cyert & March: ”A Behavioral theory of the Firm”, 1963. Om denne, se Christian Knudsen: ”Økonomisk Metodologi, Bind 2”, 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 120.

⁸ Om *behavioralisme*, se Christian Knudsen: ”Økonomisk Metodologi, Bind 2”, 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 129.

⁹ Dette argumenteres også af March & Olsen, se March & Olsen: ”Ambiguity and Choice”, 1976. Se desuden Christian Knudsen: ”Økonomisk Metodologi, Bind 2”, 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 126.

Ved arbejdet med kontraktparterers risikoprofil kan det siges at have en sammenhæng med tidligere indgåede aftaler, som derfor fremadrettet påvirker hans beslutninger. Der vil opstilles eksempler, som bygger på en fuldkommen rationalitetstankegang, men hvor der snarere er tale om, hvad de enkelte parter bør gøre, end hvad de reelt vil gøre. Det erkendes således, at i praksis vil parter ikke altid agere fuldkommen rationelt. Dette skyldes især den asymmetriske information, som forekommer i kontrakter og kontraktforhandling.

Når efficiens skal vurderes, er der 3 faktorer, som anses som værende de største hindringer for skabelsen af efficiente kontrakter; 1) transaktionsomkostninger, 2) asymmetrisk information og 3) moral hazard. Derfor må principal-agent-forholdet tages i betragtning, når en vurdering skal gå på valget af kontrakttype, men også i forbindelse med efficient allokering af risiko i kontrakten. Brugen af principal-agent-modellen hjælper ift. styringen af moral hazard, erkendelse af asymmetrisk information og skabelsen af incitamentsforenelige kontrakter¹⁰ for netop at kontrollere den grad af moral hazard, som måtte opstå i kontrakten.

Incitamentsforenelige kontrakter afhjælper også den konciperende part med at styre moral hazard-problemstillingen i forbindelse med uvished omkring agentens ageren, og derved mindskes graden af asymmetrisk information. Principal-agent-teorien er præget af en objektiv profitmaksimeringstankegang. Dette er også gjort ud fra en betragtning om, at man kan udregne det rationelle valg, såfremt parterne realiserer, at dette valg er det rationelle ift. deres risikoprofil. Dog kan ligeledes lægges til grund, at i praksis vil eksempelvis risiko allokere på en måde, som ikke er identisk med den, som principal-agent-teorien beskriver.

Selvom forskellen på den teoretiske udformning af principal-agent-teorien er potentielt observerbar, og den praktiske reelt ikke er observerbar, må det konkluderes eller i hvert fald påpeges, at der i den teoretiske opstilling af principal-agent-problemet er et objektivt behov for fuldkommen information, som i praksis er umulig. Ved opnåelsen af fuldkommen information vil den generelle accept af et problem være mulig. Hertil kommer det, at opnåelsen af dette omfatter transaktionsomkostninger, som potentielt er en hæmsko for kontraktens generelle efficiens.

¹⁰ Christian Knudsen: "Økonomisk Metodologi, Bind 2", 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 165.

1.4.2 - Juridisk metode

Den juridiske del vil primært have en retsrealistisk vinkel, da det juridiske formål i højere grad er at beskrive eksisterende muligheder og komplikationer end at kigge på, hvordan det ideelt set burde være.

Den juridiske gennemgang af afhandlingens problemstilling vil ikke være begrænset til den traditionelle retsdogmatiske opbygning, hvor de forskellige retskilder gennemgås i en bestemt rækkefølge. Dette skyldes, at det juridiske kapitel behandler flere forskellige emner, hvorunder de forskellige retskilder har varierende betydning. Desuden har hovedformålet med det juridiske kapitel ikke som sådan været at finde gældende ret, men snarere give et billede af de potentielle muligheder og komplikationer, som kontraktparter står over for både før og efter kontraktindgåelsen. En klassisk, retsdogmatisk gennemgang af disse emner fandtes derfor mindre relevant, hvor en mere dynamisk anvendelse af retskildelæren gav mulighed for at fremhæve de væsentligste retskilder for de givne emner uden slavisk at analysere alle retskilder.

Normalt vil en juridisk analyse opfattes mest ”rigtig”, hvis den er opbygget som en retsdogmatisk analyse¹¹. Eftersom de fire retskilder, hhv. regulering, retspraksis, sædvaner og kutymmer, samt forholdets natur, som udgangspunkt siden den realistiske retsteoris gennembrud¹² i 1950’erne har samme retskildeværdi¹³, kan det dog argumenteres, at denne ”korrekte” rækkefølge primært har strukturmæssig betydning.

Foruden de fire retskilder benyttes *lex mercatoria*¹⁴ til at belyse internationale regelsæts og princippers stillingtagen til de givne emner. Anvendelse af *lex mercatoria*, dels i kontrakter, men også af domstole som inspiration til domsafsigelser, har den fordel, at da *lex mercatoria* i højere grad er en samling af handelsprincipper og –sædvaner end præcise regler, kan anvendelsen ske

¹¹ Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø: ”Retskilder og Retsteorier”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2014, s. 34.

¹² Se bl.a. Alf Ross: ”Om Ret og Retfærdighed”, København, 1953.

¹³ Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø: ”Retskilder og Retsteorier”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2014, s. 30.

¹⁴ Betydningen af *lex mercatoria*-begrebet uddybes i 3.2.1.

dynamisk og hensigtsmæssigt. *Lex mercatoria* er således ikke blot et regelsæt, men også en juridisk metode¹⁵.

Af *lex mercatoria* er det primært UNIDROIT Principles, der anvendes, men også PECL, FIDICs Silver Book og ICCs standardklausul om force majeure inddrages. UNIDROIT Principles er opbygget som en samling af principper og modelklausuler og har karakter af soft law, og den vil derfor normalt ikke have nogen effekt på en indgået kontrakt, hvis parterne ikke har indskrevet i kontrakten, at kontrakten skal være underlagt UNIDROIT Principles. Domstole kan dog søge inspiration fra UNIDROIT Principles, selvom dette ikke måtte være aftalt¹⁶.

I afhandlingen inddrages elementer fra engelsk ret. Denne inddragelse sker primært for at eksemplificere, hvordan retsstillingen kan variere fra retssystem til retssystem, samt hvordan dette kan påvirke kontraktparterne både før og efter kontraktindgåelsen – fx ift. overvejelser om, hvor meget de vil investere i forhandlingsprocessen.

Valget af engelsk ret som komparativ inddragelse sker dels pga. den begrænsede sprogbarriere og dels pga. den markante forskel, der generelt ses mellem det danske civil law-retssystem og det engelske common law-retssystem. Common law er generelt kendetegnet ved dets fokus på retspraksis og deraf afledt præcedens, mens fx regulering har lavere prioritet ved domsafsigelser. Denne rangorden bygger bl.a. på en formodning om, at regulering er af mere statisk og ofte historisk karakter, hvorfor det er dommerens afsigelser i lignende sager, der er mest tidsnær og konkret. Dette udtrykkes bl.a. af den amerikanske retsrealist Jerome Frank (1889-1957):

”[...] the center of the legal world is not in the rules but in specific court decisions in specific lawsuits”¹⁷.

Jerome Frank mener, at retssystemet skal være dynamisk og tilpasningsdygtigt for at kunne tage hånd om en virkelighed, der er i konstant forandring. Derfor bør retssystemet i højere grad centreres

¹⁵ Peter Arnt Nielsen: "International handelsret", 3. udgave, 1. oplag, 2015, s. 111.

¹⁶ Peter Arnt Nielsen: "International handelsret", 3. udgave, 1. oplag, 2015, s. 115-116.

¹⁷ Se bl.a. Kelly, J M: "Short History of Western Legal Theory", Oxford, 1993, s. 365, og Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø: "Retskilder og Retsteorier", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2014, s. 448, og Jerome Frank: "Law and the Modern Mind", New York, Coward-McCann Inc, 1930.

om domme end om regler. Jerome Frank er inspireret af den amerikanske højesteretsdommer O.W. Holmes, der om den hypotetiske ”bad man” har udtalt:

”[...] What constitutes law? [...] it is a system of reason, [...] it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact”¹⁸.

Som disse udtalelser indikerer, har præcedens større betydning end regulering, når dommer skal afgøre en retssag i common law, og derfor også større effekt over for borger. Regulering kan derfor opfattes som en rettesnor for dommer, der kan inspirere ham til at komme med korrekte domsafsigelser. Visse former for regulering vil dog, jf. *lex superior*-princippet¹⁹, komme andre retskilder i forkøbet, fx ift. grundlæggende rettigheder konstitueret i en grundlov eller lignende.

Som sagt er et vigtigt argument for, at retspraksis ses som den primære retskilde i common law, at dette sikrer et dynamisk og tilpasningsdygtigt retssystem. Hvis civil law-retssystemet anskues ud fra en hermeneutisk vinkel²⁰, vil dommere og jurister fortolke retskilder, kontraktbestemmelser mm. ud fra den juridiske for forståelse, som de har opnået gennem dels uddannelse og erfaring og dels den samtid, de lever i. Således vil selv gammel regulering fortolkes i lyset af kontekst, og retssystemets dynamik bevares – selv uden den rangorden, som common law-retssystemet er bygget op omkring. Det hermeneutiske perspektiv spiller for denne afhandling en rolle ift. diskussionen af at lade kontrakter være åbne med en fælles forståelse for, at man kan løse konflikter på et senere tidspunkt, eller at kontrakten kan udfyldes på et senere tidspunkt, da dette forudsætter en tids- og situationsmæssig kontekstuel forståelse.

¹⁸ O.W. Holmes: ”The Path of the Law”, Harvard Law Review, Vol. 10, No. 8 (Mar. 25. 1897), pp. 457-478, (Citat s. 461).

¹⁹ Lex superior-princippet vil i dansk ret ikke som sådan rykke ved udgangspunktet om, at retskilderne har samme værdi, men snarere påvirke det interne hierarki i retskilden ”regulering”. For mere om dette, se Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø: ”Retskilder og Retsteorier”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2014, s. 34.

²⁰ For mere om hermeneutik, se Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø: ”Retskilder og Retsteorier”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2014, kapitel 9.

1.5 - Teori

1.5.1 - Økonomisk teori

1.5.1.1 - Risiko

Der arbejdes med problemstillinger, som kan vedrøre parter risikoaversion og medkontrahentens eventuelle fejlopfattelse af denne. Derfor er det nærliggende indledningsvis at redegøre for, hvad der menes med risikoprofil, hvor der vil blive arbejdet med især risikoaversion og –neutralitet og disses betydning for kontraktens udformning senere hen i afhandlingen. Med risikoprofil hentydes til den grad af risikoaversion, en kontraktpart har.

Risikoopfattelsen hos parter er vigtig i forhold til den efficiente allokering og i forbindelsen med skabelsen af merværdi i kontraktsamfundet. Derfor skal risikoaversion ikke ses i et negativt lys i forbindelse med efficiensovervejelser. Da der arbejdes med kontraktøkonomien, og efficiens er noget, der skabes inden for kontraktsamfundet, er Shavell og Sykes de primære anvendte kilder, eftersom den klassiske mikroøkonomiske brug af risikoprofiler går ud fra en mere neoklassisk tankegang, hvor der gerne skulle være en vis grad af behavioralisme involveret i overvejelserne.

1.5.1.2 - Transaktionsomkostningsteori

Transaktionsomkostningsteorien er vigtig, da forståelse af transaktionsomkostningsbegrebet er essentielt for at kunne skabe efficiens i kontrakter. Coase-teoremet²¹ og Coases transaktionsomkostningsteori²² bruges især til at forklare, hvordan virksomheder agerer i forhold til kontrakten, men også i forhold til, hvordan efficiensen skal opgøres.

Transaktionsomkostninger må siges at være en stigende problematik, jo mere udførligt konciperingen af kontrakten ønskes udført. Problematikken af, at der forekommer asymmetrisk information, når der skal indgås kontrakter, bevirker, at der er stigende transaktionsomkostninger. Hertil prøver Arrow²³ og Shavell²⁴ at forklare, hvordan asymmetri i informationsniveau er med til at

²¹ Ronald H. Coase: "The Problem of Social Cost", The Journal of Law & Economics vol. III, Oct. 1960.

²² Ronald H. Coase: "The Nature of the Firm", Economica, November 1937.

²³ Kenneth J. Arrow: "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", The American Economic Review (December 1963), Vol. 53, No. 5.

skabe øgede omkostning. Ligesom asymmetrien er en problemstilling, som påvirker de samlede omkostning for kontraktens indgåelse, påvirker det også muligheden for derved at opnå pareto-optimale kontrakter. I forhold til transaktionsomkostninger, som måtte forekomme i kontrakten, kan det ligeledes udledes, at i takt med at det tager længere tid at koncipere en kontrakt, må der være flere omkostningen forbundet med kontraktindgåelsen²⁵. Transaktionsomkostningsteorien er vigtig i forhold til vurderingen af kontraktefficiens, som ønskes skabt ved indgåelse af kontrakten.

1.5.1.3 - Principal-agent-teori

Principal-agent-modellen benyttes til at behandle moral hazard-problematikken og incitamentsstyring gennem kontrakten. Incitamentsstyring i sig selv er en metode, hvorpå virksomheder kan minimere graden af moral hazard, som der kan forekomme i forbindelse med at indgå i en kontrakt, hvor parternes interesser er forskellige. Sykes²⁶ forklarer, hvordan man i et principal-agent-forhold skal forholde sig som principal i situationer, som er præget af asymmetrisk information ift. agentens ageren – også måske fordi, at deres handlinger er umulige at observere i realiteten. Supplerende gennem Landos²⁷ arbejde med uventede omstændigheder og styring af moral hazard, kommer der en forståelse af, hvad man kan gøre i forhold til at påvirke sin medkontrahents ageren inden for kontrakten.

Videre går Eisenhardt²⁸ i sit arbejde med incitamentsstyring i kontrakter, hvor der især arbejdes med indsatsorienterede kontrakter i forhold til resultatorienterede kontrakter. Det er i denne forbindelse, at vurdering af parternes risikoprofil bruges til efficient at opstille det korrekte valg af kontrakttype, så transaktionsomkostninger – til dels – holdes nede, men ligeledes at moral hazard-problematikken kontrolleres. Der arbejdes i denne forbindelse også med problemstilling vedr. manglende muligheder for at observere agentens ageren, hvilket føres tilbage til moral hazard-problemstillingen.

²⁴ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694.

²⁵ Det fremgår af IACCMs rapport fra 2014, at den gennemsnitlige kontraktforhandlingstid for kontrakter med hhv. lav, medium og høj kompleksitet alle er steget over en femårig periode fra 2008-2013 (se rapportens side 5). Denne kan hentes her: <https://www2.iaccm.com/resources/?id=7619>.

²⁶ Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), pp. 1231-1280.

²⁷ Henrik Lando: "How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms".

²⁸ Kathleen M. Eisenhardt: "An Assessment and Review", The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989).

1.5.1.4 - Kontraktøkonomi

Der, hvor afhandlingens hovedformål ligger, er den efficient allokering af risiko i kontrakten. Indtil videre er problemstillinger vedr. medkontrahent og styringen af medkontrahenten gennem moral hazard blevet berørt, men Shavells²⁹ arbejde med især den efficiente allokering af risiko i kontrakter er, hvor de ovenstående emner kædes sammen. I forhold til den efficiente allokering af risiko er det netop problematikken omkring transaktionsomkostninger, risikoaversion, asymmetrisk information og moral hazard, som påvirker allokering af risiko i kontrakten. Det skal her ikke ses som en hindring for kontraktens efficiens, men derimod skal realiseringen af forekomsten af disse problemstillinger gøres, for at efficiente kontrakter kan indgås.

Kontraktgrundlaget kan ændre sig over tid. Dette er grunden til, at genforhandling af klausuler finder sted. Dette skyldes både, at kontraktens karakter kan ændre sig, og at forhold uden for parternes kontrol kan bevirke, at kontrakten mister sin efficiens, eller at behovet for en pareto-forbedring nødvendiggøres. Tilgangen til genforhandling er ligeledes af positiv karakter, selvom selve genforhandlingen ikke nødvendigvis er succesfuld. Som Kaplow & Shavell siger³⁰, og som der hovedsageligt arbejdes med i denne afhandling, skal genforhandlingen ses som et værktøj for virksomhederne til at genskabe en gensidigt incitamentsgivende kontrakt. Det kan dog også mislykkes på grund af asymmetrisk information samt parternes individuelle opfattelse af, hvorfor kontrakten er nødsaget til at blive genforhandlet.

Ligesom det er vigtigt at realisere parterers individuelle risikoprofiler, er det vigtigt i et principal-agent-forhold, at principalen opretholder agentens incitament for at opretholde kontrakten. Som det følger af Eisenhardts³¹ arbejde med at forene parternes incitament til at opretholde kontrakten, er judgment-proof-problemet relevant ift. at sikre sig agentens fortsatte indsats i kontrakten.

Sidst behandles det efficiente kontraktbrud for at anerkende, at ikke alle kontrakter kan opretholdes, og inefficente kontrakter ikke bør opretholdes, såfremt efficiens i kontrakten ikke kan genoprettes.

²⁹ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694.

³⁰ Kaplow & Shavell: "Economic Analysis of Law", Chapter 25.4.2.3, Harvard Law School and National Bureau of Economic Research (2002).

³¹ Kathleen M. Eisenhardt: "An Assessment and Review", The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989).

Der vil dog i denne sammenhæng være en opstilling af Shavells³² to overvejelser om, hvorvidt det efficiente kontraktbrud er moralsk korrekt, eftersom det kan diskuteres, hvorvidt den positive opfyldelsesinteresse er tilstrækkelig til at stille den ikke-brydende part indifferent.

1.5.2 - Juridisk teori

Det juridiske fokus ligger inden for kontraktretten, der er en undergren til obligationsretten. Den juridiske analyse vil primært bygge på principper, som dels er retspraksisudviklede generelle principper og dels er brancheudviklede, herunder *lex mercatoria*. Da mængden af relevant retspraksis er relativt begrænset i dansk ret, når det kommer til tilpasning af kontrakter som følge af uventede omstændigheder, hvilket bl.a. skyldes voldgifts udbredelse, vil retspraksis primært inddrages som illustration, når det er relevant, frem for at indgå som en del af en analyse af gældende ret. Når engelsk ret behandles, vil retspraksis dog inddrages med større betydning, da retsstillingen i engelsk ret i højere grad skabes efter præcedens, end det er tilfældet i dansk ret.

Den juridiske analyse kigger på to forskellige tidsperspektiver, nemlig kontraktindgåelsestidspunktet og perioden efter kontraktindgåelsen, hvor den uventede omstændighed kan indtræde. Der arbejdes som udgangspunkt ikke med kontraktens ophør, da fokus er at søge at opretholde eller genoprette kontraktens efficiens. Tidspunktet for kontraktens ophør behandles primært i det økonomiske kapitel, hvor teorien om det efficiente kontraktbrud samt retssagers præventive effekt gennemgås.

1.5.2.1 - Kontraktindgåelsestidspunktet

På kontraktindgåelsestidspunktet er det i parternes interesse at forsøge at forebygge senere konflikters opståen. Derfor har anvendelsen af jura på dette tidspunkt overvejende proaktiv karakter. Her vil anvendelse af proaktive klausuler såsom force majeure-klausuler, hardship-klausuler og genforhandlingsklausuler give parterne mulighed for sikre en vis indsats for at opretholde kontraktforholdet, selv om uventede omstændigheder måtte indtræde og skævvride kontrakten. I forbindelse med udarbejdelse af force majeure-klausuler henvises til ICCs

³² Steven Shavell: "Is Breach of Contract Immoral?", Discussion Paper No. 531 (2005).

standardklausul om force majeure³³, der er en ikke-branchespecifik klausul. Der henvises desuden til en af Drukker³⁴ udviklet force majeure-klausul, som heller ikke er branchespecifik. Disse klausuler har til fælles, at de begge er udviklet inden for common law. Under *parol evidence*-reglen³⁵ vil der være en usikkerhed omkring, hvordan en ufuldstændig kontrakt vil udfyldes, såfremt uventede omstændigheder ikke er taget højde for gennem en force majeure- eller hardship-klausul i kontrakten, hvorfor sådanne klausuler kan vise sig nødvendige i common law. Tankegangene kan dog overføres til dansk ret.

I det integrerede kapitel diskuteres, hvornår det bedst kan betale sig at forhandle og koncipere hhv. en simpel og en udførlig kontrakt. Til dette anvendes Pathclearer³⁶, Macaulay³⁷ og Hadfield & Bozovic³⁸. Pathclearer og Macaulay hælder overvejende til, at simple kontrakter er at foretrække, mens Hadfield & Bozovic ser spørgsmålet som mere komplekst og afhængigt af kontraktsamarbejdets type.

1.5.2.2 - Efter uventede omstændigheders indtræden

Når uventede omstændigheder er indtrådt efter kontraktindgåelsen og har påvirket et kontraktforhold, vil den relevante jura herefter anvendes i retrospekt. Den anvendte jura vil således have overvejende reaktiv karakter. Her vil fortolkning og udfyldning, herunder fortolkningsregler og fortolkning af standardvilkår, analyseres. Fortolkning og udfyldning er interessant ift. ufuldstændige kontrakter, da fortolkning og udfyldning sker dynamisk og således kan vise sig bedre egnet til at tilpasse en kontrakt efter uventede omstændigheders indtræden, end en proaktiv og potentielt utilstrækkelig håndtering på kontraktindgåelsestidspunktet ville være. Dette udsagn harmonerer dog mest med retsstillingen i dansk ret, da *parol evidence*-reglen i engelsk ret begrænser domstolenes muligheder for at udfylde en kontrakt efterfølgende. I denne sammenhæng inddrages bl.a. UNIDROIT Principles, da de heri nedfæstede principper minder om

³³http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_iic_force_majeure_and_hardship_clauses_2003.pdf.

³⁴ Drukkers (britisk advokatfirma) force majeure-klausul kan findes her: <http://www.drukker.co.uk/publications/reference/force-majeure-clause/>.

³⁵ Hvis kontrakten fremstår komplet, vil denne kontrakt være det eneste gyldige kontraktdokument, og hensigtserklæringer, mundtlige aftaler, der ikke er indskrevet i kontrakten, eller lignende kan normalt ikke tildeles betydning.

³⁶ Weatherley og Bargeton: "Pathclearer", S&N Group Legal, Law Department Quarterly (Oct.-Dec. 2005).

³⁷ Stewart Macaulay: "Non-contractual relations in business", American Sociological Review, Vol. 28, No. 1, February, 1963.

³⁸ Hadfield & Bozovic: "Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation", University of Southern California Law Review, January, 2012.

retspraksisudviklede principper på området i dansk ret. UNIDROIT Principles har ligeledes nedfældede principper, der tager sig af standardvilkårs gyldighed, herunder fortolkning og udfyldning af standardvilkår, og selvom retsstillingen igen minder om den danske, adskiller det sig ved, at principperne ikke nedskrevne i dansk ret. I jurakapitlet vil risikoen for, at kontrakten kan ophøre, ligge mellem linjerne, når genforhandling diskuteres, da genforhandling vil være forbundet med en risiko for, at kontraktparterne ikke kan finde en løsning i fællesskab. Til analyse af genforhandling og genforhandlingsklausuler anvendes UNIDROIT Principles og engelsk ret, hvorefter der stilles et objektivi krav til forhandling i god tro, da dette er en forudsætning for, at en succesfuld genforhandling kan ske.

1.6 - Afgrænsning

Den generelle positive afgrænsning i afhandlingen ligger i fokuset på forretningsforhold, altså business-to-business, hvorfor forbrugerkontrakter ikke berøres. Dette er navnlig gjort ud fra en betragtning om, at kontraktretten er mere dynamisk i business-to-business-forhold, hvor der i høj grad lægges til grund, at virksomheder er i stand til at indgå visse aftaler, og i aftalen er der en høj grad af forhandling og kompensation, som kan øge den samlede kontraktefficiens.

Der arbejdes i denne afhandling primært med kontinuerlige kontraktforhold, og i det hele taget kontrakter, som har en længerevarende løbetid, hvori der kan opbygges merværdi som følge af at opnå et længerevarende kendskab til medkontrahenten. Dette fokus gør også afhandlingens behandling af klausuler mere relevant, da disses virkning forudsætter et fælles ønske om at opretholde kontrakten.

Kontrakter mellem virksomheder vil ofte være genstand for voldgiftsklausuler, da voldgift ofte er bedre egnet til at løse brancherelevante stridigheder, end en domstol er. Voldgift vil dog være uden for denne afhandlings fokus, hvorfor der afgrænses herfra.

1.6.1 - Økonomisk afgrænsning

Det fremgår af den metodiske fremgang, at der igennem denne afhandling arbejdes med selve kontrakten som målestok for værdiskabelse. Derfor er der visse elementer, som ikke behandles i løbet af opgaven, hvilke bl.a. berører virksomheden i sig selv.

Afhandlingen søger at optimere kontrakter og helst i kontraktindgåelsesfasen, hvorved man kan tage højde for fremtidige problemstillinger, som måtte forekomme. På trods af, at virksomheden og dens produkt vil have en rolle at spille i en konkret forhandlingssituation, arbejdes der i højere grad med kontrahering og risikoallokering på et metaplan snarere end i en konkret situation. Derfor vil der være visse teorier, som ikke finder anvendelse, fordi der netop ikke arbejdes med virksomheden.

I forlængelse af det ovenstående, afgrænses der fra virksomhedens produkter. Derfor er der teori så som Barneys *resourced-based view*³⁹, som kan finde anvendelse, når der skal indgås en specifik aftale, hvor produktet kan siges at indgå i VRIO-frameworket⁴⁰.

Ligesom der ikke arbejdes med en konkret virksomhed eller et konkret produkt, bliver markedet heller ikke nærstuderet. Således vil der ikke arbejdes med markedskoncentration og produktlancering eller –differentiering, og der vil heller ikke laves en større strategisk udlægning af en virksomheds position i markedet ud fra en ”Porters’ 5 forces”-analyse⁴¹ eller lignende.

1.6.2 - Juridisk afgrænsning

Afhandlingens hovedformål er at beskrive metoder, hvorpå virksomheder på en effektiv og efficient måde kan tage hånd om problemstillinger, som måtte opstå efter kontraktens indgåelse, og som på indgåelsestidspunktet ikke kunne forudses.

³⁹ Jay B. Barney: ”Strategic Management and Competitive Advantage”, 3rd edition, 2010, s. 66-68.

⁴⁰ Jay B. Barney: ”Strategic Management and Competitive Advantage”, 3rd edition, 2010, s. 68-83.

⁴¹ Michael E. Porter: ”How Competitive Forces Shape Strategy”, Harvard Business Review, 1980.

Dermed afgrænses der fra problemstillinger, som opstår inden kontraktens indgåelse, og selvom der forekommer markante forskelle i indgåelsesfasen i common law og civil law, er dette ikke umiddelbart relevant for besvarelse af hovedproblemstillingen i denne afhandling.

Der inddrages eksempler fra andre retsområder, eksempelvis inden for handelsagenter mv. Dette bliver blot brugt som eksempler på kontrakttyper, men rent juridisk bliver de ikke behandlet nærmere.

Da afhandlingen arbejder med kontraktretten, vil der være tale om erstatning inden for kontrakt, hhv. positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktinteresse, når erstatning og kompensation behandles i løbet af afhandlingen, men de nærmere erstatningsmæssige betingelser bliver ikke gennemgået i løbet af opgaven.

Om end at gå i dybden med internationale kontraktretssager kunne være et spændende emne, herunder den individualiserende metode⁴² og nationale retters *lex fori*-tendens, samt litispendens-reglens⁴³ betydning for valg af værneting og eventuel opportuniste forbundet hermed, vil dette falde uden for afhandlingens afgrænsning.

Der afgrænses desuden for anvendelse af den internationale løsøre købelov CISG. Dette skyldes, at CISG er en samling af mere konkrete regler end anden *lex mercatoria*, som er anvendt i stedet for, da generelle principper og sædvaner i højere grad kan benyttes dynamisk på tværs af brancher, end et mere fast regelsæt kan. Desuden er denne afhandling ikke begrænset til løsørekontrakter, hvorfor anvendelse af CISG ikke var oplagt.

⁴² Peter Arnt Nielsen: "International handelsret", 3. udgave, 1. oplag, 2015, s. 106-107.

⁴³ Jf. Domskonventionens art. 21 og Domsforordningens art. 27.

KAPITEL 2 – ØKONOMI

2.1 - Indledning

Hovedformålet med afhandlingens økonomiske kapitel er at undersøge de forskellige mekanismer, som leder op til indgåelsen af en kontrakt. I forhold til at kontrollere transaktionsomkostninger forbundet med at indgå i kontraktforholdet, herunder moral hazard, arbejdes der i høj grad med, hvordan man sidestiller parternes interesser i kontrakten, så incitamenterne til kontraktmæssig korrekt adfærd er tilstrækkelige. Kapitlet vil således i høj grad være en teoretisk gennemgang af de forhold og tilgange, der er ønskværdige, hvis kontraktparterne vil øge deres muligheder for at forhandle og koncipere en kontrakt, der er efficient.

Strukturmæssigt vil dette kapitel bygges op, så der først arbejdes med kontrahenternes risikoprofil. Dette er gjort ud fra en betragtning om, at realisering af risikotendenser hos sin medkontrahent bevirker, at man kan koncipere kontrakten mere efficient. Dernæst arbejdes der med transaktionsomkostninger. Transaktionsomkostninger, asymmetrisk information og moral hazard-problemstillingen er alle problematikker, som påvirker omkostninger forbundet med indgåelse, opretholdelse og håndhævelse af kontrakten.

En del af kapitlet vil behandle disse emner gennem arbejde med principal-agent-kontrakter, da parterne i sådanne kontrakter, hhv. principalen og agenten, ofte er forskellige i økonomisk størrelse, i risikoaversionsniveau, i informationsniveau og i ekspertiseområde. Dette gør moral hazard-problemstillingen og vigtigheden af incitamentsstyring i kontrakten særlig relevant, hvorfor skildringen bliver mere tydelig. Arbejdet med denne type kontrakter udelukker dog ikke problemstillingernes relevans ved andre kontrakttyper.

Sidst vil der blive arbejdet med de økonomiske forhold ved genforhandling, hvilket er specielt vigtigt for opretholdelsen af kontrakten, men der vil også blive lavet anskuelse af kontraktbruddet, eftersom det ikke kan anses som værende en økonomisk saglig strategi kontinuerligt at opretholde en inefficent kontrakt uden enten at genforhandle dens præmisser eller helt at bryde kontrakten.

2.2 - Grundlæggende begreber

2.2.1 - Risiko

Når to parter indgår en kontrakt, vil alle de forpligtelser, som parterne har aftalt imellem sig, være et udtryk for risiko, de hver især har påtaget sig. Desuden vil kontrakten, enten udtrykt eller implicit, allokere risiko for andre forhold mellem parterne. At der er en risiko forbundet med de forhold og forpligtelser, der er indskrevet i kontrakten, er et udtryk for, at der følger en konsekvens, hvis ikke disse opfyldes efter kontrakten. Allokering af risiko er således essentielt for kontrakten, hvis den skal have virkning, da der uden konsekvens ikke er nogen garanti for, at parterne handler i overensstemmelse med kontrakten.

Der vil altid være risiko forbundet ved at indgå i en kontrakt – fx risiko for, at en part ikke præsterer, at der sker forsinkelse, at priser på materiale stiger etc. I kontraktforhandlingen er det vigtigt, at man forsøger at allokere disse risici efficient, således at risikoen for forskellige eventualiteter bæres af de parter, for hvem det er mindst byrdefuldt⁴⁴.

På overfladen kan man forledes til at tænke, at det som sådan kan være ligegyldigt hvem, der bærer risikoen, da omkostningerne vel må være omtrent de samme, uanset hvem der må bære dem – en omkostning, som den risikobærende part kompenseres for af medkontrahenten. Men dette er ikke helt så clear-cut, som det ser ud til at være på overfladen. For det første kan den ene part have særlige forhold, der fx gør det billigere for denne part at producere eller indkøbe komponenter til kontraktgenstanden, som fx stordriftsfordele eller stor forhandlingsstyrke. For det andet kan det være nødvendigt at allokere risikoen til den part, som er nærmest til at begrænse risikoen – på den måde skabes der incitament til at foretage risikobegrænsende foranstaltninger hos den part, som bedst har mulighed for det.

⁴⁴ Med "byrdefuldt" hentydes til den faktiske økonomiske byrde sammenholdt med parternes individuelle risikoaversion. I praksis vil byrden ofte være størst hos den part, der er mest risikoavers, hvorfor det kan være ønskværdigt at allokere størstedelen af risikoen væk fra denne part. Som Sykes siger: *"If both parties are risk averse, private Pareto optimality requires that the financial risks of the agency be shared, with a greater portion of the risk on the less risk averse party"*, Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), s. 1235.

Risiko, som ingen af parterne kan påvirke (i hvert fald ikke på en økonomisk rentabel måde), vil ofte have force majeure-agtig karakter. En mulig måde at allokere sådan risiko på er ved at lade sådanne eventualiteter være ansvarsfri, altså force majeure, men dette kan efter kontraktens eller eventualitetens natur ramme én af parterne urimeligt hårdt, hvorfor en genforhandlingsklausul også kan være en mulighed – på den måde anerkender man indtræden af uventede omstændigheder som en forskydning af aftalegrundlaget. En anden mulighed er at placere sådan risiko hos den part, der er mest risikoneutral (mod betaling, naturligvis), da han kan tilbyde at bære risikoen billigere, end den anden part kan.

2.2.2 - Risikoaversion

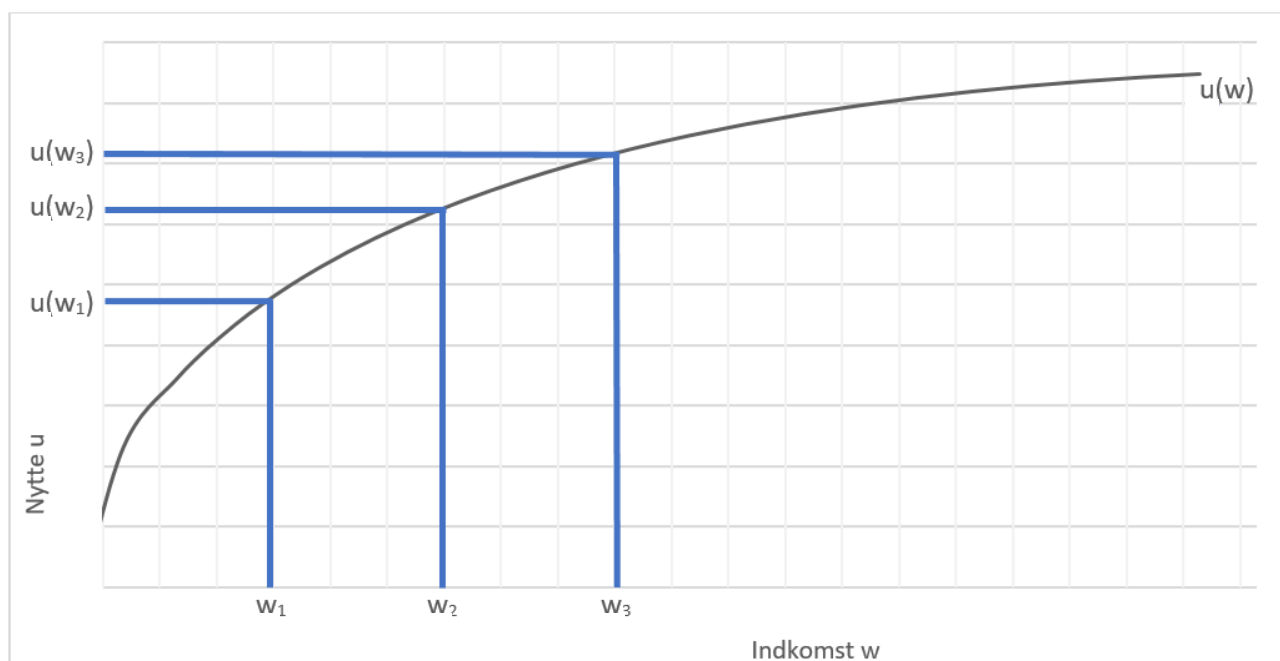
Forskellige grader af risikoaversion hos kontraktparterne kan nødvendiggøre, at risikoen allokeres til den mindst risikoaverse part, hvilket den mere risikoaverse part kompenserer medkontrahenten for gennem kontrakten⁴⁵. Risikoaversion betyder kort sagt, at man foretrækker en sikker indkomst frem for en usikker en, selvom det forventede udbytte matematisk set måtte være det samme. Dette skyldes grundlæggende, at ens nyttefunktion er degressiv (dvs. $u(w) = c + a * w^{\frac{1}{b}}$, hvor $b > 1$)⁴⁶, således at marginalnyttens falder ved stigning i indkomst – altså falder pengenes subjektive værdi, efterhånden som indkomsten stiger. Det kan antages, at mennesker (og virksomheder) generelt set er (mere eller mindre) risikoaverse⁴⁷. Af samme forklaring vil en part med stor kapital antageligvis være mindre risikoavers end en part med lille kapital, da et tab vil være relativt større, og således mere graverende, for den lille part.

⁴⁵ For mere om dette, se Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), s. 1231-1280.

⁴⁶ Hvor nytten u er en funktion af indtægt w , og c er en konstant, a er funktionens hældning og b er et udtryk for den individuelle risikoaversion.

⁴⁷ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, Chapter 5.1.1.

Figur 1 - risikoaversion



Figur 1 ovenfor er et eksempel på en nyttefunktion hos en risikoavers person. Som det tydeligt kan ses, stiger nytten mere ved indkomst $w_{1 \rightarrow 2}$ end ved $w_{2 \rightarrow 3}$ ⁴⁸, altså er marginalnyttens $\frac{du}{dw}$ en faldende funktion. Hvis en person har en indkomst på w_2 som udgangspunkt, vil et fald til w_1 have større numerisk effekt på hans nytte, end en stigning til w_3 vil have.

Eksempel 1:

For at give et simpelt eksempel på risikoaversion, antages det i det følgende, at $a = 1$, $b = 2$ og $c = 0$ ⁴⁹. Nyttefunktionen vil derfor se sådan ud: $u(w) = \sqrt{w}$ ⁵⁰. Antag, at en risikoavers person med denne nyttefunktion får følgende valgmuligheder:

- Valgmulighed 1: En gevinst på 200 med 50% sandsynlighed kontra ingen gevinst med 50% sandsynlighed.
- Valgmulighed 2: En gevinst på 100 med 100% sandsynlighed.

Da vil hans nytte ved de to valgmuligheder se ud som følger:

- Valgmulighed 1: $\frac{1}{2} * u(200) + \frac{1}{2} * u(0) = \frac{1}{2} * \sqrt{200} \approx 7$,

⁴⁸ Med andre ord: $\Delta u(w_{1 \rightarrow 2}) > \Delta u(w_{2 \rightarrow 3})$

⁴⁹ a er funktionens hældning, b er et udtryk for den individuelle risikoaversion og c er en konstant.

⁵⁰ Hvor nytten u er en funktion af indtægt w .

- Valgmulighed 2: $u(100) = \sqrt{100} = 10$,

Da $7 < 10$, bør han vælge valgmulighed 2.

Den risikoaverse person vil altså foretrække den sikre indkomst, selvom den forventede indkomst ved de to valgmuligheder er identisk, nemlig $\frac{1}{2} * 200 = 100$.

Et andet typisk eksempel på risikoaversion er tegning af forsikring. Som forsikringstager betaler du et forsikringsselskab for at overtage din risiko, således at du undgår et potentielt meget stort tab i fremtiden. Det forventede tab er dog højere ved at betale forsikringspræmien, end det ville være ved ikke at betale præmien og risikere et fremtidigt tab – ellers ville forsikringsselskabet ikke opnå profit. Grunden til, at dette kan lade sig gøre, er, at man overordnet set er mere risikoavers, jo mindre formue man har⁵¹. Et forsikringsselskab har en stor kapital og en stor kundebase at fordele tab ud på, således at en skade ikke har nogen effekt på virksomhedens ageren, hvorfor virksomheden nærmer sig risikoneutralitet. På samme måde er meget store virksomheder⁵², kommuner, regioner etc. ofte selvforsikrende, dvs. de køber ikke forsikring hos forsikringsvirksomheder, da de har råd til selv at bære eventuelle tab⁵³.

2.2.3 - Risikoneutralitet

En risikoneutral person er en person, der ikke tillægger risiko en (negativ) subjektiv værdi, men snarere ser risiko som en objektiv sandsynlighed. Således vil en risikoneutral person være indifferent mellem valgmulighed 1 og 2 i *Eksempel 1*, da begge valgmuligheder giver en forventet indkomst på 100. Det kan, som nævnt tidligere, generelt antages, at mennesker er mere eller mindre risikoaverse af natur⁵⁴, da den relative værdi af indkomst falder i takt med, at indkomsten stiger, og således kan det antages, at den subjektive værdi ligeledes falder⁵⁵. Visse (juridiske) personer, fx

⁵¹ Se bl.a. Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, Chapter 5.1.1.

⁵² Blandt shipping-virksomheder er det fx almindeligt, at man overlader forsikring til såkaldte P&I Clubs, der fungerer som en risk-pool for de forskellige medlemmer. I denne konstellation forsikrer medlemmerne hinanden i stedet for at lade en forsikringsvirksomhed påtage sig risikoen mod betaling.

⁵³ Statslige institutioner er desuden i de fleste tilfælde lovmæssigt forpligtet til at være selvforsikret, jf. CIR nr. 9783 af 09/12/2005.

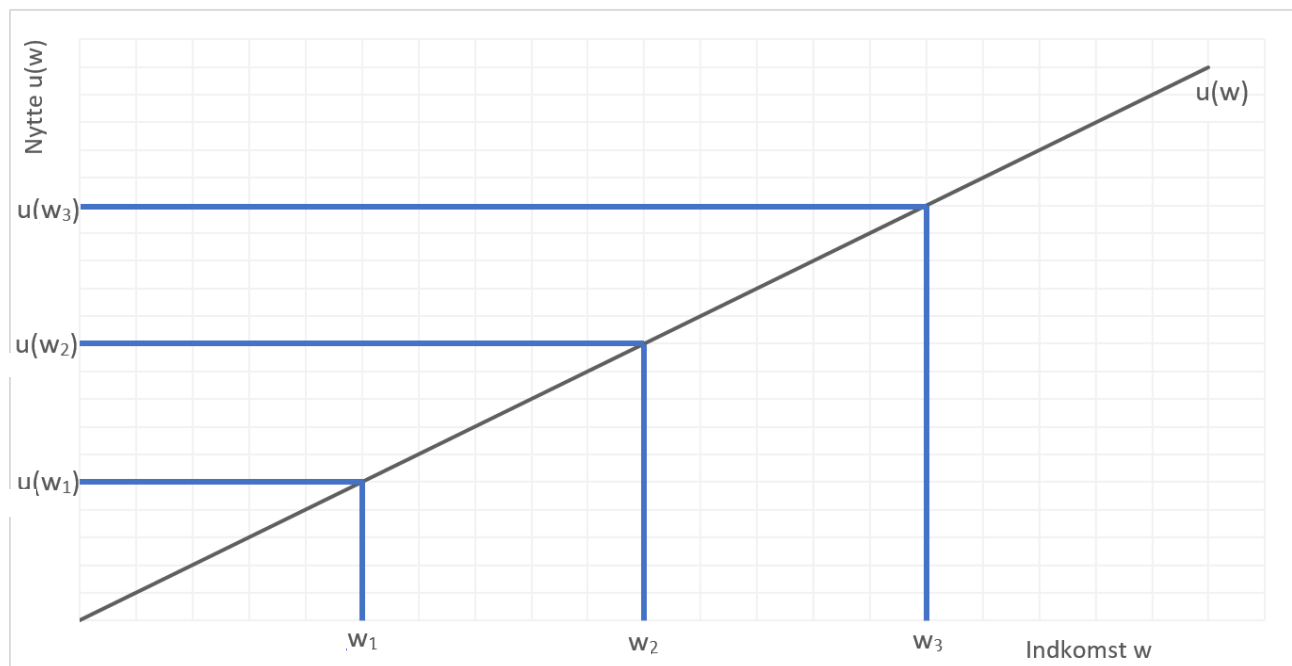
⁵⁴ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, Chapter 5.1.1.

⁵⁵ Dette eksemplificeres også i Friedmann & Savage: "The Utility Analysis of Choices Involving Risk", Journal of Political Economy, Vol. 56, No. 4 (Aug. 1948), s. 280.

store virksomheder, vil dog pga. deres økonomiske formåen nærme sig risikoneutralitet, hvorfor de i kontraktsammenhæng teoretisk set kan påtage sig mere risiko end mere risikoaverse parter kan⁵⁶.

Nyttefunktionen hos en risikoneutral person er lineær (dvs. $u(w) = c + a * w$)⁵⁷, således at marginalnytten er konstant svarende til værdien af a .

Figur 2 - risikoneutralitet



Figur 2 ovenfor viser et eksempel på en risikoneutral nyttefunktion. Som det fremgår af figuren, stiger nytten u det samme ved en stigning i indkomst $w_1 \rightarrow w_2$ som ved $w_2 \rightarrow w_3$ ⁵⁸. Hvis der tages udgangspunkt i w_2 , vil et fald til w_1 have samme numeriske effekt på u , som en stigning til w_3 , hvilket er et udtryk for, at risikoen for tab ikke tillægges nogen subjektiv værdi ud over den objektive sandsynlighed, hvorfor en risikoneutral person kan tilbyde at påtage sig risiko til en billigere pris, end en risikoavers person kan. Da det i praksis i højere grad er realistisk at forestille

⁵⁶ "[...] firms might be usually be considered as risk neutral actors in relation to many accidents, for these would cause losses that are small in relation to their assets.", Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, Chapter 5.1.1.

⁵⁷ Hvor nytten u er en funktion af indtægt w , c er en konstant og a er funktionens hældning.

⁵⁸ Med andre ord: $\Delta u(w_1 \rightarrow w_2) = \Delta u(w_2 \rightarrow w_3)$.

sig tilfælde, hvor en part nærmer sig risikoneutralitet end reelt er risikoneutral, har den primært teoretisk værdi.

2.2.4 - Risikoperversion

Risikoperversion er det omvendte af risikoaversion. En risikopervers/risikosøgende person vil således være villig til at påtage sig risiko mod en compensation, som objektivet set er for lille, så det forventede afkast er negativt. Risikoperversion ses bl.a. i forbindelse med hasardspil, hvor tilstrækkelig statistisk information er tilgængelig til at kunne foretage en rationel beslutning, men hvor den risikoperverse person alligevel tager ”chancen”. Denne paradoksale adfærd kan forekomme irrationel. I forbindelse med kontraktindgåelse kan risikoperversion sammenlignes med påtagelse af ukvantificerbar risiko mod billig compensation, da kontraktparten her kan tage en chance. Det kan dog argumenteres, at begrænset information til at kunne kalkulere den reelle risiko i højere grad betyder, at en sådan underkompensation er en følge af ufuldkommen og/eller asymmetrisk information samt det kognitive bias *overconfidence*⁵⁹, end det er en følge af risikoperversion. Risikoperversion kan godt komme forekomme i praksis, men overordnet set må det opfattes som irrationelt. Risikoperversion vil ikke gennemgås yderligere.

2.2.5 - Realisering af parterers risikoprofil

Det følger af 2.2.2, at parterne kan antages at være mere eller mindre risikoaverse, især i forhold til at påtage sig risiko for uventede omstændigheder eller risiko af ukvantificerbar karakter. Det er vigtigt for kontraktsamfundet, at parterne har en ide om deres egen og deres medkontrahents individuelle risikoaversionsniveau, eller risikoprofil, da der ellers vil være en sandsynlighed for, at risikoallokering og deraf afledt compensation sker inoptimalt. Dette hænger sammen med det teoretiske udgangspunkt, at jo mere risikoavers en part er, jo større compensation vil han kræve for at påtage sig en given risiko, hvilket potentielt kan hæve den samlede kontraktsum, uden at dette medfører en proportionelt øget nytte, da risikoen værdisættes forskelligt.

⁵⁹ Det kognitive bias *Overconfidence* betyder, at mennesket generelt har en tendens til at overvurdere egne evner samt undervurdere risiko for fiasko. For mere om *overconfidence*, se Leigh Thompson: ”The Mind and Heart of the Negotiator”, Pearson Education Ltd, 5th edition, 2014, s. 173-174.

2.2.6 - Transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger⁶⁰ er en fællesbetegnelse for omkostninger forbundet med en transaktion, fx indgåelsen af en kontrakt. Sådanne omkostninger kan overordnet set opdeles i tre grupper⁶¹: forhandlingsomkostninger (omkostninger ved at bruge tid og ressourcer på at forhandle om forskellige eventualiteter, m.m.), håndhævelsesomkostninger (omkostninger forbundet ved at håndhæve krav, som kontrakten tilskriver én) og andre transaktionsomkostninger (fx omkostninger forbundet med at indhente information mm.).

2.2.7 - Asymmetrisk information

Tæt forbundet hermed er asymmetrisk information⁶². Asymmetrisk information er ikke som sådan en transaktionsomkostning, men det kan være omkostningsfuldt for parterne i en kontrakt, hvis enten tilgængeligheden af information er forskellig mellem parterne, eller at opfattelsen/vurderingen af tilgængelig information er forskellig, da dette kan skævvride parternes opfattelse af fx risiko eller værdisætning af risiko. Asymmetrisk information kan således påvirke efficiensen af en kontrakt, hvis ikke den bliver udlignet, eller det kan medføre (store) transaktionsomkostninger at udligne informationsniveauet i bestræbelserne på at koncipere en optimal kontrakt.

2.2.8 - Coase-teoremet

Tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger truer sandsynligheden for, at en forhandling resulterer i en optimalt konciperet kontrakt. Coase-teoremet⁶³ går ud på, at parterne i en forhandling i fraværet af transaktionsomkostninger altid vil nå frem til den pareto-optimale kontrakt. Coase-teoremet siger således, at hvis parterne har ubegrænset tid og ubegrænsede ressourcer til at forhandle og koncipere kontrakten samt til at dele information parterne imellem, vil parterne have de perfekte forudsætninger for at allokere risiko og compensation på en optimal måde. Således vil parterne koncipere en kontrakt, som ingen taber på ift. alternative løsninger (idet compensation for

⁶⁰ For mere om transaktionsomkostninger, se Ronald H. Coase: "The Nature of the Firm", *Economica*, November 1937, og Ronald H. Coase: "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics* vol. III, Oct. 1960.

⁶¹ Transaktionsomkostninger inddeles på lignende måde i Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", *The Yale Law Journal*, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), s. 1234 og 1242.

⁶² For mere om asymmetrisk information, se fx George A. Akerlof: "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3. (Aug. 1970), s. 488-500.

⁶³ Udledt i Ronald H. Coase: "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics* vol. III, Oct. 1960.

risiko ligeledes sker optimalt), og på den måde fjernes parternes incitament til at bryde kontrakten, da ingen bedre alternativer findes for nogen af parterne. En sådan kontrakt er indbegrebet af pareto-optimalitet. Coase-teoremet er dog meget teoretisk i sin form, da en forhandling altid vil indeholde visse transaktionsomkostninger – fx ved at skulle udligne asymmetrisk information, ved at afsætte tid og ressourcer til forhandling, eventuelle opportunity costs eller lignende, hvilket vil udelade visse forhold fra kontrakten (fx usandsynlige eventualiteter eller uventede omstændigheder). Således må parterne i bestræbelserne på at opnå den optimale kontrakt acceptere tilstedeværelsen af et vist niveau af transaktionsomkostninger⁶⁴.

Som Coase-teoremet beskriver, vil den optimale kontrakt konciperes, hvis der ses bort fra transaktionsomkostninger. Dette er dog ikke ensbetydende med, at forhandlingsparterne bør tage sig tid til at forhandle om alle tænkelige (og utænkelige) scenarier for at efterligne fremgangsmåden, der efter Coase-teoremet leder til den optimale risikoallokering og således også den optimale kontrakt – denne fremgangsmåde er nemlig kun optimal, hvis det antages, at transaktionsomkostninger ikke eksisterer. Fx må det være åbenbart, at det ikke er optimalt at lade en prekontraktuel forhandling inkludere meget usandsynlige (eller ligefrem urealistiske) eventualiteter blot for at dække sig ind. Omkostningerne ved at medtage sådanne forhold, såsom tid, advokatomkostninger og lignende, kan hurtigt overgå de forventede omkostninger ved at overlade konsekvenserne af eventualiteten, måtte den indtræde, til fx senere (gen)forhandling eller i værste fald retten. En kontrakt kan således sagtens være optimal – og er det ofte – selvom den ikke er fuldkommen⁶⁵.

2.3 - Risikoallokering

2.3.1 - Indledning

Dette underkapitel tager udgangspunkt i principal-agent-forhold. Dette udgangspunkt gøres primært af den årsag, at det kan simplificere visse skildringer, dog uden at udelukke underkapitlets relevans ift. andre typer kontrakter end principal-agent-kontrakter.

⁶⁴ Dette var et punkt, som Coase diskuterede. Coase argumenterede for, at virksomheden var en juridisk fiktiv enhed, som bestod af en række kontrakter internt, men også bilateralt med virksomheden på den ene side og andre interessegrupper på den anden. Se Ronald H. Coase: "The Nature of the Firm", *Economica*, November 1937.

⁶⁵ Dette hænger sammen med, at parterne ofte søger at tilfredsstille deres nyttefunktion snarere end at profitmaksimere. For mere, se Christian Knudsen: "Økonomisk Metodologi, Bind 2", 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 119.

2.3.2 - Kort om principal-agent-teori

Et principal-agent-forhold er et kontraktforhold, hvor det primært er den ene part (agenten), der skal præstere en ydelse, der består i andet end penge, mens den anden parts (principalens) modydelse består i penge. Principal-agent-kontrakter kan fx være bestilt arbejde i form af et bygherre-entreprenør-forhold. I principal-agent-forhold er der typisk en part, som vil være større (finansielt) end den anden part, og denne part vil ofte være principalen⁶⁶.

Kontrakter, hvor der er tale om et principal-agent-forhold, vil typisk være præget af et mismatch i informationsniveauet⁶⁷, når der ses på principalen som værende arbejdsgiver og agenten, som skal udføre arbejdet. Principalen vil ofte ikke have mulighed for at kunne observere agentens ageren til fulde, altså hvorvidt agenten handler i overensstemmelse med kontraktens interesse. Dette skaber moral hazard, som typisk søges at blive afhjulpet gennem incitamentsstyring i kontrakten, så principalen og agentens interesser ligestilles⁶⁸. Moral hazard-problemstillingen vil behandles nedenfor i 2.3.4.

I 2.2.2 tales der om kontrahering mellem parter, hvor en eller flere af parterne er risikoaverse i forhold til at påtage sig risiko i kontrakten. I et principal-agent-forhold arbejdes der ofte med en part værende tættere på risikoneutralitet (ofte principalen), hvor modparten i større grad vil være risikoavers grundet sin mindre finansielle position (ofte agenten). At principalen ofte er nærmere risikoneutralitet end agenten, er en almindelig antagelse inden for principal-agent-teorien⁶⁹.

Grundet disse omstændigheder, altså at der er asymmetrisk information i principal-agent-forhold, og at der typisk er tale om en part værende mere risikoavers end den anden, bevirker det, at der forekommer transaktionsomkostninger ved udfærdigelsen af kontrakten, når risiko efficient skal allokeres i kontrakten.

⁶⁶ Som Sykes siger: "[...] Principals, by contrast, are often wealthier individuals, and intuition suggests that aversion to risk of a given magnitude often declines as wealth increases.", Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), s. 1235.

⁶⁷ Se Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability" The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun. 1984), s. 1237, og Kenneth J. Arrow: "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", The American Economic Review (December 1963), Vol. 53, No. 5, s. 951.

⁶⁸ Christian Knudsen: "Økonomisk Metodologi, Bind 2", 2. udgave, 1. oplag, 1997, s. 168.

⁶⁹ Se fx Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Juni 1984), s. 1235.

2.3.3 - Risikoallokering generelt

Det er en almindelig kontraktøkonomisk opfattelse⁷⁰, at risikoen for en skade ofte bør allokeres til den part, som er nærmest til at kunne forebygge eller forhindre skaden. Dette hænger både sammen med, at denne part ofte vil have lavere omkostninger forbundet med risikobegrænsning, men også at ansvaret kan have en positiv effekt på incitamentet til at nedsætte risiko for skade⁷¹. Dette princip er også udtrykt i forsikringsretten, hvor en part på trods af, at han kan allokere risikoen over på en tredjepart⁷² (forsikringsvirksomheden), stadigvæk har en pligt til at søge at mindske skadens omfang.

Den part, som har bedst mulighed for at begrænse risiko, bør altså som udgangspunkt påtage sig denne opgave⁷³. I et principal-agent-forhold vil denne part ofte være agenten, da han er bedst i kontrol med sin egen ydelse. På trods af dette kan der forekomme hændelser, som er ude af parternes kontrol. I disse tilfælde vil parterne ikke have mulighed for at begrænse risikoen, hvorfor den bør allokeres ud fra et andet grundlag, såsom hos den part, der er nærmest risikoneutralitet⁷⁴.

Som allerede nævnt i 2.2.2, må risikoaversionen hos de involverede parter vurderes, når man skal allokere risiko efficient i kontrakten⁷⁵. I principal-agent-kontrakter vil agenten være bedst egnet til at påtage sig risiko forbundet med forhold, han selv kan påvirke, mens agenten antageligvis vil være modvillig til at påtage sig risiko for forhold uden for egen kontrol, hvilket bl.a. kan begrundes i risikoaversion. Dette vil afspejle sig i kontraktens pris.

Man kan argumentere for, at modvillighed hos agenten til at påtage sig risiko for forhold uden for egen kontrol ikke som sådan er et udtryk for risikoaversion, men snarere er et udtryk for, at principalen køber en bestemt vare eller ydelse af agenten, og at agenten vil kræve yderligere

⁷⁰ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, s. 59.

⁷¹ Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), s. 1250.

⁷² Når en skade er omfattet af en forsikring hos en af kontraktparterne, er det teknisk set ikke ensbetydende med, at risikoen er allokeret over på denne tredjepart. Dette skyldes, at tredjeparten indtræder i det foreliggende krav således, at tredjeparten først overtager risikoen efter, at risikoen er allokeret mellem kontraktparterne. Se bl.a. EAL § 22.

⁷³ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, s. 59.

⁷⁴ "If both parties are risk averse, private Pareto optimality requires that the financial risks of the agency be shared, with a greater portion of the risk on the less risk averse party", Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), s. 1235.

⁷⁵ Henrik Lando: "How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms".

kompensation for forhold, der afviger fra hans sædvanlige handleområde, hvilket kan begrundes i mange andre ting end risikoaversion alene, såsom fx øgede transaktionsomkostninger ved at skulle holde styr på sine forpligtelser. Desuden vil agenten have sværere ved at kvantificere risikoen forbundet med forhold, som er uden for hans sædvanlige handleområde, hvilket kan føre til, at agenten ønsker en forholdsmæssigt dyr kompensation for at skulle påtage sig denne risiko. I sådanne tilfælde vil det altså ikke være risikoen i sig selv, der er uønsket, men snarere upåregneligheden forbundet med risikoen⁷⁶.

Hvis denne tankegang overføres til kontrakter i almindelighed, kan der altså være en tendens til at kræve en overkompensation for at påtage sig ansvaret for ukvantificerbar risiko, hvilket kan true risikoallokeringens efficiens⁷⁷.

2.3.4 - Moral hazard

Moral hazard⁷⁸ er en særlig relevant problemstilling ift. principal-agent-forhold⁷⁹. Moral hazard vil opstå, hvis agentens og principalens interesser er forskellige, da parternes interesser er et udtryk for parternes incitamenter. Moral hazard kan således blive et problem, hvis ikke kontrakten skaber de rette incitamenter hos parterne.

Der er derfor sammenhæng mellem tilstedeværelsen af moral hazard og behovet for at skabe incitamenter gennem kontrakten. En måde, hvorpå der kan skabes incitamenter, er ved fx at lade aflønningen ske i forhold til resultater præsteret (resultatorienteret aflønning) frem for aflønning i

⁷⁶ Risikoaversion som begreb vil normalt også omfatte sådanne tilfælde, men sondringen er alligevel interessant.

⁷⁷ I tilfælde af ukvantificerbar risiko kan det ofte være svært i et ex ante-perspektiv at vurdere, om en kompensation kan karakteriseres som en overkompensation grundet risikoens usikre størrelse. Til sammenligning kan det ligeledes være svært at vurdere ex ante, om en given prekontraktuel investering kan kategoriseres som en hhv. under- eller overinvestering, altså en inefficent investering, når den potentielle profit ved samarbejdet er usikker eller ukalkulerbar. Denne pointe arbejdes videre med i 4.4 om kontraktudførlighed.

⁷⁸ Moral hazard (eller "skjulte handlinger") i kontrakter skal forstås som usikkerheden om, hvorvidt en parts medkontrahent handler loyalt over for parten og i overensstemmelse med det i kontrakten foreskrevne. Moral hazard skal således forstås som faren for, at en parts medkontrahent handler i egne privatøkonomiske interesser frem for i kontraktssamarbejdets fælles interesser. For mere om moral hazard, se bl.a. Kenneth J. Arrow: "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", *The American Economic Review*, Vol. 53, No. 5, December 1963, s. 961-962.

⁷⁹ Henrik Lando: "How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms", s. 7.

forhold til hvor megen tid, der bruges på arbejdet (indsatsorienteret aflønning)⁸⁰. En sådan struktur rykker dog en stor del af risikoen over på agenten, hvis omsætningen er forbundet med en vis usikkerhed, hvilket kan være dyrt for principalen, hvis agenten er risikoavers⁸¹. Hvis der i et kontraktforhold er stor risiko for moral hazard, hvilket fx kan være tilfældet, hvis der er begrænsede muligheder for observation eller verificering af agentens indsats⁸², kan det således være nødvendigt at skabe incitament hos agenten på en måde, så observation og lignende foranstaltninger slet ikke er nødvendigt. Dette er naturligvis nemmere sagt end gjort, men principalen kan have visse hjælpemidler til at konstruere en kontrakt, som skaber rette incitamenter for loyal indsats hos agenten, hvilket overordnet set vil være en kontrakt med en risikoallokering, der ensarter parternes interesser. Hvis parterne har ens interesser, fx hvis agentens afkast er betinget af indsats ved fx at gøre aflønningen resultatorienteret, vil agenten have incitament til at handle i overensstemmelse med principalens interesser, hvilket begrænser moral hazard i kontraktforholdet⁸³. Dette vil uddybes nedenfor i 2.3.5.

Hvis en part har en relativt lille økonomisk kapacitet ift. den skade, en begivenhed måtte medføre, kan der opstå tilfælde, hvor parten er ”judgment-proof”⁸⁴ – dvs. at han ikke har økonomisk kapacitet til at dække den skade, en begivenhed måtte medføre. Dette vil være særligt relevant ift. moral hazard, da tilstedeværelsen af judgment-proofness kan påvirke en parts, fx en agents, incitamenter og således gøre, at principalen ikke længere kan stole på, at agenten handler i overensstemmelse med kontrakten⁸⁵. Dette skyldes, at denne part, dvs. agenten, vil afveje de forventede omkostninger ved skade mod omkostningerne for at begrænse risiko, og hvis de forventede privatøkonomiske omkostninger ved skade sænkes pga., at parten ikke kan dække det fulde tab, vil omkostningerne ved at begrænse risiko være relativt dyrere, end hvis det fulde tab

⁸⁰ Kathleen M. Eisenhardt: ”An Assessment and Review”, The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989), s. 60 (Proposition 1) og s. 62 (Proposition 7).

⁸¹ Kathleen M. Eisenhardt: ”An Assessment and Review”, The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989), s. 61 (Proposition 4).

⁸² Kathleen M. Eisenhardt: ”An Assessment and Review”, The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989), s. 60 (Proposition 2).

⁸³ Kathleen M. Eisenhardt: ”An Assessment and Review”, The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989), s. 60 (Proposition 1).

⁸⁴ For mere om judgment-proofness, se Steven Shavell: ”Economic Analysis of Accident Law”, NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, Chapter 3.3. og Alan O. Sykes: ”The Economics of Vicarious Liability”, The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), pp- 1231-1280).

⁸⁵ Steven Shavell: ”Economic Analysis of Accident Law”, NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, Chapter 3.3.

kunne dækkes. Således vil risikoen ikke begrænses optimalt ift. den samlede kontrakt, hvilket betyder, at risikoen er allokeret inefficient i kontrakten.

Som opsummering kan det siges, at moral hazard er et problem, som i høj grad styres gennem kontrakten og dennes potentiale for økonomisk vinding. Kaldor-Hicks-kriteriet forklarer, at en kontrakt for at være incitamentsgivende skal være Kaldor-Hicks-efficient i forhold til kontraktsamfundet, og såfremt den ene part sidder til at profitere, hvor den anden part ikke gør, bør man for at styre moral hazard kompensere den part, som står til at tabe på fortsat opretholdelse eller indgåelse af kontrakten.

2.3.5 - Styring af moral hazard gennem valg af kontrakttype

Som nævnt i 2.3.4, er valget af kontrakttype med til at være incitamentstyrende i forhold til agenten. Agenter, som er (tæt på) risikoneutrale, vil højest sandsynligt fortrække en kontraktstruktur, som tilgodeser den øgede risiko, der ville være ved at lade en del af lønnen være en bonusordning⁸⁶. En sådan bonusordning kunne fx konstrueres således, at bonussen afhang af det salg, agenten ville realisere som følge af fx at have opnået agentur på det pågældende produkt eller indgåelse i den pågældende kontrakt.

Som tidligere nævnt er styringen af moral hazard-problemstillingen gjort bedst gennem en kontraktincitamentsstruktur, som sidestiller principalen og agentens interesser i kontrakten. Kort sagt kan man altså i forhold til en resultatorienteret kontrakt sige, at i tilfælde af, at den primære bevæggrund for principalen er et færdigt produkt, eller at hans varer skal ud til så mange som muligt, da vil en resultatorienteret kontraktstruktur være mere fordelagtig, eftersom man ikke vil se på, hvor lang tid der bliver arbejdet med den givne handling, blot at den givne handling bliver udført inden for kontraktens levetid og udkommet er, som kontrakten specificerer.

⁸⁶ Kathleen M. Eisenhardt: "An Assessment and Review", The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989), s. 61-62 (Proposition 5). Se også Anderson & Oliver: "Perspectives on Behavior-Based Versus Outcome-Based Salesforce Control Systems", Journal of Marketing, vol. 51 Oct. 1987, s. 76.

Modsat denne kontraktstruktur er den indsatsorienterede kontrakt, hvor man primært beskæftiger sig med hvor meget arbejde, der bliver lagt i den givne handling. Denne kontraktform tilgodeser mere risikoaverse agenter⁸⁷, hvor man netop ikke på samme måde beskæftiger sig med slutresultatet som eneste målingsparametre, men ligeledes med indsats undervejs i kontrakten. Denne kontraktform benyttes fx i ansættelseskontrakter, hvor aflønningen sker som timeløn, månedsløn eller lignende.

Eisenhardt⁸⁸ forklarer om såkaldt *task programmability*, at jo nemmere det er at definere den ønskede indsats, jo nemmere er det også at observere, hvorvidt den givne indsats udføres som ønsket. Altså er *task programmability* både med til at styre moral hazard i forbindelse med identifikationen af, hvilken indsats man ønsker opfyldt, men også med til at sænke transaktionsomkostningerne ved en indsatsorienteret kontraktstruktur, hvilken er højere grundet behovet for observation af de ønskede indsatsrelaterede parametre. Styringen af moral hazard i en indsatsorienteret kontrakt sker derfor primært gennem den observation, der måtte forekomme af agenten fra principalens side.

2.3.5.1 - Bod- og bonussystemer

Yderligere kan man indskrive en bodsordning i kontrakten (fx *per diem*-bøder) for overskridelse af tidshorisonten⁸⁹. Denne metode er en måde, hvorpå man kan sikre sig overholdelse af tidsfrister (force majeure-situationer vil dog normalt være undtaget). Introduktion af en bod giver dog ikke blot et incitament for at overholde kontrakten, men ligeledes en prisforøgelse af kontrakten, såfremt de bodsbelagte situationer ikke direkte er kontrollerbare for agenten, da agenten i så fald vil forlange en økonomisk kompensation for variationen i indkomst, hvilket som forklaret tidligere hænger sammen med bl.a. risikoaversion, men også agentens modvillighed til at påtage sig risiko for forhold uden for hans kontrol.

⁸⁷ Se bl.a. Kathleen M. Eisenhardt: "An Assessment and Review", The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989), s. 62 (Proposition 5), og Erin Anderson & Richard L. Oliver: "Perspectives on Behavior-Based Versus Outcome-Based Salesforce Control Systems", Journal of Marketing, vol. 51 Oct. 1987, s. 76.

⁸⁸ Kathleen M. Eisenhardt: "An Assessment and Review", The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989), s. 62 (Proposition 8).

⁸⁹ Se bl.a. Henrik Lando: "How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms".

Om den pengemæssige modydelse fastsættes som en fast pris minus en bod eller en fast pris plus en bonus, er sådan set to forskellige udlæg af den samme pris. Med dette menes, at hvorvidt ordningen formuleres som en bonus- eller en bodsordning uanset hvad vil give parterne en idé om den forventede værdi, de hver især kan hente i kontrakten, hvilket deres krav til kompensation vil være baseret ud fra. Således vil den faste del af betalingen være højere, hvis kontrakten indeholder en bodsordning, end hvis kontrakten indeholder en bonusordning. Der er dog den afgørende forskel, at en bonusordning har en mere positiv klang, hvorfor det kan have en motiverende effekt over for agenten at forsøge at opnå denne bonus, mens agenten i højere grad vil have en tendens til at nægte sig skyldig i de forhold, der har forårsaget boden, hvilket hænger sammen med det såkaldte *self-serving bias*⁹⁰. Selvom dette ikke fritager agenten fra at skulle betale boden, kan agentens tilfredshed med samarbejdet påvirkes, da agenten kan føle, at risikoallokeringen har vist sig ikke at være rimelig ex post, hvilket hænger sammen med tilgængelighedsheuristik⁹¹, som ligeledes er et kognitivt bias.

Bod- og bonussystemer har dog den overordnet positive funktion til en vis grad at udjævne principalens og agentens interesser. I kombination med en indsatsbaseret fast aflønning vil boden/bonussen fungere som et resultatbaseret element, således at agenten påtager sig en lavere risiko, end hvis hele aflønningen var resultatorienteret, og et bods- eller bonussystem kan derfor imødekomme mere risikoaverse agenter i kontraktforhold, hvor der er en vis risiko for moral hazard.

2.4 - Uventede omstændigheder

2.4.1 - Indledning

Ved indtræden af en uventet omstændighed er omfanget og sandsynligheden selvsagt ikke til at afgøre på forhånd, men alligevel kan man ofte godt allokere sådan risiko på en optimal måde. Der skal dog sondres mellem forskellige typer af uventede omstændigheder; omstændigheder, som en

⁹⁰ Det kognitive bias *self-serving bias* går ud på, at man har en tendens til at betragte egne handlinger og kompetencer i et mere positivt lys end andres. For mere, se: Campbell, W. Keith; Sedikides, Constantine; Reeder, Glenn D.; Elliot, Andrew J. (2000). "Among friends? An examination of friendship and the self-serving bias", *British Journal of Social Psychology* v. 39 (2), s. 229–239.

⁹¹ Tilgængelighedsheuristik går ud på, at man har en tendens til at overvurdere et fænomens hyppighed, hvis man hurtigt kan komme i tanke om tilfælde, hvor det er indtrådt, hvilket jo netop vil være tilfældet, når en kontraktpart vurderer risikoallokering i et ex post-perspektiv. For mere om tilgængelighedsheuristik, se Leigh Thompson: "The Mind and Heart of the Negotiator", Pearson Education Ltd, 5th edition, 2014, s. 173-174.

eller flere af parterne har (realistisk) mulighed for at nedbringe risikoen for, og omstændigheder, som ingen af parterne kan påvirke risikoen for. Forhold, som parterne har haft i tankerne, men ikke har medtaget i kontrakten, enten for at spare omkostninger eller for at undgå konflikt tidligt i samarbejdet, vil stadig opfattes som uventede omstændigheder, hvis indtræden alligevel forekommer og påvirker aftalen.

2.4.2 - Samspil med transaktionsomkostninger og asymmetrisk information

Transaktionsomkostninger kan sætte en begrænsning for, hvor megen informationsdeling og hvor megen forhandling det vil være hensigtsmæssigt at afsætte tid og ressourcer til, og det er således nødvendigt for forhandlingsparterne at overveje, hvornår det ikke længere kan betale sig at medtage eventualiteter, klausuler og lignende i forhandlingen. Derfor vil visse aspekter udelades fra kontrakten og kontraktforhandlingen, dels for at minimere transaktionsomkostninger og dels pga. usandsynlighed og uforudsigelighed. Sådanne aspekter kan dog vise sig at få betydning senere hen i kontraktforholdet, hvilket kan påvirke kontraktens efficiens. Fx kan ukvantificerbar risiko, uventede omstændigheder m.m., som ikke er medtaget i kontrakten pga. dens usikre natur, skabe splid mellem parterne, hvis ikke der på en eller anden måde tages højde for indtræden af begivenheder uden for kontraktens ramme, som kan påvirke kontrakten eller parterne.

Navnligt asymmetri i informationsniveau kan få betydning, når uventede omstændigheder indtræder. Hvis informationsniveauet parterne imellem er forskelligt, vil de have forskellig opfattelse af forhold, som kan påvirke kontrakten. Fx kan to kontraktparter værdisætte risiko forskelligt, hvilket kan påvirke deres opfattelse af, hvad en rimelig kompensation for påtagelse af denne risiko vil være – dette er dog mest relevant i forhandlingsstadiet.

Når en uforudset begivenhed er indtrådt, kan asymmetrisk information have betydning for parternes opfattelse af hvem, der bærer ansvaret for begivenheden, om hvorvidt en forpligtelse er blevet opfyldt, om hvorvidt en part har udvist uagtsomhed og lignende. Ligeledes kan der opstå tvivl om, hvorvidt den part, der har været nærmest til at nedbringe risikoen, har foretaget de rette foranstaltninger for at nedbringe risiko.

Eksempel 2:

Følgende er et eksempel på, hvordan asymmetrisk information kan påvirke parter opfattelse af, om der bør foretages risikobegrænsende foranstaltninger eller ej. I eksemplet er der tale om en ikke-uforudset begivenhed i den forstand, at parterne er enige om skadens omfang samt omkostningerne ved hhv. at halvere og eliminere risikoen for skadens indtræden, men har forskellige opfattelser af risikoen for skadens indtræden. I eksemplet befinder vi os i forhandlingsstadiet, hvor parterne skal bestemme, hvad det ønskede agtpågivenhedsniveau (*effort*) er. Det antages, at parterne deler skaden samt omkostningerne ved at nedbringe risiko. Det antages i første omgang, at den handlende part (*B*) udviser det agtpågivenhedsniveau, som parterne aftaler i kontrakten, dvs. der ses bort fra moral hazard.

Følgende værdier er parternes omkostninger forbundet med hhv. skade og risikobegrænsning:

- Skade: 100 for begge parter.
- Omkostninger ved at halvere risiko (*effort* $e = 1$): 9 for begge parter.
- Omkostninger ved at eliminere risiko (*effort* $e = 2$): 15 for begge parter.

Part A: Denne part er ikke nærmest til at nedbringe risikoen for den givne skade, og han handler derfor ikke i dette eksempel. Han har dog en opfattelse af, hvordan part B bør handle. A's forventning til risiko for skade er 20 %.

- Ingen risikobegrænsende foranstaltninger betyder, at B udviser en *effort* $e = 0$, hvilket vil medføre følgende forventede omkostninger for A: $0,2 * 100 = 20$.
- Halvering af risiko ($e = 1$) vil medføre følgende forventede omkostninger for A: $\frac{0,2}{2} * 100 + 9 = 19$.
- Eliminering af risiko ($e = 2$) vil medføre følgende forventede omkostninger for A: $0 * 100 + 15 = 15$.

A vil således foretrække, at risikoen elimineres, svarende til et agtpågivenhedsniveau på $e = 2$.

Part B: Denne part er nærmest til at nedbringe risikoen for den givne skade og er således den handlende part i dette eksempel. B's forventning til risiko for skade er 10 %.

- Ingen risikobegrænsende foranstaltninger betyder, at B udviser en *effort* $e = 0$, hvilket vil medføre følgende forventede omkostninger for B: $0,1 * 100 = 10$.

- Halvering af risiko ($e = 1$) vil medføre følgende forventede omkostninger for B : $\frac{0,1}{2} * 100 + 9 = 14$.
- Eliminering af risiko ($e = 2$) vil medføre følgende forventede omkostninger for B : $0 * 100 + 15 = 15$.

B vil således foretrække ikke at foretage risikobegrænsende foranstaltninger, altså foretrækker B at udvise et agtpågivenhedsniveau svarende til $e = 0$.

Hvis det antages, at A er rationel, vil han kræve en kompensation på minimum 5 for at acceptere, at B udviser $e = 0$, kræve kompensation på minimum 4 for at acceptere, at B udviser $e = 1$, og ikke kræve kompensation, hvis B accepterer $e = 2$. Dette skyldes, at kompensationen gør, at A som minimum stilles indifferent. Ud fra disse valgmuligheder vil B , såfremt han er rationel, være indifferent mellem $e = 0$ og $e = 2$, da begge resulterer i forventede omkostninger på 15, mens han ikke vælger $e = 1$, da dette resulterer i forventede omkostninger på $14 + 4 = 18$ ⁹². I det givne tilfælde har det således været muligt at allokere risiko og kompensere herfor på en efficient måde på trods af asymmetrisk information.

En interessant pointe i dette eksempel er, at hvis parterne indgår et kompromis på $e = 1$, vil de gennemsnitlige forventede omkostninger være højere (16,5), end hvis parterne havde valgt en af ekstremerne $e = 0$ og $e = 2$ (15 for begge). Om end et sådant kompromis kan forekomme irrationelt, kan det sagtens tænkes at forekomme i praksis, hvor kontraktparter søger at imødekomme hinanden uden samtidig at være villige til at dele den information, der begrundes deres valg. Dette understreger betydningen af asymmetrisk information i forhold til at optimere en kontrakt.

Hvis moral hazard derimod er en mulighed i eksemplet, dvs. B kan vælge et andet agtpågivenhedsniveau end aftalt, og at dette først kan verificeres af A efter skadens indtræden, vil B i forsøg på at minimere de forventede omkostninger vælge $e = 0$, hvilket grundet asymmetrisk information kan medføre, at A vil nægte at hæfte solidarisk for skaden grundet påstået culpa hos B . Således kan asymmetrisk information, selvom parterne hver især handler i kontraktens interesse efter egen overbevisning, gøre, at der opstår konflikt mellem parterne, som potentielt kan føre til

⁹² 14 er de forventede omkostninger ved halvering af risiko, og 4 er den kompensation, B skal betale A for at lade $e = 1$ være det aftalte agtpågivenhedsniveau.

kontraktbrud, selvom dette ikke måtte være optimalt, fx fordi der stadig er værdi at hente i kontrakten for begge parter.

2.4.3 - Risikobegrænsende foranstaltninger til forebyggelse af uventede omstændigheder

Ved uventede omstændigheder vil der være tale om forhold, som parterne ikke specifikt har taget højde for i kontrakten, hvorfor risikobegrænsende foranstaltninger for specifikke forhold ikke vil have den store relevans. Dog kan foranstaltninger, der kan nedbringe risiko generelt, have betydning i forhold til uforudsete begivenheder, såfremt begivenheden ikke har force majeure-agtig karakter. I disse tilfælde vil der dog være tale om risiko af ukvantificerbar karakter, hvorfor det kan være en udfordring for parterne at vurdere ud fra et omkostningsminimeringsperspektiv, i hvilket omfang der bør foretages risikobegrænsende foranstaltninger eller ej.

Som eksempel på, hvordan asymmetrisk information kan føre til kontraktuelle stridigheder, når der indtræder uventede omstændigheder, opstilles følgende scenarie: En skade opstår pga. en uventet omstændighed, og parterne overvejer hver for sig i retrospekt, om risikobegrænsende foranstaltninger kunne have begrænset eller elimineret risikoen eller omfanget af den konkrete skade. Hvis dette spørgsmål må besvares bekræftende, vil parterne dernæst overveje, om de risikobegrænsende foranstaltninger har måttet kunne forventes efter kontrakten, fx efter kontraktens eventuelle bestemmelser om "due care", om almindelige forventninger til loyal adfærd eller som en vurdering af, om mangel på disse foranstaltninger i sig selv kan ses som culpøs adfærd. Resultatet af en sådan vurdering vil ofte variere mellem parterne, hvilket bl.a. kan begrundes i asymmetrisk information, fx fordi den part, der har været nærmest til at begrænse risikoen (fx agenten), har haft bedre information vedrørende omkostningerne forbundet med risikobegrænsning. Forskellige opfattelser af, hvorvidt de kontraktlige forpligtelser til risikobegrænsning har været opfyldt, kan således ofte begrundes i asymmetrisk information, og dette kan føre til kontraktuelle stridigheder, der påvirker forestillingerne om succesfuld genforhandling samt risikoen for, at stridigheden ender i en retssag.

2.4.4 - Samspillet mellem uventede omstændigheder og risikoaversion

Som nævnt arbejdes der med to overordnede typer af uventede omstændigheder, dels med omstændigheder, som en eller flere af parterne har (realistisk) mulighed for at nedbringe risikoen for, dels omstændigheder, som ingen af parterne kan påvirke risikoen for.

Ved førstnævnte type omstændigheder kan risikobegrænsning fx bestå i generel agtpågivenhed, kontrol, observation og lignende, da dette nedsætter risiko generelt. Her vil det være naturligt at lade den part, der er nærmest til at nedsætte risikoen, bære risikoen⁹³. Dette vil i højere grad skabe de rette incitamenter samt være mindre omkostningsfuldt, end hvis risikoen placeredes anderledes. Hvis risikoen placeres modsat, altså hos den part, som er fjernest til at minimere risikoen, vil han formentligt bære et (urimeligt) stort ansvar, som han vil kræve vederlag for gennem kontrakten, og dette vederlag vil være relativt større, end hvis den anden part selv bærer risikoen, pga. begrænsede muligheder for at minimere risikoen. Dette vil dog primært være tilfældet, hvis parternes generelle risikoaversion har nogenlunde samme størrelse, da risikoen lige så vel kan allokeres på det grundlag, at den mest risikoneutrale part bærer risikoen for tabet, men at den part, som er nærmest til at minimere risikoen, står for at nedbringe risikoen, og at denne part overtager ansvaret for skaden, hvis han har udvist uagtsomhed, ikke har opfyldt en forpligtelse eller lignende. Hvis den risikonedsettende part ikke er den part, der også bærer risikoen, kan der dog opstå problemer forbundet med moral hazard, især hvis den risikobegrænsende adfærd er besværlig eller umulig at observere. I så fald vil parten nemlig have begrænsede incitamenter til at nedbringe risikoen optimalt, da den risikobærende part ikke kan verificere, hvorvidt medkontrahtenten har handlet optimalt ift. kontrakten⁹⁴.

Det vil være naturligt at aftale et vist agtpågivenhedsniveau, der skal opfyldes, før den risikobegrænsende part, fx en agent, fritages for ansvar, som så falder over på den anden part, fx en principal. Hvis agentens agtpågivenhedsniveau ikke kan verificeres, har en sådan struktur dog begrænset incitamentsvirkning på agenten. Ift. uventede omstændigheder vil det ydermere ikke være muligt for parterne proaktivt at vurdere det optimale agtpågivenhedsniveau eller hvilken part,

⁹³ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, s. 59.

⁹⁴ Kathleen M. Eisenhardt: "An Assessment and Review", The Academy of Management Review, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989), s. 60 (Proposition 2).

den uventede omstændighed måtte ramme, idet de slet ikke er bevidste om dens mulige indtræden. Parternes bedste mulighed for at begrænse moral hazard vil således være at konstruere kontrakten og dens incitamentsstruktur, herunder evt. kontrol af fx agent fra principalens side i et principal-agent-forhold, på en måde, som skaber incitament til en adfærd, som er specificeret i kontrakten, og så lade dette være et udtryk for det ønskede agtpågivenhedsniveau, selvom dette ikke måtte være optimalt ift. eventuelle uventede omstændigheder. Såfremt dette agtpågivenhedsniveau er blevet opfyldt, bæres ansvaret af den part, som har påtaget sig ansvaret i kontrakten, hvilket ud fra et omkostningsminimeringssynspunkt bør være den mest risikoneutrale part⁹⁵.

Som forklaret i 2.3.4, er det mest effektive middel for at skabe de rette incitamenter i en kontrakt at ligestille parternes interesser, og en effektiv incitamentsstruktur nedbringer moral hazard, da parterne i så fald ikke vil have incitament til at handle anderledes, end kontrakten foreskriver. Valg af kontrakttype kan bruges som middel til incitamentsstyring, og hvis først kontrakten er konstrueret efter den optimale kontrakttype, vil interesserne være ligestillet parterne imellem i en sådan grad, at indtræden af uventede omstændigheder ikke vil have nogen særlig betydning for moral hazard-problemstillingen.

Et særligt problem ved uventede omstændigheder er dog, at de først kan identificeres, når de har fundet sted og således allerede har påvirket aftalen. På dette tidspunkt kan parterne være uenige om hvem, der bærer risikoen for den givne omstændighed, hvem, der var ansvarlig for begivenhedens indtræden, og hvorvidt det agtpågivenhedsniveau, der havde været nødvendigt for at undgå begivenhedens indtræden, havde været rimeligt at forlange, hvis parterne hypotetisk havde forhandlet risikoen for den givne omstændighed ex ante. Disse ting kan nemlig påvirke parternes individuelle opfattelse af, om der har været udvist uagtsomhed, om forpligtelser har været opfyldt og lignende, hvilket kan påvirke parternes villighed til at søge en fælles løsning på problemet og fortsat at indgå i samarbejdet. Hvis noget går galt, har man en tendens til at skyde skylden på den anden, hvilket hænger sammen med det såkaldte *self-serving bias*⁹⁶. Det behøver således ikke være afgørende, om der reelt har været udvist uagtsomhed eller handlet i uoverensstemmelse med

⁹⁵ Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), s. 1235.

⁹⁶ Dette vil dog ofte ikke være tilfældet, hvis parterne har en særlig tæt relation. For mere, se: Campbell, W. Keith; Sedikides, Constantine; Reeder, Glenn D.; Elliot, Andrew J. (2000). "Among friends? An examination of friendship and the self-serving bias", British Journal of Social Psychology v. 39 (2), s. 229–239.

kontrakten, men snarere om parternes tillid til hinanden er blevet påvirket, da dette kan have en negativ indflydelse på parternes loyalitetsfølelse senere i kontraktforholdet og på den måde potentielt øge risikoen for moral hazard.

2.4.5 - Risikoallokering ift. uventede omstændigheder

Allokeringen af risiko i tilfælde, hvor risikoen forbundet med den givne omstændighed er uforudsigelig, kan gøres på forskellige måder. Alt efter, hvor omfangsrig omkostningen ved den givne begivenhed er, vil parterne være mere risikoaverse i forhold til at påtage sig den ekstra risiko, da det overordnet kan siges, at den individuelle risikoaversion stiger, jo mere omfattende den potentielle skade er⁹⁷.

Hvis indtræden af den potentielle skade ikke kan påvirkes af parterne⁹⁸, kan der objektivt set argumenteres for, at i tilfælde, hvor principalen er langt større end agenten, burde han påtage sig risikoen for begivenhedens indtræden. Agenten skal kompenseres for risiko, han påtager sig, men såfremt agenten er *judgment-proof*, vil agenten potentielt have tendens til at underinvestere i kontrakten, eftersom han ved begivenhedens indtræden ikke vil have mulighed for at bære omkostningerne alligevel.

Risikoallokeringen fra principalens side kan derfor ske ud fra en klassisk profitmaksimeringstankegang⁹⁹, eller den kan ske på baggrund af et ønske om at imødekomme medkontrahenten. Modsat kan man argumentere for det modsatte, at realiseringen af medkontrahentens risikoprofil bevirker, at den potentielle compensation vil være højere, men ligeledes at en overinvestering i kontrakten på længere sigt kan bevirke, at der skabes merværdi i kontraktsamfundet. Dertil kan agentens kendskab til miljømæssige, markedsmæssige og tidligere erfaringer ligeledes bevirke, at agenten vil have større tilbøjelighed til at påtage sig risiko.

⁹⁷ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, Chapter 5.1.1.

⁹⁸ Problemet mht. uventede omstændigheder er i denne sammenhæng, at omstændighedens karakter ikke kan identificeres før dens indtræden. Udgangspunktet er dog, at risikoallokering kun kan have incitamentsvirkning, hvis risikobegrænsning kan ske.

⁹⁹ Med dette menes at allokering sker ud fra en anskuelse af, sandsynlighed for begivenhed, omkostning ved begivenheden, set i forhold til compensationen for at allokere risikoen væk. Såfremt de samlede omkostninger ved indtræden overstiger compensationen, bør principalen gøre det. Hvis compensation overstiger den potentielle skade, skal principalen ikke allokere risikoen.

Når man arbejder med situationer, hvor det kan være vanskeligt præcis at anskue sandsynligheden for indtræden og begivenhedens omfang, kan det gøre allokeringen af risikoen vanskelig i den forstand, at risikoallokeringen kan tænkes i højere grad at ske ift. det indbyrdes styrkeforhold mellem parterne i stedet for parternes individuelle risikoaversion. Dette kan være inefficient, da parterne hver især værdisætter risikoen forskelligt, og der kan således forekomme et nytte tab ved at lade risikoallokeringen ske ud fra et sådant udgangspunkt i stedet for at basere risikoallokeringen på risikoaversion, økonomisk kapacitet, begrænsning af moral hazard eller lignende. Dette kan resultere i en højere kontraktpris eller hhv. lavere kontraktværdi, end hvad parterne ideelt set burde komme til enighed om.

Lando forklarer i sin bog om risikoallokering¹⁰⁰, at moral hazard i et principal-agent-forhold kan styres gennem bl.a. bod i kontrakten. En rationel agent vil her kræve, såfremt der er indlagt en bod i kontrakten, at den samlede sum stiger, mod at agenten påtager sig risikoen for, at boden bliver effektueret. To tilfælde forekommer i forhold til boden; tilfælde hvor agenten kan have indflydelse på, om boden træder i kraft, og tilfælde, hvor agenten ikke har indflydelse på, om boden realiseres. I tilfælde, hvor boden skal fungere som en incitamentsdrivende faktor, er agenten i stand til at styre, hvorvidt boden bliver effektueret, gennem sit indsatsniveau – altså om hvorvidt der vil forekomme misligholdelse på baggrund af hans manglende indsats. Hertil kan man sige, at dette ville afspejle sig i en potentielt højere kontraktværdi. Modsat vil der i tilfælde, hvor agenten ikke har mulighed for at have indflydelse på, om der vil forekomme misligholdelse, kunne være tale om at påtage sig unødvendig risiko, som principalen ideelt set burde påtage sig risikoen for grundet dens usikre natur, da denne ekstra risiko ellers vil afspejle sig i en hævet kontraktsum¹⁰¹.

Eftersom det ofte ikke vil være realistisk, at man på kontraktindgåelsestidspunktet vil være i stand til at eliminere informationsbarrieren, er styring af moral hazard ofte en nødvendighed. Det vil dog ofte følge af langvarig kontrahering, at behovet for incitamentsstyring ift. moral hazard mindskes på sigt. Opbyggelse af kvasi-renter igennem kontraktforløbet bevirker, at behovet for

¹⁰⁰ Henrik Lando: "How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms".

¹⁰¹ Dette hænger også sammen med agentens formodede modvillighed til at påtage sig risiko for forhold uden for hans kontrol. Dette behandles i 2.3.3.

kontinuerligt at ansvarsfraskrive, allokere risiko og skabe incitamentsprogrammer bliver mindsket, eftersom parterne opnår et større kendskab til hinanden.

Dette udtrykkes også af Macaulay¹⁰², der som konklusion på sin undersøgelse fandt frem til, at den formelle kontrakt i praksis kun havde en meget begrænset rolle at spille, men at langvarig kontrahering derimod skabte et kendskab og en tillid mellem parterne, således at en fælles referenceramme blev skabt som substitut for en udførlig nedfældning af ansvar og risiko i kontrakten. Dette uddybes i 4.4.2.

Moral hazard kan derfor siges primært at være et problem, når man arbejder med nye kontraktpartnere, når man indgår i komplekse kontrakter, hvor observation og verificering af adfærd er besværlig eller umulig, eller når der arbejdes med en produktstruktur, som gør observation umulig – fx forsikringsselskaber og deres problematik med at styre moral hazard over for deres kunder.

2.4.6 - Søgsmåls præventive virkning

Hvis der ikke foreligger asymmetrisk information, kan det forekomme irrationelt at tage en sag for retten. I så fald vil parterne nemlig have den samme opfattelse af udfaldet af en eventuel retssag, hvorfor at indgå forlig vil være at foretrække ud fra et omkostningsminimeringsperspektiv – et sådant forlig vil være billigere end en retssag, dels pga. sparede omkostninger forbundet med at tage en sag for retten, dels pga. begrænsede transaktionsomkostninger, da parterne vil være (tæt på) enige om, hvordan et sådant forlig skal udformes¹⁰³. Man kan således argumentere for, at asymmetrisk information er den primære grund til, at kontraktretlige sager overhovedet tages for retten¹⁰⁴.

¹⁰² Stewart Macaulay: "Non-contractual relations in business", American Sociological Review, Vol. 28, No. 1, February, 1963.

¹⁰³ Dette hænger sammen med, at parterne ideelt set vil afveje et forlig med det forventede resultat af en retssag, hvorfor begge parter, såfremt parternes forventning til resultatet er den samme, begge er klar over hinandens forhandlingszone (også kaldet *zone of possible agreements* eller blot *ZOPA*), hvorfor parterne hurtigt vil komme til enighed og således ikke skal bruge megen tid og omkostninger på at forhandle forliget. For mere om *ZOPA*, se Leigh Thompson: "The Mind and Heart of the Negotiator", Pearson Education Ltd, 5th edition, 2014, s. 77.

¹⁰⁴ "A mutually beneficial settlement amount exists as long as the plaintiff's and defendant's estimates of the expected judgment do not diverge too much", Steven Shavell: "Economic Analysis of Litigation and the Legal Process" (2003), Chapter 17, s. 10.

Om end det at tage en sag for retten normalt vil ses som en sidste udvej, som kun kommer på tale, hvis alle andre konfliktløsningsmodeller er udtømt, har eksistensen af denne mulighed en afskrækkende effekt over for kontraktparterne, da konsekvenser af illoyal adfærd mv. potentielt kan gennemtvinges af en domstol. Denne trussel kan således have præventiv betydning, da den kan skabe incitament til adfærd i overensstemmelse med kontrakten, selvom rationelle parter, som nævnt ovenfor, ideelt set burde kunne løse konflikter på andre måder.

2.5 - Genforhandling

En anden mulighed end at lade kontrakten være åben, så fremtidige stridigheder over usandsynlige eventualiteter må overlades til en domstol, er at lade kontrakten inkludere en klausul, der binder parterne til at genforhandle, skulle væsentlige forhold indtræde eller ændres. En sådan genforhandlingsklausul forpligter parterne til at diskutere den indtrådte, væsentlige omstændighed og giver parterne mulighed for at udligne informationen endnu engang, fx således at risikoen for den allerede indtrådte skade kan allokeres og kompenseres for optimalt. Dette er dog mest effektivt i et kontinuerligt kontraktforhold, da ønsket om fortsat at indgå i et profitabelt kontraktsamarbejde i højere grad giver parterne incitament til loyalt at indgå i genforhandling af risiko, mens den part, der står til at tabe (eller vinde mindre) på at indgå i genforhandling, vil have begrænset incitament til loyalt at indgå i genforhandling, hvis kontraktsamarbejdet er (tæt på) afsluttet.

Genforhandling i sig selv må anses som værende en yderligere transaktionsomkostning. Eftersom den indtrådte begivenhed, som har gjort genforhandling nødvendig, må antages som værende uventet, hvorfor parterne ofte ikke som sådan kan formodes at have været ”skyld” i forløbet, er det essentielt for genforhandlingens virkning, at parterne har en åben og loyal tilgang hertil.

Modvillighed til at søge fælles løsninger i tilfælde af uventede omstændigheder kan true parternes muligheder for at genetablere kontraktens efficiens. Dette hænger ofte sammen med asymmetrisk information¹⁰⁵, da parterne har forskellige opfattelser af den begivenhed, der har gjort den oprindelige aftale inefficent. Her er det essentielt, at parterne skaber den rette *framing*¹⁰⁶ af

¹⁰⁵ Kaplow & Shavell: “Economic Analysis of Law”, Chapter 25.4.2.3, Harvard Law School and National Bureau of Economic Research (2002).

¹⁰⁶ Det handler i denne sammenhæng om at vinkle konflikten som en kognitiv konflikt om et givent problem i stedet for en personlig konflikt. For mere, se Leigh Thompson: “The Mind and Heart of the Negotiator”, Pearson Education Ltd, 5th edition, 2014, s. 138.

problemet, således at det i højere grad bliver en løsningsorienteret forhandling end et spørgsmål om hvem, der var ansvarlig for den begivenhed, der beskadigede den oprindelige kontrakts efficiens.

Ved selve genforhandlingsprocessen er genoprettelse af kontraktens efficiens hovedmålet for forhandlingen. Derfor må det formodes, at der er en fælles interesse i at opretholde et samarbejde, såfremt der stadig er værdi at hente. Dog vil tilstedeværelsen af asymmetrisk information kunne påvirke parternes mulighed for at opnå en succesfuld genforhandling, hvorfor asymmetrisk information kan stille krav til efficiens i den oprindelige forhandling¹⁰⁷.

Ved længerevarende samarbejder bliver der generelt skabt kvasi-renter ud over selve kontraktens værdi, og disse kvasi-renter hjælper efterfølgende til, at man kan koncipere kontrakten på en måde, så virksomhederne i højere grad kan tage højde for hinandens arbejdsdag¹⁰⁸. Man kan derfor diskutere, hvorvidt opnået kendskab til medkontrahenten bevirker, at genforhandling vil kunne skabe en kontraktefficiens ud over den oprindelige, eftersom man på genforhandlingstidspunktet har større kendskab til ens partner. Med samme argument kan man spekulere i, hvorvidt det kan være efficient i sig selv at indgå en ”billig” kontrakt, hvor der kun er aftalt de strengt nødvendige forhold for at spare på transaktionsomkostninger, for så at udskyde forhandling om andre eventuelle forhold til det tidspunkt, hvor de indtræder, da parterne på dette tidspunkt vil have et større kendskab til hinanden¹⁰⁹.

Genforhandlingen kan derfor have en omkostning, som lyder på den originale kontraktforhandlingsomkostning minus de nu oparbejdede kvasi-renter, hvilket vil have en indflydelse på den samlede efficiens, eftersom man med mindre transaktionsomkostninger vil være i stand til at kunne forhandle eller genforhandle en mere optimal kontrakt¹¹⁰.

¹⁰⁷ “When parties are asymmetrically informed, renegotiation of contracts might not be successful, so that it becomes more important that the initial contract induces efficiency”, Kaplow & Shavell: “Economic Analysis of Law”, Chapter 25.4.2.3, Harvard Law School and National Bureau of Economic Research (2002), s. 1719.

¹⁰⁸ Kyle J. Mayer & Nicholas S. Argyres: “Learning to Contract: Evidence from the Personal Computer Industry”, Organization Science, vol. 15 no. 4 July-August 2004, s. 394-410.

¹⁰⁹ Macaulay kom frem til en lignende konklusion på sin undersøgelse i 1963. For mere, se Stewart Macaulay: “Non-contractual relations in business”, American Sociological Review, Vol. 28, No. 1, February, 1963.

¹¹⁰ Hvilket også er i overensstemmelse med Coase-teoremet.

2.5.1 - Det efficiente kontraktbrud

Modsat at genforhandle kan man vælge at bryde kontrakten. Teorien om det efficiente kontraktbrud¹¹¹ er udarbejdet ud fra en tankegang om, at kontrakter, som opretholdes på trods af privatøkonomisk inefficiens, bør brydes.

Hvis det privatøkonomisk kan betale sig for en part at bryde en kontrakt, men at det samtidig er Kaldor-Hicks-efficient at opretholde kontrakten, kan det dog diskuteres, om der er i virkeligheden i højere grad er brug for en Kaldor-Hicks-forbedring af kontrakten end et kontraktbrud. Såfremt den gældende erstatningsregel er optimal, vil parten dog kun bryde, såfremt det stadig er privatøkonomisk fordelagtigt, når erstatning er medregnet, hvorfor en sådan situation kun bør forekomme i tilfælde, hvor den gældende erstatningsregel ikke er tilstrækkelig til at skabe incitament hos den brydende part til at tage den samfundsoptimale beslutning.

Negativ kontraktinteresse, som finder sted ved retmæssig kontraktopsigelse eller kontraktophør, der fx kan begrundes i aftaleugyldighed, vil medføre, at parterne skal tilbagelevere de ydelser, som de har modtaget fra aftalens ikrafttræden til aftalens ophør. Dette vil dog skabe et misforhold i tilfælde, hvor det er umuligt for den ene part at blive gjort hel grundet ydelsens natur. Af denne begrundelse vil en sådan erstatningsregel ikke have samme kompenserende effekt som positiv opfyldelsesinteresse.

Derfor for at modarbejde den skævvridning, der ville opstå, hvis brud altid blot førte til tilbagelevering af leverede ydelser, gør positiv opfyldelsesinteresse, at der bliver taget højde for den tabte avance, en part måtte have i forbindelse med kontraktbruddet. Teorien om det efficiente kontraktbrud¹¹² bevirker, at parter i teorien altid bør kunne bryde kontrakten, hvis det er privatøkonomisk efficient, eftersom den positive opfyldelsesinteresse bevirker, at medkontrahenten vil blive gjort hel og derved ikke lider et tab i forbindelse med bruddet, hvorfor denne part stilles indifferent mellem kontraktopfyldelse og kontraktbrud.

¹¹¹ Se bl.a. Robert L. Birmingham: "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", 24 RUTGERS L. REV. 273, (1970), s. 284-285, og Steven Shavell: "Is Breach of Contract Immoral?", Discussion Paper No. 531 (2005), s. 22-24.

¹¹² For mere om teorien om det efficiente kontraktbrud, se bl.a. Robert L. Birmingham: "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", 24 RUTGERS L. REV. 273, (1970).

Eksempel 3:

A bestiller et bord til en samlet kontraktsum på 1000 kr. af B. Af de 1000 kr. koster det B 600 kr. at fremstille bordet, mens de resterende 400 kr. er B's avance ved salg af bordet.

Den positive opfyldelsesinteresse bevirker her, at såfremt A vælger at bryde kontrakten med B i løbet af kontraktforholdet, skal B kompenseres for den investering, han allerede har lagt i bordet, plus den avance, som B stod til at opnå, såfremt salget var sket som planlagt. Hvis fx B allerede har investeret i 350 kr. i fremstilling af bordet, skal A betale $350 + 400 = 750$ kr. for at bryde kontrakten under positiv opfyldelsesinteresse¹¹³. Dette vil han kun gøre, hvis hans nytte ved ikke at købe bordet på dette tidspunkt (fx ved at have forelsket sig i et andet bord, som han hellere vil have) er højere end ved at opfylde kontrakten. Positiv opfyldelsesinteresse sikrer således pareto-optimalitet i kontraktbrud. Dette skyldes, at sælger får sin fortjeneste uanset hvad, mens køber kun vil bryde kontrakten, hvis hans nytte er højere herved¹¹⁴.

Den positive opfyldelsesinteresse bevirker altså, at hvis en sælger vurderer ud fra privatøkonomiske forhold, om det bedst kan betale sig at levere eller betale positiv opfyldelsesinteresse, vil han vælge at levere, når det samlet set bedst kan betale sig, da medkontrahenten stilles indifferent.

I forbindelse med *Eksempel 3* ville der i forhold til negativ kontraktinteresse blot skulle tilbageleveres de ydelser, som allerede var blevet overleveret til parterne. Dette ville betyde for B, at han i dette tilfælde ville miste den avance, han kunne have oplevet ved salget, samtidigt med en række materialer, som potentielt ikke ville være brugbare i forhold til andre transaktioner. Sælger B ville således kun opnå en kompensation på 350 kr. svarende til den investering, han allerede havde gjort i bordet. Dette betyder i praksis, at det er billigere at bryde en kontrakt, hvis den gældende erstatningsregel er negativ kontraktinteresse, hvilket kan medføre inoptimale kontraktbrud, da medkontrahenten ikke stilles indifferent.

¹¹³ Denne kompensation er betinget af, at der er tale om en speciesvare, som ikke kan sælges til tredjemand. Ellers ville det være omkostningerne forbundet med at skulle finde en ny køber + evt. tabt avance, der skulle kompenseres.

¹¹⁴ Dette gælder under den forudsætning, at den positive opfyldelsesinteresse er tilstrækkelig til at stille sælger indifferent. Der ses altså bort fra ukvantificerbare omkostninger, som ikke objektivt kan måles, såsom gener, irritation, eventuelle ikke-målbare opportunity costs mm. Sådanne ukvantificerbare omkostninger uddybes under 2.5.2.

2.5.2 - Det efficiente kontraktbrud ift. moral

Ovenfor er det beskrevet, hvordan negativ kontraktinteresse ofte ikke har en tilstrækkeligt kompenserende effekt, når en kontrakt brydes. Det kan dog ligeledes diskuteres, hvorvidt positiv opfyldelsesinteresse er tilstrækkeligt til at kompensere den ikke-brydende kontraktpart. Det kan være svært at opgøre alle investerede ressourcer i kontrakten, og det kan være svært at tage højde for øgede transaktionsomkostninger ved fx at skulle finde nye kontraktpartnere mv. Positiv opfyldelsesinteresse vil udelukkende baseres på elementer, der kan måles i penge, og der kan således være elementer, som denne kontraktpart ikke kompenseres for. Denne part kan ligeledes tænkes at opleve ikke-økonomiske omkostninger, såsom irritation, mistillid etc., hvilket kan påvirke denne parts transaktionsomkostninger i fremtidige kontraktforhold.

Den overhængende risiko for, at kontraktparter ikke kompenseres tilstrækkeligt ved kontraktbrud, skaber derfor et ønske i samfundet om retssikkerhed for kontraktparter, hvorfor hovedreglen i de fleste retssystemer er, at aftaler skal holdes¹¹⁵, og at kontraktbrud, selv hvis dette måtte være privatøkonomisk efficient, opfattes som umoralsk¹¹⁶. I visse retssystemer ses af denne grund såkaldt pønalerstatning¹¹⁷, hvor erstatningen ganges med en multiplikator, hvis kontraktbruddet er sket uretmæssigt¹¹⁸.

Denne tankegang bestrides dog af visse kontraktøkonomiske teoretikere. Fx forklarer O.W. Holmes¹¹⁹, at *"The duty to keep a contract [...] means [...] that you must pay damages if you do not keep it, - and nothing else"*. Andre teoretikere har lignende holdninger til, at der ikke er noget moralsk element i kontraktbrud, men anerkender dog, at positiv opfyldelsesinteresse ofte ikke er tilstrækkeligt til at kompensere den ikke-brydende part. Fx forklarer R. L. Birmingham¹²⁰, at *"Efficiency demands that the breaching party bear the transaction costs which accompany his actions"*. Disse er dog, som forklaret tidligere, ofte svære at kalkulere og dokumentere, hvorfor det kan diskuteres, om erstatningen for kontraktbrud bør opjusteres efterfølgende for at tage højde for sådanne omkostninger, fx via pønalerstatning.

¹¹⁵ Dette *pacta sunt servanda*-princip ses bl.a. i DL 5.1.1: *"Een hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl, lovet og indgaaet haver"*, og i DL 5.2.2: *"Alle Contracter, som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, 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"*.

¹¹⁶ Shavell undersøgte i 2005 i en spørgeskemaundersøgelse, hvordan folk opfattede kontraktbrud, og det viste sig, at den generelle holdning var, at kontraktbrud var umoralsk – selvom medkontrahenten blev kompenseret optimalt. For mere, se Steven Shavell: *"Is Breach of Contract Immoral?"*, Discussion Paper No. 531 (2005), s. 17-20.

¹¹⁷ Eller *punitive damages*. En sådan erstatningsregel ses bl.a. i USA.

¹¹⁸ Pønalerstatning hører normalt til strafferetssager, men bl.a. ond tro og illoyal adfærd kan i visse retssystemer legitimere anvendelse af denne erstatningsregel.

¹¹⁹ O.W. Holmes: *"The Path of the Law"*, Harvard Law Review, Vol. 10, No. 8 (Mar. 25. 1897), pp. 457-478. (Citat: s. 462).

¹²⁰ Robert L. Birmingham: *"Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency"*, 24 RUTGERS L. REV. 273, (1970), s. 285.

I et kontraktforhold kan parternes individuelle moralopfattelse have en betydning, når parterne skal bestemme deres individuelle indsats og investering i et kontraktforhold, og om de evt. skulle bryde kontrakten, hvis uventede omstændigheder påvirker kontraktens efficiens tilstrækkeligt. Hvis det at bryde en kontrakt er forbundet med en vis moralproblematik, vil parterne have yderligere incitament til at forsøge at få kontraktforholdet til at fungere, selv om det pt. ikke er fordelagtigt. Hvis parterne derimod ingen moralske kvaler har ved at bryde en kontrakt, når det strengt økonomisk set kan betale sig, vil moralproblematikken dog ikke have nogen incitamentsvirkning.

2.6 - Delkonklusion

I bestræbelserne på at koncipere en efficient kontrakt er det vigtigt, at parterne i en kontraktforhandling er opmærksomme på tilstedeværelsen af transaktionsomkostninger, asymmetrisk information mv., samt at parternes individuelle risikoaversion kan påvirkes deres villighed til at påtage sig risiko. For at øge parternes mulighed for at optimere kontrakten er det vigtigt, at parterne forsøger at udligne information, således at parterne har nogenlunde samme opfattelse af parternes individuelle risikoaversion og mulighederne for (og omkostninger ved) at begrænse risiko, så risikoallokeringen kan ske på en måde, der minimerer de samlede omkostninger ved kontrakten.

I principal-agent-kontrakter kan tilstedeværelsen af moral hazard true kontraktens efficiens. Gennem styring af moral hazard kan parterne dog sænke de totale kontraktomkostninger, der ville være ved et længerevarende kontraktforløb, hvilket fx kan ske ved at allokere risiko i kontrakten på en sådan måde, at principalens og agentens interesser ligestilles, således at agenten har incitament til at handle i overensstemmelse med principalens interesser. I denne forbindelse er det vigtigt, at parterne gør sig nogle overvejelser om valget af kontrakttype, da valget af kontrakttype har betydning for den risiko, agenten påtager sig – herunder variabilitet i indkomst, hvilket agenten vil have et stigende ønske for at undgå, jo mere risikoavers han er. Desuden kan agenten tænkes at være modvillig til at påtage sig risiko uden for hans kontrol og ekspertise, hvilket vil afspejle sig i den kompensation, han vil kræve.

Samtidig med dette bør parterne være forberedt på, at der kan opstå situationer, som man ikke på indgåelsestidspunktet har kunnet forudse. Selvom det potentielt kan være muligt at identificere nogle af sådanne omstændigheder og allokere risikoen herfor, kan dette medføre omkostninger, der overstiger de forventede omkostninger ved at overlade sådanne omstændigheder til senere forhandling, til deklaratorisk lovgivning eller til fortolkning og udfyldning af domstolene. Parterne bør derfor gøre sig nogle overvejelser omkring, om det kan betale sig at investere i at medtage usandsynlige omstændigheder samt investere i at identificere potentielle influerende begivenheder, da dette kan vise sig uforholdsmæssigt omkostningsfuldt at medtage i kontraktforhandlingen.

Parterne kan dog tage sig visse forholdsregler for at undgå, at indtræden af uventede omstændigheder ødelægger kontraktforholdet. Dette kan fx være ved at indskrive en genforhandlingsklausul i kontrakten, som binder parterne til at genforhandle risikoallokeringen forbundet med uventede omstændigheder. På genforhandlingstidspunktet vil parterne have bedre kendskab til hinanden pga. oparbejdede kvasi-renter, hvilket vil gøre det muligt at sænke de transaktionsomkostninger, der er forbundet med selve genforhandlingen, så parterne har bedre mulighed for at løse konflikten. Det kræver dog, at parterne har en åben, løsningsorienteret tilgang til konfliktløsningen, og at parterne er villige til at udligne informationsniveauet imellem dem.

Hvis genforhandling ikke er aftalt som en klausul i kontrakten, vil parterne hver især opveje deres muligheder, når der opstår konflikter i kontrakten. Her vil genforhandling stadig være en mulighed, men parterne vil ikke være bundet af en sådan proces, hvorfor det at bryde kontrakten ofte kan være mere nærliggende for den part, der føler sig svigtet. Her vil de gældende erstatningsregler på området, samt parternes individuelle moralopfattelse, have betydning for parternes beslutninger, da parternes incitamenter til hhv. at indgå i genforhandling og at bryde kontrakten er direkte afledt heraf.

KAPITEL 3 – JURA

3.1 - Indledning

Dette kapitels funktion er at belyse nogle af de problemstillinger, som kontraktparter kan møde, dels når en kontrakt skal forhandles og konciperes, og dels når uventede omstændigheder indtræder og påvirker en allerede eksisterende kontrakt. Disse problemstillinger vil både have reaktiv og proaktiv relevans, da potentielle konflikter ofte kan forebygges på forhandlingsstadiet, eller fordi senere konflikter, som opstår pga. inefficent konciperede kontrakter, kan løses ved senere genforhandling, så kontraktens værdi optimeres. Disse hhv. proaktive og reaktive problemstillinger er nært sammenhængende, bl.a. for senere genforhandling fx kan indskrives i den oprindelige kontrakt som en genforhandlingsklausul, men for overskuelighedsmæssige årsager er indeværende kapitel delt op i en reaktiv og en proaktiv del.

Som sagt vil den juridisk analyse blive delt i to; en reaktiv del og en proaktiv del. Derved behandles situationer, som ikke er taget højde for i kontrakten, og som enten indtræder uden, at der foreligger culpøs adfærd hos nogen af parterne, eller hvor risikobegrænsning af generel karakter er en mulighed. Der arbejdes både med uventede omstændigheder, der ikke er taget højde for i kontrakten, men også med, hvordan man allerede på kontraktindgåelsestidspunktet kan forebygge konflikter som følge af uventede omstændigheder.

Sidst vil omstændighederne omkring genforhandling ligeledes blive behandlet. For at se på mulighederne for at genoprette kontraktens optimum, hvor en begivenhed har skævvredet parternes incitament til at opretholde kontrakten eller umuliggjort levering af ydelserne specificeret i kontrakten, vil parternes pro- og reaktive muligheder diskuteres.

3.2 - Komparative retskilder

Det strategiske valg af lov i kontrakter kan have stor betydning for kontraktens fortolkning og udformning. Den danske tradition er meget minimalistisk i sin udformning, og kontrakten hviler i høj grad på bagvedliggende udfyldning og fortolkning af parternes interesser. Modsat den meget minimalistiske stil, som hersker i dansk kontrakttradition, er den engelske kontraktrets *parol evidence*-regel, som bevirker, at det er det skrevne ord, som parternes holdes op på, snarere end den fælles forståelse af kontraktens formål. Valget af engelsk ret som komparativ ret er gjort for dels at have et element af common law til sammenligning, og dels fordi engelsk ret er let tilgængeligt. Formålet med denne sammenligning er at se, om der er markante forskelle på retsstillingen, og om det eventuelt vil påvirke kontraktparter i deres måde at forhandle og koncipere kontrakter.

Engelsk ret og udenlandsk ret i det hele taget har ikke som sådan nogen selvstændig retskildeværdi i dansk ret, men i takt med, at kontraktjuraen bliver mere og mere globaliseret, i hvert i Europa med den stigende relevans af *lex mercatoria* og EU's arbejde med fællesretlige direktiver og forordninger, vil retsstillingen i de forskellige lande have en indirekte betydning for andre landes tilgang til emnerne, da retsstillingen i de forskellige lande kan påvirke samhandlen og således de grundlæggende handelsprincipper, som bl.a. international lovgivning og *lex mercatoria* udbreder til national ret.

3.2.1 - Lex mercatoria

Mange moderne virksomheder indgår kontrakter på tværs af landegrænser, og for at disse virksomheder ikke skal sætte sig ind i den gældende lovgivning i alle de lande, de opererer i, vil de ofte have et ønske om at indgå kontrakter baseret på et ensartet regelgrundlag. Af denne grund har *lex mercatoria*¹²¹ en stigende betydning for virksomheder, dels når kontrakter indgås på tværs af landegrænser, men også når kontrakter indgås internt i fx Danmark. *Lex mercatoria* skal forstås som en samling af handelssædvaner, –principper og soft law, som enten kan aftales at ligge til grund for kontrakten eller kan inddrages som en del af de almindelige branchesædvaner på området. *Lex mercatoria* kan ligeledes fungere som inspiration for domstole, når de skal afgøre sager på

¹²¹ For mere om *lex mercatoria*, se Peter Arnt Nielsen: "International handelsret", 3. udgave, 1. oplag, 2015, s. 110-117.

området¹²². I denne afhandling arbejdes bl.a. med UNIDROIT Principles, PECL, FIDICs Silver Book¹²³ og ICCs standardklausul om force majeure.

3.3 - Reaktiv jura: Fortolkning og udfyldning

3.3.1 - Indledning

Ved indtræden af uventede omstændigheder, som påvirker en kontrakt mellem to parter, vil der stilles spørgsmål, som kontrakten ikke kan svare på. Dette skyldes, at uventede omstændigheder pr. definition ikke er indskrevet i kontrakten. Asymmetrisk information i form af forskellig opfattelser af situationen, forskellige fortolkninger af kontrakten ift., hvem risikoen for omstændigheden hviler på, hvorvidt der har været handlet uagtsomt og lignende, kan medføre, at parterne må søge kontrakten fortolket og evt. udfyldt af en domstol. Fortolkning og udfyldning af en kontrakt træder således i kraft reaktivt som et forsøg på dels at analysere partsviljen og kontraktens formål (fortolkning), dels at genoprette kontraktens virke efter dens formål (udfyldning). Begreberne fortolkning og udfyldning er til dels overlappende, da fx genopretning af kontraktens virke efter dens formål kan kræve analyse af partsviljen, eller da fx almindelige fortolkningsprincippers prøvelse på en kontrakt kan føre til en fortolkning, der kun vanskeligt harmonerer med kontraktens sproglige indhold, så denne fremgangsmåde således bliver til en udfyldning af kontrakten for at gøre en rimelig fortolkning mulig¹²⁴.

Eksistensen af udfyldningsregler kan imidlertid bruges proaktivt i kontrakten. Fx vil de deklatoriske regler i fx købeloven kunne opfattes som udfyldningsregler, da de træder i kraft i tilfælde af, at der ikke er aftalt bestemmelser i kontrakten, der træder i stedet for¹²⁵. Således kan det

¹²² Se fx om UNIDROIT Principles: *"Principperne kan endvidere bruges til at supplere internationale retsakter [...] eller national ret"*, Peter Arnt Nielsen: *"International handelsret"*, 3. udgave, 1. oplag, 2015, s. 116.

¹²³ FIDIC: *"Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects"*, 1st edition, 1999.

<http://swid.maj.ir/Portal/File/ShowFile.aspx?ID=621a55e6-2d6f-4e8e-80ab-18cb3c1a9463>.

¹²⁴ For mere om dette ræsonnement, se bl.a. Andersen og Madsen: *"Aftaler og Mellemmænd"*, 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 340-341 og 423-424.

¹²⁵ Deklaratorisk lovgivning vil dog vige for modstridende og mere konkrete udfyldningsregler og -principper, såsom branchesædvaner og lignende, hvorfor deklatorisk lovgivning ofte har karakter af "stop-gap rules", dvs. en sidste udvej. For mere, se Andersen og Madsen: *"Aftaler og Mellemmænd"*, 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 424.

være et aktivt valg for parterne at efterlade huller i kontrakten, så den deklaratoriske lovgivning træder i kraft¹²⁶.

3.3.2 - Retsgrundlaget i dansk ret

Når det kommer til fortolkning og udfyldning af en kontrakt i dansk ret, vil det i høj grad ske efter en konkret bedømmelse ud fra grundlæggende principper frem for generelt gennem lovgivning. Relevant lovgivning ift. fortolkning og udfyldning af kontrakter vil primært være generalklausulen i AFTL § 36¹²⁷, der kan begrunde justering eller ophævelse af kontrakten pga. urimelighed, hvilket fx kan tænkes at være tilfældet ved indtræden af uventede omstændigheder. Denne bestemmelses karakter af generalklausul betyder dog, at bestemmelsen primært er en opsamlende bestemmelse, som benyttes som sidste udvej, hvis ikke andre retskilder kan føre til samme resultat. I modsætning til visse andre retssystemer har man i dansk ret ikke lovgivning, der har til formål at håndtere uventede omstændigheder specifikt. Det vil således primært være AFTL § 36, KBL § 24 om force majeure¹²⁸, fortolknings- og udfyldningsreglerne samt forudsætningslæren, som kan begrunde justering eller ophævelse af en kontrakt som følge af uventede omstændigheder.

I første omgang vil fortolkningen af en kontrakt i dansk ret dog ske efter ordlydsfortolkning, da kontraktens ordlyd, såfremt den er klar og utvetydig, må opfattes som et udtryk for partsviljen. I denne afhandling arbejdes der dog primært med uventede omstændigheder, hvorfor det til en vis grad kan antages, at kontraktens ordlyd kun har begrænset værdi ift. at udlede partsviljen mht. den givne indtrådte omstændighed. Det kan dog ikke udelukkes, at kontraktens ordlyd ved andre eventualiteter kan give fortolker et indblik i det formål, parterne har haft med kontraktindgåelsen, så fortolker på denne måde kan analysere partsviljen på analog vis¹²⁹.

¹²⁶ Se bl.a. Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 424.

¹²⁷ AFTL § 36 vil ikke gennemgås yderligere. For mere om AFTL § 36, se Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 198-239. Aftaleloven har desuden en "lille generalklausul" i § 33, men denne vil ikke gennemgås. Dette skyldes, at § 33 kun træder i kraft ved omstændigheder, der allerede forelå på indgåelsestidspunktet. For mere om denne, se Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, 179-188.

¹²⁸ Denne kan principielt benyttes analogt uden for købelovens anvendelsesområde.

¹²⁹ En sådan udledning af den hypotetiske partsvilje ses bl.a. i det tyske retlige fortolkningsprincip *Ergänzende Vertragsauslegung* (komplementær fortolkning). For mere, se Hondius & Grigoleit: *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (2011), s. 60

Modsat dansk ret er der i tysk ret udviklet en doktrin, *Störung der Geschäftsgrundlage*, som er særligt effektiv til at tage sig af uventede omstændigheder¹³⁰. Denne doktrin har hjemmel i §313 BGB. *Störung der Geschäftsgrundlage* giver domstolene hjemmel til at justere eller ophæve en kontrakt, hvis kontraktgrundlaget har ændret sig væsentligt fra, hvad parterne oprindeligt forventede. Doktrinen benyttes ikke til at omfordele risiko, som allerede er allokeret i kontrakten, men derimod til at tage sig af de forhold, der ikke er taget stilling til i kontrakten. Det er således i særdeleshed uventede omstændigheder, der påvirker kontraktens efficiens, som vil føre til anvendelse af *Störung der Geschäftsgrundlage*. En sådan klar fremgangsmåde for domstolene til at justere kontrakter fjerner behovet for at skulle fortolke og/eller udfylde en kontrakt på en kreativ måde for at omgå den urimelighed, der måtte være forekommet pga. de(n) uventede omstændighed(er), hvilket øger retssikkerheden for den part, som rammes af urimelighed pga. den uventede omstændighed. Dog kan man samtidig frygte, at en udvidet adgang for parterne til at fremtvinge justering af kontrakten kan udnyttes på en opportunistisk måde, og at udvidet adgang til justering af kontrakten derfor reelt vil føre til flere retssager. Indtræden af uventede omstændigheder, begivenheder med ukvantificerbar risiko eller lignende kan i tysk ret ligeledes føre til justering eller ophævelse efter reglerne om fejl begået af kontraktparter i §§119 I og II BGB, om end dette kræver en bred fortolkning af bestemmelserne – teoretisk set er det dog en mulighed¹³¹. Før anvendelse af *Störung der Geschäftsgrundlage* vil tyske domstole dog forsøge at løse konflikten ved at undersøge parternes faktiske vilje, jf. §133 BGB, såfremt dette er muligt, og ellers søge at finde den hypotetiske partsvilje ved komplementær fortolkning af kontrakten ("*Ergänzende Vertragsauslegung*")¹³² – en fremgangsmåde, hvor domstolen analyserer parternes faktiske vilje ved andre forhold, som er nedfældet i kontrakten¹³³. Såfremt grundlaget for at bestemme den hypotetiske partsvilje ikke er tilstrækkeligt sikkert, vil komplementær fortolkning ikke være en mulighed, og domstolene kan således benytte *Störung der Geschäftsgrundlage* i stedet for. Det bør tilføjes, at disse to doktriner kommer i naturlig forlængelse af hinanden, dels fordi den hypotetiske partsvilje ofte vil have betydning ved anvendelse af *Störung der Geschäftsgrundlage*, da denne fokuserer på parternes forventninger og forudsætninger, hvilket kan være et udtryk for partsviljen, og dels fordi begge doktriner bygger på den grundlæggende antagelse, at forhandlingen er sket i god tro, hvilket er essentielt, når partsviljen skal analyseres, da denne ellers vil være umulig at bestemme. Pga. anvendelsen af de to doktriners naturlige sammenhæng og overlap er det en populær opfattelse, at der ikke er nogen teoretisk forskel på de to doktriner¹³⁴.

Om end ovenstående falder uden for analysens fokus, giver det et billede af, hvordan nogle retssystemer har lovfæstet adgang til at justere kontrakter på grund af uventede omstændigheder. Der er stor forskel på forskellige landes domstoles mulighed og villighed til at justere kontrakter, der ellers efter deres indhold stadig er gyldige. Retssystemer med en sådan lovfæstet adgang kan i denne henseende kaldes "åbne" retssystemer¹³⁵, og eksempler på lande i denne gruppe er netop Tyskland samt Holland og Sverige. Af "lukkede" retssystemer i denne henseende kan nævnes Danmark, Frankrig og Storbritannien¹³⁶. Dette kapitel vil hovedsageligt beskæftige sig med

¹³⁰ Hondius & Grigoleit: *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (2011), s. 55.

¹³¹ Hondius & Grigoleit: *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (2011), s. 56, andet afsnit.

¹³² Hondius & Grigoleit: *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (2011), s. 60

¹³³ *Ergänzende Vertragsauslegung* er ikke direkte hjemlet i lov, men er en almindeligt anvendt fremgangsmåde til kontraktfortolkning i tysk ret.

¹³⁴ For mere, se: Cf. H. Nicklisch: "*Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre – ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenfüllung?*", (1980) BB, 949 *et seq.*

¹³⁵ Hondius & Grigoleit: *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (2011), s. 10-12.

¹³⁶ I engelsk ret vil spørgsmålet om, hvorvidt uventede omstændigheder kan medføre en justering af kontrakten, falde ind under *the doctrine of frustration*. Denne vil behandles i 3.4.3 og 3.4.4.

”lukkede” retssystemer, hvorfor der i højere grad vil fokuseres på principper, herunder *lex mercatoria*, end der vil anvendes lovregler. Sondringen mellem ”åbne” og ”lukkede” retssystemer vil ikke benyttes yderligere.

3.3.3 - Fortolknings- og udfyldningsregler

3.3.3.1 - Indledning

Der findes i dansk ret et sæt såkaldte fortolknings- og udfyldningsregler, som er udviklet gennem retspraksis. Disse omfatter bl.a. minimumsreglen¹³⁷, uklarhedsreglen¹³⁸ og gyldighedsreglen¹³⁹. Ift. uventede omstændigheder har gyldighedsreglen umiddelbart den største betydning, om end de andre reglers betydning ikke kan afskrives helt. Fx er det tænkeligt, at en uventet omstændighed har gjort et forhold i kontrakten mere afgørende end oprindeligt antaget, hvilket kan begrunde anvendelse af enten minimumsreglen eller uklarhedsreglen¹⁴⁰. Andre fortolkningsregler end disse kan ligeledes tænkes at finde anvendelse, men disse vil ikke blive gennemgået. Minimumsreglen vil heller ikke gennemgås yderligere.

3.3.3.2 - Gyldighedsreglen

Gyldighedsreglen, som er et grundlæggende princip i dansk retspraksis, vil tale for at opretholde en kontrakts gyldighed, på trods af at den ikke dækker et givent udfald, eller på trods af eventuelle uventede omstændigheder, der måtte påvirke aftalegrundlaget. I et sådant tilfælde vil gyldighedsreglen tale for, at kontrakten omfortolkes eller udfyldes i lyset af parternes forudsætninger og interesser. Tilstedeværelsen af gyldighedsreglen som fortolkningsregel gør det dog ligeledes muligt for parterne at efterlade huller i kontrakten af strategiske årsager, da disse huller senere vil blive udfyldt i overensstemmelse med kontraktens ånd efter den formodning, at det er i kontraktparternes interesse at opretholde kontraktens gyldighed. Gyldighedsreglen har således både proaktiv og reaktiv betydning.

¹³⁷ I tilfælde af tvivl fortolkes et løfte i retning af den forståelse, der er mindst byrdefuld for løftegiveren.

¹³⁸ I tilfælde af tvivl fortolkes et løfte imod affatteren.

¹³⁹ Kontrakten fortolkes og udfyldes således, at den bevarer sin gyldighed.

¹⁴⁰ For mere, se Andersen og Madsen: ”Aftaler og Mellemmænd”, 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 369-379.

U 1977.641 H omhandlede en tvist om en kontrakt, hvori prisfastsættelsen var bestemt at skulle finde sted på baggrund af den noterede oliepris i Hamborg på en bestemt dato. Pga. force majeure skete der dog ingen notering i Hamborg på den givne dato. Kontrakten blev fortolket og udfyldt i overensstemmelse med gyldighedsreglen, således at kontraktens gyldighed blev opretholdt, selvom prisfastsættelsen efter den i kontrakten angivne procedure ikke kunne foretages. Prisen blev herefter fastsat på baggrund af andre noteringer. Denne dom understreger gyldighedsreglens relevans ift. kontrakter, hvor uventede omstændigheder i fravær af reglen ville gøre kontrakten ugyldig.

Sammenlignende kan man som følge af brugen af UNIDROIT Principles ligeledes opnå samme strategiske fordel, eftersom det fremgår af UNIDROIT Principles art. 4.1, at fortolkning af kontrakten skal følge parternes intentioner, og såfremt dette ikke er muligt, skal fortolkning ske efter, hvad en rimelig mand ("*a reasonable man*") ville gøre. Modsat ses det i engelsk ret, hvor der ligeledes er foranstaltninger, der er til for at tage hånd om uventede omstændigheder. Dog fremgår det, at doktriner og bagvedliggende udfyldning viger i forbindelse med brugen af *parol evidence*-reglen. Det er derfor uklart, hvorvidt en taktisk udeladelse af visse omstændigheder vil føre til brugen af bagvedliggende doktriner, eller om kontraktens ordlyd vil blive brugt til at bestemme sagens udfald.

3.3.3.3 - Uklarhedsreglen

Uklarhedsreglen, også kaldet *koncipistreglen*¹⁴¹, foreskriver, at en kontraktbestemmelse i tilfælde af tvivl fortolkes mod den part, som har konciperet kontrakten. Denne fortolkningsregel anvendes på den baggrund, at den konciperende part har været nærmest til at eliminere uklarheder i kontrakten, og at denne part således må bære ansvaret for de uklarheder, der måtte være¹⁴². Dette vil ofte understøttes af, at den konciperende part ofte vil have den relativt største forhandlingsstyrke¹⁴³, hvilket fx vil være tilfældet ved forbrugeraftaler¹⁴⁴. En anden begrundelse for uklarhedsreglens anvendelse er, at en kontrakt, som er ensidigt konciperet, fx som en standardformular (en såkaldt *adhæsiionskontrakt*), kan have en tendens til primært at tage hensyn til koncipistens egne interesser, hvorfor en sådan kontrakt må fortolkes restriktivt mod koncipisten. Det samme gælder

¹⁴¹ Eller *contra proferentem*-reglen. For mere, se Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 371 ff.

¹⁴² Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 373.

¹⁴³ Dette synspunkt uddybes i Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 399-400.

¹⁴⁴ Uklarhedsreglens anvendelse i forbrugeraftaler er lovfæstet i AFTL § 38b.

standardvilkår¹⁴⁵, som er ensidigt konciperet af de respektive parter for at varetage disses egne interesser.

Som eksempel på uklarhedsreglens anvendelse ift. standardkontrakter kan nævnes U 1984.168 H, hvor en forsikringspolice blev fortolket til forsikringstagerens fordel pga. uklarhed i kontrakten. Kontrakten var udarbejdet som en standardkontrakt, der ikke var tilpasset forsikringstagerens konkrete forhold, og det fremkom derfor uklart, i hvilket omfang forsikringstagerens skade var dækket. Forsikringsvirksomheden fandtes at bære ansvaret for uklarheden. Denne dom er ligeledes et eksempel på, hvordan standardkontrakter ofte ikke er tilstrækkelige ved uventede omstændigheder, om end de foreliggende omstændigheder i kontrakten ikke var uventede, men blot usædvanlige. Dommens betydning ift. uventede omstændigheder vil således mere være af hypotetisk karakter, da den giver et indblik i, hvordan standardkontrakter ofte kan vise sig utilstrækkelige eller uhensigtsmæssige ved indtræden af konkrete omstændigheder, der ikke er taget højde for i standardkontrakten.

Uklarhedsreglen i dansk ret er nogenlunde identisk med princippet i UNIDROIT Principles, art. 4.6, som har følgende ordlyd:

”If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred”.

I PECL, art. 5.103, ses en lignende kodifikation af uklarhedsreglen:

”Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred”.

3.3.3.4 - Forudsætningslæren

Forudsætningslæren falder traditionelt ind under ugyldighedslæren, idet den hovedsageligt bruges til at ugyldiggøre en kontrakt, hvis der er sket et forudsætningssvigt resulterende i, at kontrakten har mistet sit formål hos en af parterne. Dog kan forudsætningslæren i mange tilfælde opfattes som en del af kontraktens fortolkning eller udfyldning, da forudsætningslæren kan komme i spil og begrunde en justering af kontrakten, hvis forudsætningssvigt har gjort (dele af) kontrakten urimeligt

¹⁴⁵ Andersen og Madsen: ”Aftaler og Mellemmænd”, 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 27 og s. 371.

bebyrdende for en af parterne, ligesom at forudsætningslæren kan bruges til at ophøje en forudsætning til en egentlig kontraktbetingelse, såfremt forudsætningskriterierne er opfyldt¹⁴⁶.

Forudsætningslærens anvendelse er dog meget begrænset i erhvervsforhold¹⁴⁷. Dette skyldes, at erhvervsdrivende må formodes at være professionelle nok til at sørge for, at forudsætninger eller lignende indskrives i kontrakten som betingelser. Til støtte for dette synspunkt kan det argumenteres, at en professionel part, der ønsker at gøre en forudsætning gældende på trods af, at den ikke er indskrevet i kontrakten som en betingelse, således har udnyttet, at forudsætningen ikke er gjort til en betingelse. At forudsætningen ikke er gjort til en betingelse i kontrakten må nemlig formodes at betyde, at løftegiveren har sluppet for at skulle betale medkontrahenten den kompensation, som denne havde krævet for at lade forudsætningen indgå i kontrakten som en betingelse. At forudsætningen ikke tydeligt har været forhandlet og indgået betyder, at medkontrahenten ikke har fået en sådan kompensation, ergo har medkontrahenten ikke været bekendt med forudsætningen – og hvis han måtte være bekendt med forudsætningen, bør en professionel løftegiver ikke formodes at kunne forvente, at forudsætningen er accepteret som en del af kontraktgrundlaget, hvis ikke der er sket kompensation herfor, da en professionel part bør kunne forstå dette ræsonnement.

Ovenstående synspunkt baseres på, at en erhvervsdrivende løftegiver sidestilles med en erfaren kontrahent. Der vil imidlertid være tilfælde, hvor en erhvervsdrivende handler uden for sit sædvanlige erhverv, og der kan her være visse typeforudsætninger, der spiller ind og gør forudsætningslæren relevant alligevel. Bl.a. af denne grund er anvendelse af forudsætningslæren i erhvervsforhold ikke helt udelukket. Dette vil dog ikke gennemgås yderligere.

3.3.4 - Standardvilkår

3.3.4.1 - Indledning

Parterne i en kontraktforhandling vil ofte have et ønske om at begrænse omkostningerne forbundet med kontraktforhandling og –koncipering, og en måde at gøre dette på er ved fx at have udarbejdet

¹⁴⁶ For mere om denne tankegang, se Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemmænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 407-410.

¹⁴⁷ Se bl.a. Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemmænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 398-399.

en standardkontrakt, som man så kan overføre til mere specifikke kontrakter. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis den pågældende part indgår i mange forskellige kontraktforhold, hvor grundig forhandling af alle disse kontraktforhold ville være særligt ressourcekrævende. Med en standardkontrakt hentydes til en række vilkår, som enten er indskrevet i selve kontrakten eller henvist til¹⁴⁸.

Standardvilkår er proaktive i deres form, i og med de er til for at forebygge visse senere problemstillinger, men da omdrejningspunktet for denne afhandling i høj grad er uventede omstændigheder, og at formodning derfor til en vis grad er, at standardvilkårene ofte ikke kan forebygge sådanne uventede problemstillinger, vil standardvilkår primært ansues ud fra en reaktiv vinkel. Både regulering og fortolkning af standardvilkår, samt standardvilkårs proaktive betydning ift. uventede omstændigheder, vil behandles nedenfor.

3.3.4.2 - *Agreed documents*

Agreed documents hentyder til branchevilkår, som forskellige brancheorganisationer har forhandlet sig frem til i bestræbelserne på at udvikle et brancherelevant regelsæt¹⁴⁹ – fx AB 92¹⁵⁰. *Agreed documents* vil således konstituere et forsøg på at samordne relevante branchekutymen og –sædvaner i et regelsæt, som derfor kan få betydning på lige fod med branchekutymen og –sædvanerne individuelt. Dette vil betyde, at kontrakter principielt kan være omfattet af vilkår med karakter af *agreed documents*, selvom ingen af parterne har gjort opmærksomme på disse vilkår i forhandlingen – eller har henvist til disse vilkår i den endelige kontrakt¹⁵¹. En sådan anvendelse af branchevilkår vil således ikke bero på parternes aftale, men rettere fungere som en del af kontraktens udfyldning.

Det bør desuden understreges, at *agreed documents* selvsagt ikke kan være genstand for fortolkning efter uklarhedsreglen grundet det faktum, at vilkår herfra ikke er ensidigt konciperet af nogen af

¹⁴⁸ Sondringen mellem begreberne standardkontrakt og standardvilkår vil således baseres på, om vilkårene er indskrevet i kontrakten eller ej, men sondringen er ikke vigtig.

¹⁴⁹ *Lex mercatoria*, så som FIDIC og UNIDROIT Principles, kan også fungere som *agreed documents*, som parterne kan vælge at lade kontrakten underligge.

¹⁵⁰ Se bl.a. Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemmænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 26-27 og s. 80.

¹⁵¹ Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemmænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 80.

parterne. Hvis det pågældende *agreed document* tillige er ”blåstemplet” af en offentlig myndighed som fx AB 92, må det opfattes som værende en samling af rimelige, sædvanlige branchevilkår, hvilket begrænser behovet for restriktiv fortolkning¹⁵².

3.3.4.3 - Adhæsionskontrakter

En standardkontrakt vil primært kunne anvendes i tilfælde, hvor det i høj grad er den ene af parterne, der står for at koncipere kontrakten – fx såkaldte *adhæsionskontrakter*, hvor kontrakten er ensidigt udarbejdet som en standardformular¹⁵³. Hvis selve aftalens indhold er simpelt, kan en standardkontrakt være særdeles omkostningsbesparende, da der i så fald ikke skal afsættes tid til forhandling og koncipering. Dette kan fx være tilfældet i almindelige købsaftaler, hvor en kunde køber en vare under de betingelser, sælger har stillet i sine standardvilkår. Ved adhæsionskontrakter vil der være en overvejende tendens til restriktiv fortolkning efter uklarhedsreglen grundet kontraktens ensidige natur samt medkontrahentens forventede uerfarenhed¹⁵⁴.

Generelt kan det siges, at en part, der handler inden for sit vanlige erhverv, vil have oparbejdet en sådan erfaring, at han vil kunne forebygge visse problemers opståen ved at have udarbejdet en række brancherelevante standardvilkår¹⁵⁵, som fx vil være hensigtsmæssigt at lade indgå i en kontrakt med en part, som handler uden for sit sædvanlige erhverv. At den ene part har en sådan fordel mht. at koncipere kontrakten ift. medkontrahenten kan sammenlignes med stordriftsfordele, hvor den ene part har mulighed for at producere en vare væsentligt billigere end andre og således kan tilbyde en lavere pris. I mere komplekse kontraktforhold, hvor der skal tages stilling til forhold, der ikke indgår i standardkontrakten, kan denne dog benyttes som udgangspunkt, mens mere specifikke spørgsmål forhandles og indskrives efterfølgende.

3.3.4.4 - Standardvilkårs betydning ved uventede omstændigheder

Ift. uventede omstændigheder vil standardvilkår primært få betydning, hvis de tager form af generelle ansvarsfraskrivelser. Dog kan det argumenteres, at i og med standardvilkår ofte har

¹⁵² For mere, se Andersen og Madsen: ”Aftaler og Mellemmænd”, 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 398.

¹⁵³ Andersen og Madsen: ”Aftaler og Mellemmænd”, 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 398.

¹⁵⁴ Andersen og Madsen: ”Aftaler og Mellemmænd”, 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 398-399.

¹⁵⁵ For mere om dette perspektiv, se Andersen og Madsen: ”Aftaler og Mellemmænd”, 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 25-26.

generisk karakter og således dækker generelle forhold, herunder generelle ansvarsfraskrivelser, vil standardvilkår, der fx er bilagt en mere konkret forhandlet kontrakt, være fjernere til at omfatte eventuelle uventede omstændigheder end den konkrete forhandling, da parterne i forhandlingen i højere grad har haft mulighed for at allokere konkret risiko, at aftale genforhandlingsklausuler mm. I medfør af denne argumentation kan det således være nødvendigt i relation til uventede omstændigheder, at standardvilkår, der ikke som sådan har været i selvstændig forhandling, får en lavere prioriteret betydning end konkrete vilkår, da standardvilkår ofte ikke vil være egnet til at tage sig af uventede omstændigheder på samme måde, som parterne har haft mulighed for at gøre i den konkrete kontrakt¹⁵⁶. Af samme grundelse fortolkes standardvilkår normalt i harmoni med kontraktens øvrige bestemmelser eller, hvis formuleringen er uklar, i harmoni med udfyldende regler og den deklaratoriske lovgivning på området, fx købeloven¹⁵⁷.

3.3.4.5 - Problemer ved standardvilkår

Standardvilkår, der er henvist til som bilag til den indgåede kontrakt, har som udgangspunkt samme værdi som de forhold, der er indskrevet i kontrakten¹⁵⁸. Der kan dog opstå tvivl om, hvorvidt standardvilkårene er vedtaget. I kontraktforhold, hvor begge parter har vedlagt standardvilkår, kan der ligeledes opstå tilfælde, hvor parternes standardvilkår strider mod hinanden. I sådanne tilfælde kan det være tvivlsomt, i hvilket omfang de pågældende standardvilkår må opfattes som værende vedtaget, og i givent fald hvilket sæt standardvilkår, der er gældende.

En sådan kontraktuel stridighed over standardvilkår kaldes også "battle of the forms". Efter UNIDROIT Principles, art. 2.1.22, vil kontrakten i sådanne tilfælde kun omfatte de konkret forhandlede vilkår samt almindelige standardvilkår, som ikke er modstridende, med mindre parterne har gjort medkontrahenten opmærksom på, at de ikke ønsker at være bundet af disse (almindelige) standardvilkår.

¹⁵⁶ Denne argumentation harmonerer med *lex specialis*-princippet samt UNIDROIT Principles, art. 2.1.21, som foreskriver, at standardvilkår viger for konkret forhandlede vilkår i tilfælde af modstrid.

¹⁵⁷ Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 375.

¹⁵⁸ Der er dog visse undtagelser, herunder standardvilkår, som er uklare, usædvanlige eller særligt bebyrdende for den anden part, og som ikke har været fremhævet til selvstændig accept.

I tilfælde af modstridende standardvilkår, som har (potentielt) væsentlig betydning for aftaleforholdet¹⁵⁹, vil denne vedtagelsesproblematik brede sig til hele aftalen, som kan vurderes ikke vedtaget, jf. AFTL § 6, stk. 1¹⁶⁰. Tvister om, hvorvidt standardvilkår er vedtaget eller ej, vil således løses efter fortolkning, som enten kan baseres på, hvorvidt et vilkår er vedtaget eller ej, eller på, hvordan et vilkår skal fortolkes – fx indskrænkende over for koncipisten. Hvis et givent standardvilkår har væsentlig betydning, men ikke er fremhævet tydeligt, således at der ikke er sket selvstændig accept af dette vilkår, kan hele aftalen vurderes ikke vedtaget pga. uoverensstemmende accept¹⁶¹, jf. AFTL § 6, stk. 1.

En anden problematik forbundet med standardvilkår er, at standardvilkår primært (og ofte udelukkende) tager hensyn til koncipistens egne interesser – fx ved at fraskrive sig ansvar eller forpligtelser, som ellers måtte tilfalde ham¹⁶². Det er i denne henseende retssystemets opgave at sørge for dels, at der stilles særlige krav til vedtagelsen af standardvilkår, dels at urimelige standardvilkår tilsidesættes, og dels at standardvilkår fortolkes mod affatteren¹⁶³. Tvister om urimelige standardvilkår vil således løses gennem fortolkning, hvorefter især AFTL § 36 kan finde anvendelse¹⁶⁴, enten til at begrænse eller eliminere vilkårenes virkning. Standardvilkår, der kan have væsentlig betydning for kontrakten, herunder usædvanlige vilkår¹⁶⁵, skal normalt fremhæves således, at de bliver genstand for selvstændig accept.

Se fx U 1992.164 V, hvor en hæftelseserklæring blev tilsidesat pga. et særligt væsentligt vilkår, der ikke var fremhævet. Landsretten udtalte, at *"en så vidtgående forpligtelse som den foreliggende hæftelseserklæring ikke kan gøres gældende [...], når den ikke særligt er fremhævet [...]"*. Hæftelseserklæringen kunne dog lige så vel have været tilsidesat efter AFTL § 36 pga. urimelighed som vurderet ikke-vedtaget¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Som det står skrevet i "Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade": *"Det er dog ikke enhver Udtalelse i en af de angivne Retninger fra den svarendes Side, der gør Svaret uoverensstemmende med Tilbudet med den Virkning, at dette maa bortfalde. Der maa foreligge en Afvigelse af materiel Betydning"*. For mere om uoverensstemmende accept, se Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 65-75.

¹⁶⁰ AFTL § 6, stk. 2 finder dog anvendelse, hvis den part, som har fremsendt uoverensstemmende accept, har været i god tro.

¹⁶¹ Dette var resultatet i U 2004.1490/2H, hvor en henvisning til voldgiftsproceduren efter "Fosfa 72 A" ikke havde været i selvstændig forhandling, men var vedlagt ordrebekræftelsen, hvorfor der forelå uoverensstemmende accept.

¹⁶² Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 26-27.

¹⁶³ Fortolkning af standardvilkår vil således normalt ske i harmoni med uklarhedsreglen. For mere, se Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 27 og s. 371-372.

¹⁶⁴ *Lex specialis*, som fx lejelovens § 5, stk. 1 (jf. stk. 3), kan ligeledes finde anvendelse. Se bl.a. Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 78, note 81.

¹⁶⁵ Dette harmonerer desuden med UNIDROIT Principles, art. 2.1.20.

¹⁶⁶ For mere, se Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 225.

I engelsk ret arbejdes der med den såkaldte *red hand rule*, der minder meget om det danske princip; jo mere bebyrdende en kontraktbestemmelse er, jo mere skal den være fremhævet, før den kan vurderes vedtaget. Et lignende princip ses i UNIDROIT Principles, art. 2.1.20, hvorefter en kontraktbestemmelse, som ikke med rimelighed kunne forventes at stå skrevet i standardvilkår, kræver selvstændig accept før, at den kan vurderes vedtaget.

3.4 - Proaktiv jura

3.4.1 - Indledning

Ovenfor behandles juridiske problemstillinger af primært reaktiv karakter. Nedenfor vil fokus ændres, da det her vil omhandle kontraktparters muligheder og komplikationer forbundet med at forsøge at forebygge konflikters opståen, fx ved at indskrive klausuler i kontrakten – herunder force majeure-klausuler, hardship-klausuler og genforhandlingsklausuler.

3.4.2 - Ansvarsfraskrivelsesklausuler

Ansvarsfraskrivelsesklausuler er som udgangspunkt gyldige efter dansk ret, jf. partsautonomien¹⁶⁷. Ved forsæt eller grov uagtsomhed vil disse dog normalt tilsidesættes¹⁶⁸, og der stilles ligeledes strengere krav til ansvarsfraskrivelser i forbrugerforhold, hvor en udvidet vifte af præceptive regler, herunder de forbrugerretlige regler i købeloven samt generalklausulen i AFTL § 38c, sikrer forbrugeren en bedre beskyttelse¹⁶⁹.

I engelsk ret fremgår det af *The Unfair Contract Terms Act* fra 1977, at ligesom i dansk ret er ansvarsbegrænsning over for forbrugere og ift. standardaftaler begrænset, jf. UCTA § 3. Dog underlægges ansvarsbegrænsningsklausulerne en rimelighedstest, eller *reasonability test*, jf. UCTA § 11.

¹⁶⁷ For mere om partsautonomi, se Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemmænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012, s. 19-20.

¹⁶⁸ Andersen og Lookofsky: "Lærebog i obligationsret I", 4. udgave, 1. oplag, 2015, s. 412.

¹⁶⁹ Se bl.a. Andersen og Lookofsky: "Lærebog i obligationsret I", 4. udgave, 1. oplag, 2015, s. 415-418.

Generelt kan det siges om ansvarsfraskrivellesklausuler, at de potentielt kan lede til opportunistisk adfærd, da sådanne klausuler kan virke som ”dårlige undskyldninger” for at komme ud af en kontrakt. Ansvarsfraskrivellesklausuler i form af hhv. force majeure- og hardship-klausuler omhandler dog en anden type ansvar, da der her er tale om begivenheder, der som udgangspunkt ikke kan påvirkes af culpa. Ift. force majeure- og hardship-klausuler kan argumentet om potentiale for opportunistisk adfærd derfor gå begge veje, da den automatiske følge af en force majeure- eller hardship-klausul almindeligvis vil være, at parterne genforhandler kontrakten for at genoprette kontraktens efficiens. Hvorvidt sådanne klausuler kan føre til opportunistisk adfærd i kontraktforhold, vil ikke gennemgås yderligere, men emnet er interessant¹⁷⁰.

3.4.3 - Force majeure

Retsvirkningen af force majeure på en kontrakt er, at den ramte part fritages fra et erstatningsansvar som følger af den misligholdelse, der måtte forekomme som følge af begivenhedens indtræden. Eftersom den ramte part fritages for erstatningsansvar ved indtræden af force majeure, kan det være nødvendigt at indskrive en force majeure-klausul, der søger dels at binde parterne til at opretholde kontrakten, såfremt begivenheden ikke er af vedvarende karakter, og dels at binde parterne til at genforhandle loyalt, såfremt det er nødvendigt.

Forskellige brancher har forskellige metoder til at håndtere force majeure på. I shippingbranchen ser man eksempelvis en relativt høj risiko for, at force majeure vil opstå¹⁷¹, og her benytter fragtselskaberne sig af bl.a. den såkaldte *general average rule*, hvorefter alle ejerne af containere går sammen om at dække tabet i tilfælde af *jettison*¹⁷².

I andre brancher, hvor force majeure er en undtagelse til reglen, må man tage højde for muligheden for, at det sker, for derved at sørge for, at kontraktforholdet ikke går i stykker på grund af det. I KBL § 24 findes en definition på force majeure. Ligeledes findes der en definition i UNIDROIT

¹⁷⁰ For mere om opportunistisk adfærd i kontrakter, se fx Timothy J. Muris: “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”, Minnesota Law Review, 65 Minn. L. Rev. (1980-1981), s. 521-590.

¹⁷¹ Det kan diskuteres, hvorvidt hyppig frekvens af force majeure må medføre, at der reelt ikke er tale om begivenheder med karakter af force majeure. Af denne grund benytter man inden for shipping et særligt force majeure-begreb kaldet *perils of the sea*. Dette vil dog ikke behandles yderligere.

¹⁷² Med *jettison* hentydes til bevidst afskaffelse af last i tilfælde af fx uvejr for at undgå forlis.

Principles art. 7.1.7 (1)¹⁷³, hvor der ligesom i købeloven lægges vægt på, at fritagelse for debitor fra levering af varer hhv. erstatningsansvaret som følge af påstået misligholdelse kun forekommer i situationer, som er uden for parternes kontrol og ikke med rimelighed kunne tages højde for ved kontraktindgåelsens afslutning. Sammenlignende fremgår det af engelsk ret, at selve fritagelse fra at opfylde kontrakten ved forekomsten af force majeure, findes i den såkaldte *doctrine of impossibility*. Doktrinen adskiller sig fra *frustrated contracts*, som omfatter kontrakter, der pga. ændrede/uventede omstændigheder har gjort kontraktens opfyldelse urimeligt byrdefuld for (en af) parterne, hvor *doctrine of impossibility* omfatter tilfælde, hvor opfyldelse er umulig. Force majeure-begrebet i engelsk ret er historisk set oftest kædet sammen med enten dødsfald eller debtors fysiske begrænsninger for at opfylde kontrakten som følge af ”Guds indblanding”¹⁷⁴. Blackburn beskriver dette med:

*”[...] the only ground on which the parties or their executors, can be excused from the consequences of the breach of the contract is, that from the nature of the contract there is an implied condition of the continued existence of the life of the contractor, and, perhaps in the case of the painter of his eyesight.”*¹⁷⁵

Force majeure begrebet blev altså i *Taylor v Caldwell*¹⁷⁶ udvidet til, at hvor levering umuliggøres uden, at der foreligger skyld hos nogle af parterne for, at leveringen umuliggøres, herved må det anses som værende force majeure.

Force majeure som størrelse er derved ikke en ny problemstilling, som tages op. Gennem tiden har problemstillingen været, hvornår en kontrakt anses som værende ramt af force majeure, eller om der i virkeligheden snarere forekommer hardship.

Tilfælde, som gør kontrakter umulige eller uhensigtsmæssige at opretholde, må derfor anses som værende tilfælde, hvor retspraksissen er nødt til at være i konstant udvikling. I år 2003 udgav ICC

¹⁷³ ”(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.”

¹⁷⁴ Eller ”an Act of God”.

¹⁷⁵ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html>.

¹⁷⁶ [1863] EWHC QB J1.

en model for en force majeure-klausul¹⁷⁷, som virksomheder kan bruge som skabelon til at håndtere risikoen for, at force majeure måtte opstå.

Som man kan se i klausulens §§ 1-3, navnlig i § 3 litra a)-g)¹⁷⁸, bliver der opstillet en række scenarier, hvor man efter klausulens ordlyd ville kunne se en forekomst af force majeure. Hertil kan man koncipere klausulen, så den passer i den enkelte situation.

Anderledes kan man ligeledes ansvarsfraskrive sig force majeure-situationer, men kræve levering af varen, såfremt det er muligt, når begivenheden, som umuliggør levering, ophører. Nedenstående er en force majeure-klausul udviklet af det britiske advokatfirma, Drukker:

"Neither party to this agreement shall be liable for failing to perform or delay of performance, if delay is caused by circumstances or events outside their reasonable control, which shall include but not be limited to industrial action, acts of God, terrorism, civil commotion, refusals to grant licences or permissions, [etc].

*The time for performance shall be extended for a reasonable time, having regard for the cause of the delay upon reasonable notice in writing to the other party. Should such delay persist for a period of over 28 continuous days either party may give notice to terminate this agreement on 7 days' notice in writing."*¹⁷⁹

Som det fremgår af den ovenstående klausul, adskiller den sig fra ICCs standardklausul i den forstand, at den force majeure-ramte part ikke fritages fra levering, men at tidspunktet for leveringen blot udskydes inden for rimelig tid.

¹⁷⁷http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_iic_force_majeure_and_hardship_clauses_2003.pdf.

¹⁷⁸ "[a] war (whether declared or not), armed conflict or the serious threat of same (including but not limited to hostile attack, blockade, military embargo), hostilities, invasion, act of a foreign enemy, extensive military mobilisation; [b] civil war, riot rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, civil commotion or disorder, mob violence, act of civil disobedience; [c] act of terrorism, sabotage or piracy; [d] act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction, curfew restriction, expropriation, compulsory acquisition, seizure of works, requisition, nationalisation; [e] act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought; [f] explosion, fire, destruction of machines, equipment, factories and of any kind of installation, prolonged break-down of transport, telecommunication or electric current; [g] general labour disturbance such as but not limited to boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises."

¹⁷⁹ <http://www.drukker.co.uk/publications/reference/force-majeure-clause/>.

Generiske force majeure-klausuler, og i det hele taget arbejdet med force majeure på en generel flade, er præget af store forhandlingsomkostninger, hvilket individuelle brancheorganisationer potentielt har mulighed for at sænke gennem udarbejdelse af standardvilkår, som kan bruges i visse situationer.

FIDICs arbejde med standardvilkår inden for anlæg- og byggebranchen har til formål at skulle sænke transaktionsomkostninger, som måtte være i forbindelse med koncipering af kontrakter. FIDICs Silver Book behandler problemstillingen uventede omstændigheder, som grænser op mod force majeure. Hertil kan nævnes ”unforeseeable ground conditions” eller jordbundsforhold, som bliver adskilt, når risiko i kontrakten ud fra et FIDIC-synspunkt skal behandles.

Ordlyden af ICE Conditions klausul 12 om force majeure¹⁸⁰ er relativt forskellig fra UNIDROIT Principles, art. 7.1.7 (1) og (3) om force majeure¹⁸¹. Dette skyldes nok primært ICE’s branchefokus, men på trods af dette må effekten være tilnærmelsesvist den samme. Grundtanken bygger på et ønske om at opretholde kontrakten på trods af uventede omstændigheder, hvilket også er tilfældet, når man kontraherer under FIDIC. Mere interessant i forhold til problemstillingen om alternativer til, hvad man kan gøre, hvis en uventet omstændighed skulle opstå, finder man, når man i FIDICs Silver Book, klausul 4.12(c) går videre mht. risikoallokeringen. Effektivt bevirker dette, at grundet begivenhedens indtræden, så påtager den ene part sig omkostningerne og derved risikoen:

”The Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs.”¹⁸²

Som det også fremgår af Silver Book, er den ovenstående klausul et resultat af langvarige forhandlinger, hvor den part, som måtte påtage sig risikoen, har gjort det mod en godtgørelse. Dog

¹⁸⁰ ‘If during the carrying out of the Works the Contractor encounters physical conditions (other than weather conditions or conditions due to weather conditions) or artificial obstructions which conditions or obstructions could not, in his opinion, reasonably have been foreseen by an experienced contract, the Contractor shall as early as practicable give written notice thereof to the Employer’s Representative.’ Institution of Civil Engineers, ICE Conditions of Contract 7th ed (ICE7), Design and Construct version, London, ICE/Thomas Telford (2001).

¹⁸¹ (1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.

¹⁸² FIDIC Silver Book, Clause 4.12 (c), <http://swid.maj.ir/Portal/File/ShowFile.aspx?ID=621a55e6-2d6f-4ebe-80ab-18cb3c1a9463> s. 31.

er dette en reel mulighed for virksomheder, hvorpå de kan behandle uventede omstændigheder, som måtte opstå. Som det ligeledes fremgår af Silver Book, må den ovenstående klausul ses i lyset af forudsætningen om, at entreprenøren har mulighed for at foretage de nødvendige jordbundsprøver.

Hvad ICC's force majeure-standardklausul dog ikke tager højde for, i modsætning til UNIDROIT Principles, er eksempler, hvor der forekommer økonomisk force majeure. Som det bliver eksemplificeret i UNIDROIT Principles, kan dette være tilfældet, hvor et lands møntfod måtte falde drastisk og derved gør selve kontrakten byrdefuld ud over, hvad der kunne forventes ved kontraktens indgåelse jf. UNIDROIT Principles 7.1.7 (1).

3.4.4 - Hardship

Hardship er et nyere begreb, hvilket ikke forekommer i den danske obligationsret¹⁸³. Problemet ved forekomsten af hardship er, at kontrakten bliver uforholdsmæssigt byrdefuld for den ene af parterne. I engelsk ret kan hardship-begrebet sammenlignes med *doctrine of frustration*, som første gang blev anvendt i *Avery v Bowden*¹⁸⁴.

I *Avery v Bowden* skulle sagsøger fragte last for sagsøgte Ifølge den indgåede kontrakt. Sagsøger ankom før leveringstidspunktet for at hente sin last, og sagsøgte forklare dem, at de skulle sejle videre, eftersom de ikke havde nogen last til dem og ikke ville have nogen last til dem på leveringstidspunktet. Sagsøger valgte at vente i håb om, at den tiltalte ville være i stand til at levere noget af lasten. Før tidspunktet for levering forfaldt, begyndte de kimæriske krige, hvilket betød, at kontrakten blev frustreret. Sagsøger mistede derfor retten til at sagsøge for kontraktbrud. Såfremt de med det samme havde gjort deres krav gældende, ville de have haft mulighed for at søge godtgørelse¹⁸⁵.

Hovedreglen i common law og under *doctrine of frustration* er, ligesom ved hardship, at den undtager debitor fra at opfylde kontrakten. Som følge af *parol evidence*-reglen kan denne doktrin dog ikke gøres gældende i tilfælde, hvor der allerede er taget højde for scenarierne beskrevet i

¹⁸³ Hardship er et begreb, der udspringer fra bl.a. tysk, russisk og italiensk ret.

¹⁸⁴ [1856] 5 E & B 714.

¹⁸⁵ "By contract the claimant was to carry cargo for the defendant. The claimant arrived early to collect the cargo and the defendant told them to sale on as they did not have any cargo for them to carry and would not have by the agreed date. The claimant decided to wait around in the hope that the defendant would be able to supply some cargo. However, before the date the cargo was supposed to be shipped the Crimean war broke out which meant the contract became frustrated. The claimant therefore lost their right to sue for breach. Had they brought their action immediately they would have had a valid claim."

kontrakten. Når man derved diskuterer doktrinen anvendelse i forbindelse med uventede omstændigheder, som opstår efter kontraktens indgåelse, er det nødvendigt for parterne at tage højde for samtlige omstændigheder, som kan hænde i kontrakten, eller ingen omstændigheder, hvorved domstolen afgør, hvilken retsvirkning det vil have for kontrakten.

Engelsk ret går videre i forhold til at tage stilling til spørgsmålet vedr. frustrerede kontrakter og hardship i de såkaldte kroningssager. Her kan navnlig nævnes *Krell v Henry*¹⁸⁶ og *Chandler v Webster*¹⁸⁷.

I *Chandler v Webster* havde Webster udlejet et hotelværelse til Chandler, som skulle betales på forhånd. Værelset blev udlejet i forbindelse med den engelske konges kroning. Chandler lejede ikke værelset til sig selv, men til en kunde. Denne kunde ønskede senere at annullere værelsesbestillingen pga. dødsfald i familien, hvorfor Chandler tilbød Webster at betale den potentielle difference mellem den aftalte pris og den pris, Webster kunne få for værelset af andre kunder. Efter betaling var sket, blev kongen syg, og kroningen blev aflyst. Spørgsmålet var så, om Chandler kunne få den betalte sum tilbage pga., at kontrakten var frustreret efter *doctrine of frustration*. Den engelske High Court samt senere Court of Appeal fastslog, at den betalte sum ikke kunne restitueres.

Problematikken i den følgende præcedens, der kom af *Chandler v Webster*, ligger bl.a. i den opportunistiske adfærd, der kunne tænkes at ville følge. Det økonomiske incitament til at indgå i aftaler ville ligeledes falde i forbindelse med, at der ville være potentielle store omkostning forbundet med, at force majeure ville forekomme med hardship til følge.

Det var ikke før *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd.* i 1942¹⁸⁸, at retspraksissen på området var ændret på en sådan måde, at en sag som *Chandler v Webster* ville have haft modsat resultat. I denne sag blev den foreliggende force majeure-klausul ikke anerkendt, men retten fandt derimod, at der forelå en frustreret kontrakt.

Som følge af den etablerede retspraksis i 1942, blev der i 1943 indført "*The Law Reform Act*", som skulle modvirke den tidligere retspraksis, som *Chandler v Webster* havde medført. Ifølge *The Law*

¹⁸⁶ [1903] 2 KB 740.

¹⁸⁷ [1904] 1 KB 493.

¹⁸⁸ [1942] UKHL 4.

*Reform Act*¹⁸⁹ har debitor, såfremt han har modtaget penge forud for kontraktens afvikling, tilbagebetalingspligt i modsætning til scenariet i *Chandler v Webster*. Det er kun i tilfælde, hvor den ydende part har haft omkostninger forbundet med aftalen før begivenhedens indtræden, inden aftalens opfyldelse, at retten kan gøre den nu ligeledes lidende part hel¹⁹⁰.

I kommentarerne til UNIDROIT Principles' 2010-tekst nævnes det, at det netop med hardship-afsnittet ikke er tanken, at virksomheder, der oplever et tab i stedet for profit, skal have en objektiv mulighed for altid at træde ud af kontrakten¹⁹¹. Ikke desto mindre for dette skal man vurdere ift. tankegangen om langvarig kontrahering, om hardship har en så skadelig effekt for det fremtidige kontraktforhold, at man er nødt til at adressere problemet tidligt.

UNIDROIT Principles 6.2.2 opstiller en række kriterier for, hvornår der forekommer hardship i kontrakter:

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;*
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;*
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and*
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.*

Altså ligeledes ved hardship som ved force majeure er der et krav om, at begivenheden ikke kunne forudses ved kontraktens indgåelse, men ligeledes at begivenhedens opståen skal forekomme efter

¹⁸⁹ *The Law Reform Act* viger for *The Sales of Goods Act* fra 1979, i tilfælde hvor denne finder anvendelse.

¹⁹⁰ *The Law Reform Act* 1943, provision 1, section 2: "All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as "the time of discharge") shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable:

Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred".

¹⁹¹ UNIDROIT Principles 2010, s. 212.

kontraktens indgåelse¹⁹². Som der står i UNIDROIT Principles 6.2.2, litra c, er der tale om begivenheder, som er uden for parternes kontrol, men på trods af at have nærmest identisk ordlyd med en force majeure-bestemmelse, er virkningen af hardship oftest den, at kontrakten skal genforhandles parterne imellem.

Under UNIDROIT Principles 6.2.3 forklares det, at retsvirkningen af at påberåbe sig hardship i kontrakten er, at man kan ønske en genforhandling af kontrakten. Dette i sig selv betyder dog ikke, at den skadeslidte part har ret til at tilbageholde levering eller lignende på grund af påstået hardship.

Det er kun i tilfælde, hvor at forhandlingerne slår fejl, at retten kan gå ind og tilpasse eller hæve kontrakten, såfremt de finder, at der forekommer hardship i det pågældende tilfælde, jf. UNIDROIT principles 6.2.3 (4):

- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,*
- (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or*
- (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.*

Altså er der herefter en retlig mulighed for at få ændret eller tilpasset kontrakten, så der genetableres en balance.

3.4.5 - Brugen af hardship-klausuler til at sikre efficiens i kontrakten på længere sigt

Brugen af hardship-klausuler i kontrakter er et udtryk for virksomheders ønske om at opretholde en kontrakt og give adgang til genforhandling, skulle det blive nødvendigt. Det kan udledes af den blotte eksistens af UNIDROIT Principles og den engelske lovgivning og retspraksis på området, at der klart forekommer situationer, som ikke kan forudses, hvad enten man agerer inden for en simpel eller omfangsrig kontraktkonciperingskultur. Hardship giver parterne en sikring i den forstand, at såfremt en hardship-klausul er indgået, er parterne ikke bundet af situationer, der opfylder de aftalte hardship-kriterier, men samtidigt bevirker forhandlingskravet i klausulens natur, at der er en målsætning om, at *pacta sunt servanda*-princippet opretholdes.

¹⁹² Dette er ligeledes udgangspunktet ved force majeure-begivenheder. Force majeure-begivenheder er normalt forbundet med en større grad af uforudsigelighed end hardship, fordi kravet hertil er strengere, men ikke desto mindre kan man til en vis grad forudse en begivenheds indtræden, hvis man snakker om krig el.lign.

3.4.6 - Overgangen fra hardship til force majeure

Som det allerede er blevet redegjort for, foreligger der en klar forskel i retsvirkningen af indtræden af begivenheder underlagt hardship hhv. force majeure. Retsvirkningen af klausuler omhandlende de to områder giver parterne mulighed for at indgå i forhandlingsprocessen med det samme ved begivenhedens indtræden uden at skulle bruge tid på at diskutere, hvorvidt man skal genforhandle kontrakten. Genforhandling vil således være en automatisk følge af både hardship- og force majeure-klausuler.

Grænsen derved i de to problemstillinger synes forklaret bedst i ordlyden af doktrinerne i engelsk ret, som adskiller de to emner; *doctrine of impossibility* og *doctrine of frustration*. Det fremgår da også af UNIDROIT Principles, at disse emner, selvom de umiddelbart virker ensartet af natur og bebyrdende karakter, skal behandles separat. Men det økonomiske ønske om opretholdelse og genoprettelse af kontrakten synes at være i hovedsædet, lige meget hvilket retssamfund man agerer inden for.

3.4.7 - Genforhandling

Genforhandlingen af kontraktelementer, eller nødvendigheden heraf, såfremt der opstår begivenheder, som ikke er taget højde for ved indgåelsen af kontrakten, søger at genoprette aftalens optimum¹⁹³. Parter kan altid frit vælge, hvorvidt der skal være mulighed for at forhandle eller genforhandle kontrakten på et tidspunkt i kontraktens levetid¹⁹⁴.

Formålet med genforhandling, hvad enten det er i forbindelse med ansættelsesforhold, entreprisforhold mv., beror på tankegangen om enten at forbedre eller genoprette den oprindelige aftales efficiens. I et proaktivt lys kan genforhandling af visse aspekter af kontrakten benyttes til at eliminere moral hazard – til dels – og øge genereringen af kvasi-renter, som måtte opstå som følge

¹⁹³ Dette fremgår af bemærkningerne til UNIDROIT Principles 2010. Her tales der om forhandling som følge af hardship eller force majeure for at genoprette parternes incitament til ikke at misligholde aftalen.

¹⁹⁴ Der forekommer kun et tilfælde, hvor forhandling og genforhandling er begrænset, hvilket er i de EU-retlige udbudsregler, som begrænser myndigheders mulighed for at forhandle med potentielle aftaleparter, jf. Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv af 2014/24/EU (Udbudsdirektivet).

af langvarigt samarbejde, ved at man netop opnår større kendskab til ens medkontrahent og derved kan tilpasse kontrakten til hinandens behov.

Som sagt har parter altid mulighed for at genforhandle en kontrakt. Genforhandlingsklausuler kræves dog at være indskrevet i kontrakten, før parterne er forpligtet til at indgå i genforhandling af kontrakten. Genforhandlingens effekt kan dog påvirkes af de enkelte parters opfattelse af medkontrahentens ageren, fx hvis parterne hver især har den opfattelse, at medkontrahenten var skyld i begivenhedens indtræden, at medkontrahenten burde have foretaget risikobegrænsende foranstaltninger eller lignende. Såfremt der er tale om tilfælde, hvor hardship opstår som følge af uventede omstændigheder, og hvor kriterierne for hardship er opfyldt, kan den skadeslidte part spørge domstolen om at genoprette kontrakt optimummet eller hæve kontrakten, såfremt det ikke er muligt at genoprette kontraktens efficiens, jf. UNIDROIT Principles, art. 6.2.2, hhv. art. 6.2.3, samt *doctrine of frustration* og *The Law Reform Act 1943*.

Et umiddelbart betingelse for, at selve genforhandlingsproceduren er efficient at indgå i, er samtidig, at der er et fælles økonomisk ønske om at opretholde kontrakten. Det er dermed sagt, at det irrelevant at indføre genforhandlingsklausuler i kontrakter af kortvarig natur.

En anden umiddelbar betingelse for genforhandlingsprocedurens virkning er, at parterne har handlet i god tro i kontraktforholdet, da dette er en fundamental forudsætning for, at et fortsat samarbejde kan fungere. Det følger af UNIDROIT Principles art. 1.7 og 2.1.15, at der skal foreligge et objektivt krav til parterne om at handle i god tro – både i løbet af kontrakten, men også i forbindelse med forhandlingen af kontrakten. I engelsk ret findes begrebet "*good faith clause*", hvilket søger at sikre, at parterne handler i god tro over for hinanden. Generelt om både UNIDROITs bestemmelser og *good faith*-klausulen kan det diskuteres, hvorvidt deres praktiske virkning lever op til deres ønskværdige formål. Det kan dog generelt siges om forhandling og genforhandling af kontrakten, at indgåelse i god tro, ligesom genforhandling uden "biases" over for medkontrahenten, må anses som værende ønskværdigt i forhold til at indgå en efficient kontrakt eller genoprette kontraktens efficiens. UNIDROIT Principles giver også muligheden for, at parter, som handler i ond tro,

underligger et erstatningsansvar som følge af at have forhandlet i ond tro, jf. UNIDROIT Principles, art. 2.1.15 (2).

Såfremt det ikke er aftalt på forhånd, og en af parterne ønsker kontrakten genforhandlet, kan man fremsætte et retskrav som følge af bestemmelserne i PECL, og såfremt betingelserne i PECL 6.111 (2)¹⁹⁵ er opfyldt;

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

- (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,*
- (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and*
- (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.*

Såfremt parterne ikke er i stand forløse situationen efter de ovenstående regler, har retten følgende muligheder, jf. PECL 6.111 (3);

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

Parterne kan gennemtrumfe genforhandling af den givne ydelse, han skal levere, såfremt den er blevet særligt byrdefuld på grund af de ændrede eller uventede omstændigheder, som er opstået. Art. 6.111 (1) foreskriver nemlig, at som udgangspunkt er parterne forpligtet til at opretholde kontrakten¹⁹⁶, selvom der måtte være ændrede omstændigheder – det er først, som

¹⁹⁵ <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html>.

¹⁹⁶ Det skal dermed ikke forstås som, at PECL 6.111 giver mulighed for, at parterne frit kan kræve kontrakten genforhandlet pga. den mindste ændrede omstændighed – *pacta sunt servanda*-princippet kan altså siges stadigvæk at finde sted, også ved genforhandling af kontrakter.

art. 6.111 (2) forklarer, når opfyldelse af kontrakten bliver "*excessively onerous*" som følge af omstændigheden, at der kan gennemtvinges genforhandling.

Ved kontraktforhold, som er tiltænkt at være længerevarende kontraktforhold, vil genforhandling typisk være indskrevet i kontrakten grundet usikkerheden omkring uventede omstændigheder, som kan opstå i løbet af kontraktforholdets levetid. Ansættelseskontrakter indeholder typisk årlig mulighed for genforhandling af løn, fridage mv.¹⁹⁷

3.5 - Delkonklusion

Jura er traditionelt set en reaktiv institution, som kan benyttes i tilfælde, hvor der opstår en form for forurettelse, fx en medkontrahents misligholdelse i et kontraktforhold. Juraen kan dog også bruges som et proaktivt middel, der hjælper virksomheder til at opretholde eller justere kontrakter, når der opstår situationer, som medfører, at en af parterne ønsker at bryde kontrakten.

I forbindelse med, at en uventet omstændighed opstår, og at denne omstændighed ikke er blevet taget højde for i kontrakten, vil kontrakten sandsynligvis ende i retssystemet eller ved voldgift. Som følge af UNIDROIT Principles, kapitel 4, aftaleloven mv., er det op til retten at fortolke kontrakten i henhold til parternes intentioner i forbindelse med selve det at have indgået kontrakten. Fortolkning og udfyldning af kontrakten fører til, at parterne potentielt kan blive pålagt visse forpligtelser, som ikke er indskrevet i kontrakten, men som følger af bagvedliggende udfyldningsregler.

Pga. ønske om at minimere omkostninger forbundet med forhandling og koncipering af kontrakten, vil kontraktparter, især hvis disse er hyppige kontrahenter, have en sådan erfaring inden for deres givne felt, at de kan forebygge visse konflikters opståen allerede ved kontraktindgåelsestidspunktet, og sådanne parter kan således nyde godt af at udfærdige generelle standardvilkår, så transaktionsomkostningerne i de individuelle kontraktforhold minimeres. Sådanne standardvilkår

¹⁹⁷ Ud fra en økonomisk tankegang går de umiddelbare forskrifter i kontrakten på, at det handler om at styre moral hazard ved at sikre, at ens ansatte arbejder optimalt i forhold til virksomhedens vision og mission. Dog eftersom man opnår større kendskab til den enkelte person, og den enkelte person opnår større indblik i virksomheden, er det muligt at forhandle på andre incitamentsgivende parametre, som subjektivt set må være vigtigere for den ansatte end det at få en højere løn.

vil dog ofte ikke have tilstrækkelig konkret karakter til effektivt at tage hånd om uventede omstændigheder, og kontraktparter har ligeledes en tendens til primært at tage højde for egne interesse i deres standardvilkår, hvorfor uopmærksomme medkontrahenter kan udnyttes. Af disse grunde vil standardvilkår ofte mødes med en vis skepsis, hvorfor der stilles særlige krav til vedtagelse af usædvanlige eller urimelige vilkår, og de vil ligeledes være genstand for restriktiv fortolkning efter bl.a. uklarhedsreglen.

Proaktiv jura går i høj grad ud på, at man i kontrakten indskriver klausuler, som giver parterne mulighed for hurtigt at kunne behandle problemer, som måtte opstå i kontraktens levetid, til forskel fra at skulle søge rettens vej for at opnå (potentielt) samme retsvirkning. Ligesom det i analysen er beskrevet, finder proaktiv anvendelse af juraen sted, fordi virksomhederne ønsker et langvarigt kontraktforhold, og indskrevne hardship-, force majeure- og genforhandlingsklausuler bevirker generelt, at man har let adgang til genforhandling. I den engelske kontraktretstradition, hvor *parol evidence*-reglen har stor udbredelse, kan sådanne klausuler ofte være nødvendige at indgå og indskrive i kontrakten, da parterne ellers i højere grad risikerer at bindes ved uventede omstændigheder end modsat i dansk ret, hvor adgangen til udfyldning af kontrakten uden for selve kontraktdokumentet er større.

At indgå hardship-, force majeure- og genforhandlingsklausuler hjælper parterne til at genoprette kontraktefficiensen, hvis denne har været forskubbet pga. uventede omstændigheder, og pga. klausulernes indskrivning i kontrakten kan konflikter og herved forbundne omkostninger ved at skulle overveje, om genforhandling bør og skal ske, mindskes, da dette nu sker automatisk. Sådanne klausuler vil dog kun have en effektiv virkning, hvis der er et gensidigt ønske om at blive i kontraktforholdet.

KAPITEL 4 - INTEGRERET

4.1 - Indledning

Formålet med dette kapitel er at diskutere, hvilke forskellige forhold, kontraktparter bør overveje, når en kontrakt skal indgås. Kapitlet behandler de gennemgåede pointer fra de forrige kapitler og vil desuden behandle nye perspektiver, dels om kvasi-renter og dels om kontraktens udførlighed. De forskellige muligheder, som parter har for at sikre sig mod uventede omstændigheders påvirkning på kontraktens efficiens, kan både have forebyggende og reaktiv karakter, men parternes indstilling hertil samt formålet med kontraktindgåelsen kan have afgørende betydning for, om konflikter kan løses. Generering af kvasi-renter kan øge parternes incitament til at handle i kontraktens interesse, hvilket kan sænke behovet for udførlig koncipering, samt øge parternes muligheder for at løse konflikter, der opstår efter kontraktens indgåelse. Kvasi-renter er derfor også et aspekt, som parterne bør søge at danne i kontraktforholdet.

Kapitlet vil være delt op i to hoveddele. Første del vil viderebehandle emner, som også er behandlet i tidligere kapitler, sådan at der tillægges endnu et perspektiv om konsekvensen, når kvasi-renters betydning medtages i analysen. Denne del af kapitlet vil centreres omkring principal-agent-kontrakter. I første omgang vil forening af parter interesser blive behandlet, herunder styring af moral hazard, transaktionsomkostninger ved at udligne information samt generering af kvasi-renter og dettes betydning for fremtidig kontrahering. Dernæst vil uventede omstændigheders betydning for disse problemstillinger behandles, herunder når de uventede omstændigheder har karakter af enten force majeure eller hardship.

Anden del af kapitlet vil være en diskussion af parternes investeringsniveau i kontraktforhandlingen – med andre ord kontraktens udførlighed. Denne diskussion vil ske ud fra tre artikler, hhv. Pathclearer¹⁹⁸, Macaulay¹⁹⁹ og Hadfield & Bozovic²⁰⁰. Efterfølgende vil de afledte pointer fra disse

¹⁹⁸ Weatherley og Bargeton: "Pathclearer", S&N Group Legal, Law Department Quarterly (Oct.-Dec. 2005).

¹⁹⁹ Stewart Macaulay: "Non-contractual relations in business", American Sociological Review, Vol. 28, No. 1, February, 1963.

artikler diskuteres i forbindelse med de pointer, der er gjort i første del af kapitlet og resten af afhandlingen i øvrigt.

4.2 - Kontraktoptimering ved at forene parternes interesse

Den mest optimale måde, hvorpå man kan søge at kontrollere moral hazard-problemet i kontrakter uden omfattende observation af medkontrahenten, er ved at forene parternes motivation og interesser i at agere i overensstemmelse med kontrakten. Mangel på tillid og forekomsten af asymmetrisk information parterne imellem skaber dog en udfordring for parterne, når interesserne skal forenes.

I typekontrakter, hvor den ene part søger at udbrede et produkt til en lang række distributører, vil transaktionsomkostningerne potentielt være meget omfattende, hvis alle kontrakter skal forhandles individuelt. Ved en typekontrakt som denne, hvor observation er reelt umulig pga. den omfangsrige mængde af distributører, vil en standardiseret, resultatorienteret kontrakt ofte være bedst egnet til at forene parternes interesser. En sådan kontrakt kan fx være knyttet sammen med en bonusordning, som udløses ved opnåelsen af visse milepæle.

Medkontrahenternes ageren kan være ikke-observerbar, hvis den eneste mulige observation er knyttet til resultatet, fx antal solgte enheder. I et principal-agent-forhold kan det være et problem for principalen at skabe incitamenter hos agenten til at opretholde kontrakten, samtidig med, at man ikke skaber et incitament til at slække på fx kvalitet for at opnå en bonusmilepæl. Alt efter behovet vælger principalen kontrakttype efter en omkostningsminimeringsstrategi. I typekontrakter, hvor observation er omkostningsfyldt eller umulig, gavner det principalen at måle sine agenter på parametre, der kan opstilles objektivt, og som har en minimal grad af individuel indflydelse fra agentens side.

Modsat en resultatorienteret kontrakt, hvor det observerbare element ligger i at måle, om agenten når visse mål, er den indsatsorienterede kontrakttype mere til fordel for principaler, som ikke indgår

²⁰⁰ Hadfield & Bozovic: "Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation", University of Southern California Law Review, January, 2012.

i mange kontraktforhold af gangen. For at begrænse transaktionsomkostninger vil den hyppigt kontraherende principal primært benytte sig af standardkontrakter, hvorefter individuelt forhandlede krav kan tilføjes efter behov.

Den indsatsorienterede kontraktform begunstiger i højere grad en risikoavers agent i den forstand, at han måles på indsats i arbejdet og ikke på opnåelse af visse milepæle. En sådan kontrakt medfører transaktionsomkostninger i forbindelse med især observation af agenten, fordi moral hazard-problemstillingen ikke bliver behandlet på samme måde som i en resultatorienteret typekontrakt.

Hvis koncipisten vælger en kontraktform, som begrænser graden af moral hazard samtidig med, at medkontrahentens incitament bliver opretholdt gennem fx et bonussystem, kan det siges, at kontrakten indeholder elementer af både indsats- og resultatforpligtelser. På denne måde skabes der incitament for agenten til at yde i principalens interesser, uden at dette er ensbetydende med, at agenten er mødt med for stor risiko. Dog vil det være en betingelse for en sådan kontraktstrukturs virkning, at agenten har en reel indflydelse på den begivenhed, der udløser bonus, da der ellers ingen incitamentsvirkning vil være ved bonusordningen.

Som tidligere berørt i 2.4.2, bevirker den asymmetriske information hos parterne, at man vil være tilbøjelig til ikke at vælge den Kaldor-Hicks-efficiente kontrakt. Mistillid kan komme af tidligere erfaringer, som parterne hver især har gjort sig, og det kan påvirke deres adfærd i det nuværende kontraktforhold. Mismatchet i informationsniveauet øger behovet for kontrahering efter risikoprofil, såfremt man ønsker et langvarigt kontraktforhold. På trods af, at der oftest foreligger situationer, hvor der forekommer asymmetrisk information, vil man i økonomisk øjemed skulle søge at eliminere asymmetrien op til den grænse, hvor transaktionsomkostningerne vil overstige det økonomiske incitament. Hvis det hypotetisk lykkes for parterne at eliminere informationsbarrieren, må det antages, at tillid ikke længere er relevant, da parterne har det fulde overblik og vil kunne forudse hinandens ageren, såfremt den følger de økonomiske incitamenter²⁰¹.

²⁰¹ Dette skyldes, at parterne har samme økonomiske forventninger og samme forventninger til risiko, hvorfor deres værdisætning af forskellige beslutninger vil være ens. Dette forudsætter dog, at parterne er tilnærmelsesvist rationelle.

4.2.1 - Kvasi-renter

Kvasi-renter kan være en målestok for tillid. Hvis kvasi-renter anvendes som et mål for succesfuld kontrahering, må parterne identificere faktorer, som hjælper med genereringen af kvasi-renter.

Kvasi-renter er i vid udstrækning en ukvantificerbar størrelse. Det er dog hermed ikke sagt, at de ikke kan måles og opgøres. Almen fornuft dikterer, at hvis man kender sin medkontrahent godt, vil sandsynligheden for at nå til et godt resultat være væsentligt større, end hvis man ikke kender sin medkontrahent. Det kan i denne forbindelse diskuteres, hvorvidt en eliminering af asymmetrisk information skaber efficiente kontrakter, eller om transaktionsomkostningerne forbundet hermed er for høje. Såfremt man er i stand til at sænke graden af asymmetrisk information, kan man tilnærmelsesvist argumentere for, at parterne vil opleve en generel sænkelse af transaktionsomkostninger – især ved efterfølgende kontrakter de samme parter imellem – eftersom man har opnået et kendskab til sin medkontrahent og kan tilpasse kontrakten herefter.

Med udgangspunkt i Mayer og Argyers²⁰² studie af PC-industriens udvikling fremgår det, at ved det givne eksempel, som fremstilles i artiklen, oplever virksomheder, at man som følge af øget kendskab til hinanden vil kunne være i stand til at tilpasse kontrakten til hinandens behov. Det er her, hvor Dyer og Singh²⁰³ argumenterer for, at der kan skabes kvasi-renter, som øger værdien af kontrakten ud over den åbenlyse kontraktværdi. Dermed sagt strider det mod den almene opfattelse af, at overinvestering²⁰⁴ i et kontraktsamarbejde udelukkende er en dårlig investering i kontraktsamfundet. Derimod kan det selvfølgelig godt gøres gældende, at i kontrakter af kortere natur er det mere sandsynligt, at der ikke vil forekomme en opbyggelse af kvasi-renter, og dermed anses overinvestering som en dårlig investering mere end noget andet.

Generering af kvasi-renter i kontraktsamarbejde kan skabe en fælles referencenorm for parterne, da parterne med øget kendskab til medkontrahenten vil have en forventning om medkontrahentens adfærd i forskellige situationer samt en forventning om medkontrahentens opfattelse af partens egen adfærd. På den måde kan uønsket adfærd forebygges, og øget kendskab mellem parterne kan

²⁰² Kyle J. Mayer og Nicholas S. Argyres: "Learning to Contract: Evidence from the Personal Computer Industry", *Organization Science*, Vol. 15, No. 4, July-August 2004, side 394-410.

²⁰³ Jeffrey H. Dyer and Harbir Singh: "The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage", *The Academy of Management Review*, Vol. 23, No. 4 (Oct. 1998), side 660-679.

²⁰⁴ Det ligger i ordlyden af "overinvestering", at der er tale om et for højt investeringsniveau. I denne sammenhæng vil der dog i højere grad være tale om et investeringsniveau, der fremstår for højt ex ante.

således medføre, at der skabes en ensartning af interesser ud over de strengt økonomiske incitament, der er skabt i kontrakten.

4.3 - Behandlingen af uventede omstændigheder i principal-agent forhold

Nedenfor vil det diskuteres, hvordan uventede omstændigheder kan behandles i kontrakten, og hvordan opbyggelse af kvasi-renter og forening af parter interesser kan være essentielt for, at dette kan lade sig gøre på en effektiv måde.

Behandling af uventede omstændigheder efter FIDICs Silver Book²⁰⁵ kan være med til at sænke den samlede kontraktsum for principalen i den forstand, at de omkostninger, som ellers skulle allokeres til agenten mod compensation, nu kan overtages af principalen mod at kunne sikre sig, at visse omstændigheder ikke vil forekomme. Men som det ligeledes fremgår af Landos²⁰⁶ arbejde med uventede omstændigheder, skal parterne i hvert fald, så vidt det er muligt, identificere muligheden for risikoens indtræden:

“We attempt to make sure that all contractors are aware of all the risks that exist, we will do our damndest to ensure that even the ‘unforeseen risk’ is identified; that could be the weather e.g., we will be sure to include weather conditions in the reference conditions such that we take on the gamble of whether there will be a hurricane, the gambling part we will take on, and generally speaking we will want the contractor to take on the risk that he can control, i.e. even the unforeseen risk, we will ask him to assume a bit of, i.e. we will ask him to take a portion of it, namely the priceable part, he should assume, but the gambling part, the completely unforeseen part, will be ours. ... we will not ask contractors to gamble, that is our business, we might ask him to take on some of the risk but that part would be priceable.”²⁰⁷

Ligesom det forklares i ovenstående citat, forklares det, at den del af kontrakten, agenten kan kontrollere, bør agenten påtage sig. Der kan derfor argumenteres for, at principalen – i dette tilfælde

²⁰⁵ Klausulerne, der foreslås i FIDICs Silver Book, omhandler punkter, der ofte er omgivet af omfattende forhandlinger. Brug af FIDICs Silver Book kan således hjælpe til at sænke transaktionsomkostningerne i en forhandling. Se Jonathan Hosie: “Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get?”, November 2007, s. 6.

²⁰⁶ Henrik Lando: “How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms”.

²⁰⁷ Henrik Lando: “How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms” s. 28-29.

staten – bør påtage sig helt ukalkulerbare risici – hvilket også kan styrke agentens incitament til at opretholde kontrakten. Modsat kan agentens eventuelle judgment-proofness²⁰⁸ kan ligeledes mindske hans incitament til at handle i overensstemmelse med kontrakten.

Til sammenligning med udtalelsen ovenfor kan man diskutere FIDICs klausuler, der behandler uventede omstændigheder. Her tænkes der på Silver Book, art. 4.12, litra a)-c)²⁰⁹, hvor agenten – entreprenøren i dette tilfælde – søger for så vidt muligt at identificere risiko for alle forudsigelige former for omstændigheder, som måtte opstå, og i denne forbindelse har pligt til at mindske sandsynligheden for risikoens indtræden gennem sin ageren. Det er i denne forbindelse, at agenten bør påtage sig risikoen, og som nævnes i Silver Book, art. 4.12, litra b), så påtager agenten sig risikoen for begivenhedens indtræden som følge af litra a). Hvis risikobegrænsende foranstaltninger ikke er en reel mulighed for agenten, bør principalen påtage sig risikoen for derved ikke at hæve den samlede kontraktsum, hvilket stemmer overens med en forventning om, at agenten er mere risikoavers end principalen²¹⁰.

I forhold til generel kontrahering kan det diskuteres, hvorvidt det er muligt at bruge proaktive FIDIC-bestemmelser på andre former for kontrakter. Der er tidligere arbejdet med en tankegang om, at den part, som har mulighed for at begrænse skadens indtræden eller omfang, bør bære risikoen. En tankegang om, at principalen påtager sig risiko for uventede omstændigheder, er dog ligeledes interessant. Problematikken om at sikre agentens incitament for at leve op til kontraktens betingelser, altså styring af moral hazard, er dog stadigvæk evident, og ud fra denne logik vil agenten potentielt ikke have samme incitament til at handle loyalt over for sin medkontrahent, hvis judgment-proofness kan indtræde.

²⁰⁸ Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (Maj 2003), Working Paper 9694, Chapter 3.3. og Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), pp- 1231-1280).

²⁰⁹ "Except as otherwise stated in the Contract

(a) the Contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Works;

(b) by signing the Contract, the Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Works; and

(c) the Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs."

²¹⁰ Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", The Yale Law Journal, Vol. 93, No. 7 (Juni 1984), s. 1235.

Principalen kan ved at sikre agenten mod judgment-proofness dels sørge for, at agentens incitament ikke begrænses af den økonomiske skade, han ikke kan bære, og dels kan en sådan sikring skabe kvasi-renter mellem parterne. Hvis agenten har en opfattelse af, at principalen tidligere har sørget for at stille sikkerhed for agentens eventuelle judgment-proofness, kan dette have en positiv effekt på agentens villighed til at yde en ekstra indsats i kontraktsamarbejdet²¹¹. Dette kan mindske risikoen for moral hazard fremadrettet, fx hvis de samme parter indgår i successive kontrakter. En sådan skabelse af kvasi-renter i kontraktsamarbejdet kan dog medføre en tendens til at gå længere i efterlevelse af kontraktens forpligtelser, end hvad er objektivt efficient, men det kan stadig vise sig givende på den lange bane, hvis skabelsen af kvasi-renter har haft positiv indflydelse på parternes fremtidige samarbejde²¹².

4.3.1 - Forhold uden for parternes indflydelse

I forbindelse med udarbejdelsen af force majeure-klausulen, kan den som tidligere nævnt skrives mere eller mindre indskrænkende. I forhold til at indsnævre force majeure-klausuler begunstiges forhold, hvor parter kan se sin medkontrahents velvillighed til at gennemføre kontrakten. Men hertil kan det ligeledes diskuteres, hvor sandsynligt det vil være, at en advokat råder sin klient til at indskrænke forståelsen af, hvad der menes med force majeure, netop pga. dens omfangsrige natur. Det kan derimod lægges til grund, at principalen i sådan et forhold, som er belyst i Landos arbejde²¹³ med uventede omstændinger, kan forebygge force majeure-begivenheden ved at tilsidesætte midler, så forsinkelsen minimeres.

Force majeure-klausuler kan dog, hvis de er udformet særligt milde, give anledning til misbrug, da en opportunistisk kontraktpart kan tænkes at bruge en sådan klausul til at slække på forpligtelser, hvis byrden herved viser sig større end forventet. Det vil selvsagt være usundt for kontraktsamarbejdet, hvis en kontraktpart bruger ansvarsfraskrivelse som begrundelse for, at der slækkes på forpligtelser op til et niveau, hvor det i sig selv kan opfattes som misligholdelse, men

²¹¹ Dette hænger sammen med den psykologiske mekanisme *reciproke præferencer* eller blot *reciprocitet*. Dette går grundlæggende ud på, at man føler sig forpligtet til at gengælde imødekommende adfærd. For mere om *reciprocitet*, se Leigh Thompson: "The Mind and Heart of the Negotiator", Pearson Education Ltd, 5th edition, 2014, s. 142.

²¹² Dette synspunkt kan sammenlignes med et *Prisoners' dilemma* i gentaget spil, da parterne hver især muligvis kan nyde godt af at vælge *defect* frem for *cooperate*, men at parterne på længere sigt, og samlet set i øvrigt, vil have størst profit ved fortsat samarbejde. For mere om *Prisoners' dilemma*, se Robert Gibbons: "A Primer in Game Theory", 1. udgave, 1992, s. 224 ff.

²¹³ Henrik Lando: "How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms".

hvis kontraktsamarbejdet ikke er et kontinuerligt samarbejde, vil truslen for opsigelse af kontrakten ikke i sig selv være nok til at afholde parterne fra at misligholde.

Denne opportunistiske tankegang kan eksemplificeres ved, at levering af varer fra område A ikke sker, eftersom der i den omkringliggende region opstår krig, hvilket ikke burde have indflydelse på levering af varen. Leverandøren i område A tilbageholder alligevel levering og begrunder det i force majeure. Selvom det vil blive fundet, at der ikke forelå force majeure, og erstatningen ville blive udmålt i henhold til erstatningsbestemmelserne inden for kontrakt, da vil den lidende part stadig stå med omkostninger i forbindelse med at finde en ny leverandør mm. Selvom den lidende part bliver erstattet for en del af disse omkostninger pga. den brydende parts standpunktsrisiko²¹⁴, må det alligevel formodes²¹⁵, at der må være visse ikke-målbare eller ikke-økonomiske omkostninger, som ikke erstattes.

Parterne må realisere, at der er transaktionsomkostninger forbundet med indgåelsen af en force majeure-klausul. Ideelt set bør den kvasi-renteskabende effekt, som force majeure-klausuler har eller burde have, bevirke, at på trods af forekomsten af transaktionsomkostninger, kan force majeure-klausuler være efficiente at indgå. IACCMs rapport²¹⁶ opgør også force majeure som værende et af de top 30 mest forhandlede punkter.

Milde force majeure-klausuler kan i deres form minde om hardship-klausuler, der ikke tager stilling til udefrakommende begivenheder generelt, men begivenheder relateret til materialer mm., som vil gøre kontrakten urentabel for (en af) parterne. Hardship-klausul kan ligeledes potentielt misbruges, da sådanne klausuler konstituerer en udvidet adgang til at undgå bebyrdende forpligtelser. Dette kan især være i forbindelse med situationer, hvor opfattelse af begivenhedens omfang bevirker, at en part påberåber sig hardship, mens den anden part ikke mener, der foreligger hardship.

²¹⁴ Hvis en part gør brug af en misligholdelsesbeføjelse – fx ophæver kontrakten eller tilbageholder levering eller betaling – under påskud af, at medkontrahenten har misligholdt kontrakten, vil parten bære standpunktsrisikoen for, at en domstol vurderer, at kontrakten ikke har været misligholdt af medkontrahenten, da parten i så fald selv har misligholdt kontrakten ved ubegrundet at gøre brug af en misligholdelsesbeføjelse. For mere om standpunktsrisiko, se Andersen og Lookofsky: "Lærebog i obligationsret I", 4. udgave, 1. oplag, 2015, s. 192-194.

²¹⁵ Denne tankegang blev bearbejdet i 2.5.2.

²¹⁶ Rapport kan hentes her: <https://www2.iaccm.com/resources/?id=7619> (s. 3).

Hertil kan brugen af UNIDROIT Principles som det juridiske værn hjælpe parterne til at se, hvornår en situation kan siges at være hardship²¹⁷. Eksempelvis kan hardship forekomme i brancher, hvor verdensmarkedsprisen er varierende, eller på områder med stor politisk ustabilitet. Såfremt en given kontrakt er underlagt en valuta, der er svingende i kurs, kan man oprette klausuler, såsom valutaklausuler, for at tage hånd om udsving i den valgte valuta. UNIDROIT Principles forklarer dog, at genforhandling ikke kan påberåbes i tilfælde, hvor der allerede foreligger en klausul, som tager højde for markante ændringer i kontraktforholdet. Altså følger dette principperne i dansk obligationsret og er på linje med *parol evidence*-reglen.

4.4 - Valget mellem en simpel og en udførlig kontraktform

Når kontraktparter skal indgå en kontrakt, vil der være mange overvejelser, der skal gøres, omkring bl.a. allokering af risiko. Hvis der ses bort fra omkostningerne forbundet med forhandling og koncipering af en kontrakt, vil en kontrakt være konciperet optimalt, hvis alle tænkelige og utænkelige risici er allokeret og kompenseret optimalt i kontrakten. Problemet er, at transaktionsomkostningerne forbundet med forhandling og koncipering ofte er en væsentlig faktor ift. den værdi, der kan hentes i kontrakten. Derfor vil det i praksis ofte være at foretrække at minimere transaktionsomkostningerne forbundet med forhandling og koncipering så vidt muligt, hvis fx kontrakten har begrænset værdi eller er ikke-kontinuerlig. Dette kan fx gøres ved at koncipere en *simpel kontrakt*, hvorefter man nøjes med at forhandle og indskrive de mest nødvendige aspekter i kontrakten, så som pris, specifikation af produktet, leveringstidspunkt og lignende, mens eventuelle indtrædende begivenheder må tages hen ad vejen. Modsat ser man ofte i kontrakter af meget stor værdi, at disse er formuleret enormt udførligt og detaljeret, hvilket kan begrundes i flere ting – den vigtigste begrundelse må dog være, at kontraktens meget store værdi har gjort en *udførlig kontrakt* rentabel.

Valget mellem hhv. en simpel eller en udførlig kontraktform vil således bero på en overvejelse omkring den forventede profit sammenholdt med transaktionsomkostninger forbundet med forhandling og koncipering af kontrakten. Hvis parterne investerer lavt i kontraktforhandlingen,

²¹⁷ I UNIDROIT Principles, art. 6.2.2. ses en definition af hardship. UNIDROIT giver selv nogle eksempler på, hvornår en begivenhed kan være hardship, se <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1058-article-6-2-2-definition-of-hardship>.

altså bliver enige om at koncipere kontrakten som en simpel, overordnet kontrakt uden detaljeret gennemgang af diverse usandsynlige eventualiteter og afledte forpligtelser, kan der imidlertid medføre en fare for, at moral hazard-problemstillingen finder relevans og påvirker kontraktforholdet. Dette vil især være tilfældet, hvis parternes individuelle interesser – og således parternes individuelle incitament, da disse er afledt heraf – er væsentligt forskellige fra hinanden. Sammen med transaktionsomkostninger bør moral hazard-problemstillingen derfor ligeledes opvejes med den forventede profit, når parterne skal vælge, hvor meget de vil investere i kontraktforhandlingen.

4.4.1 - Pathclearer

Pathclearer²¹⁸ er en artikel skrevet om en fremgangsmåde, som kan anvendes til koncipering af simple kontrakter. Pathclearer blev udarbejdet hos en lille advokatvirksomhed, Scottish and Newcastle (S&N), som modsvar på en tidligere anvendt praksis, hvor de anvendte udførligt konciperede kontrakter, hvilket gjorde, at tids- og ressourceforbruget på hver kontrakt var meget stort pga. store mængder papirarbejde. I Pathclearer stilles spørgsmål ved, hvad formålet med kontrakter er. De fleste ville nok svare, at kontrakter er til for at sikre en part nogle rettigheder, som ikke ville kunne håndhæves uden en kontrakt, hvilket overordnet set må være korrekt, men i visse tilfælde kan håndhævelse være besværligt, og ofte er truslen om retlig håndhævelse ikke det bedst egnede middel til at sikre opfyldelse af kontraktlige forpligtelser²¹⁹.

Det argumenteres i Pathclearer, at lange, udførlige kontrakter, ud over at være dyre at indgå, er meget tidskrævende at indgå, hvilket er dårligt for forretningen. Desuden vil kontrakten blive sværere og sværere at forstå og have overblik over, jo længere og mere udførlig den er, hvilket vil medføre en risiko for, at parterne ikke til fulde har forstået den aftale, de har indgået. Dette vil igen medføre advokatombkostninger efter kontraktindgåelsestidspunktet til at dekomponere kontrakten for at forstå, på hvem forskellige risici og forpligtelser hviler. Forfatterne til Pathclearer udelukker dog ikke, at udførlige kontrakter ikke kan være fordelagtige at benytte i visse tilfælde, men argumenterer for, at udgangspunktet bør være den simple, overordnede kontraktform.

²¹⁸ Weatherley og Bargeton: "Pathclearer", S&N Group Legal, Law Department Quarterly (Oct.-Dec. 2005).

²¹⁹ "There may be more effective ways for businesses to ensure that they get the deals they have been promised", Weatherley og Bargeton: "Pathclearer", S&N Group Legal, Law Department Quarterly (Oct.-Dec. 2005), s. 40.

Det argumenteres desuden i Pathclearer, at begge parter i et kontinuerligt samarbejde må have interesse i at opretholde kontrakten, hvis de begge opnår værdi i kontrakten – hvis ikke de gør, vil håndhævelse af forpligtelser være besværlig, uanset om der foreligger en udførlig kontrakt eller ej. Det diskuteres i denne sammenhæng ligeledes, hvilken interesse en part vil have i at tvinge sin medkontrahent til at opfylde en forpligtelse, som denne ikke ønsker at opfylde. I bedste fald vil det lykkes parten at få sin medkontrahent til at opfylde en uhensigtsmæssig eller særligt byrdefuld forpligtelse, men med minimal tilladt indsats (fx med mindre erfarent personale eller lavere kvalitet end normalt), og i værste fald må medkontrahenten tages for retten²²⁰, hvilket er besværligt, dels pga. de hertil forbundne omkostninger og besværligheder, og dels pga., at domstolene kan være tilbageholdende med at gøre uhensigtsmæssige kontrakter gældende²²¹.

Kontraktparterne vil derfor, såfremt samarbejdet er i begge parters interesse, have incitament til handle loyalt over for medkontrahenten, uanset om der foreligger en formel kontrakt eller ej. Hvis kompensationen for en forpligtelse ikke længere er tilstrækkelig, vil parterne, såfremt de er rationelle, have større incitament til at søge at udligne denne skævvridning, end de vil have til at søge at håndhæve kontrakten ved en domstol, da dette vil ødelægge et kontinuerligt samarbejde, som begge parter har interesse i at opretholde. Derfor har kontraktens udførlighed ikke nogen afgørende betydning for, om en kontraktpart handler loyalt eller ej, da han vil handle i overensstemmelse med kontraktens interesser, såfremt det stadig er i hans interesse at indgå i kontraktsamarbejdet.

Såfremt en kontraktpart klart udtrykker over for medkontrahenten, hvis det ikke længere kan betale sig at handle efter kontraktens interesse, vil medkontrahenten kunne øge kompensationen herfor, så længe dette kan betale sig. På denne måde har parterne, såfremt det er forholdsvist omkostningsfrit at videregive og modtage sådan information²²², mulighed for at foretage en pareto-forbedring af kontrakten, hvilket harmonerer med Coase-teoremet.

²²⁰ Weatherley og Bargeton: "Pathclearer", S&N Group Legal, Law Department Quarterly (Oct.-Dec. 2005), s. 41.

²²¹ Der vil dog være en relativt høj bagatelgrænse i dansk ret, før fx AFTL § 36 kan finde anvendelse, hvilket hænger sammen med domstolenes tilbageholdenhed med at anvende denne i erhvervsforhold.

²²² At det er "forholdsvist omkostningsfrit at [...] modtage [...] information", er et udtryk for, at der ikke er nævneværdig asymmetrisk information mellem parterne, hvilket er en betingelse for at gøre en pareto-forbedring mulig, jf. Coase-teoremet.

4.4.2 - Macaulay

Ifølge Macaulay²²³ har formelle kontrakter begrænset funktion i praksis. Macaulays artikel er skrevet på baggrund af en række interviews med erhvervsledere inden for køb og salg i forskellige brancher. Ud fra denne undersøgelse udledte Macaulay nogle tendenser, som overordnet lød på, at kontrakter primært er en nedskrivning af den enighed, som parterne er nået til, men at kontrakter ofte er efterladt vage og ukomplette for at undgå splid på et tidligt tidspunkt. På trods af dette vil det sjældent være i rationelle parter interesse at påberåbe sig klausuler i kontrakten for at gennemtvinge en forpligtelse eller lignende. Som en af de adspurgte sagde:

*”if something comes up, you get the other man on the telephone and deal with the problem. You don’t read legalistic contract clauses at each other if you ever want to do business again. One doesn’t run to lawyers if he wants to stay in business because one must behave decently.”*²²⁴

Macaulays undersøgelse giver således, ligesom ræsonnementet bag Pathclearer i høj grad har været, anledning til at opfatte kontrakten som et juridisk værktøj, der kun har begrænset betydning ift. virksomhedens ageren i et kontraktforhold.

Samtlige af de adspurgte parter i Macaulays undersøgelse opfattede ikke annuliation af ordrer mv. som kontraktbrud, der måtte medføre juridiske sanktioner, selvom en sådan opfattelse ofte vil kunne udledes ud fra et juridisk perspektiv. Som en af de adspurgte svarede:

*”You can’t ask a man to eat paper [virksomhedens produkt] when he has no use for it.”*²²⁵

Macaulay interviewede desuden en række jurister, som fortalte, at deres klienter ofte bagatelliserede forhandling om svære emner såsom visse risikoallokeringsproblemer, ansvarsfraskrivelser og lignende, fordi de stolede på medkontrahenten, mens juristerne slet ikke så det som et tillidsspørgsmål, men snarere et forsøg på at sikre enighed om aftalegrundlaget. Ud fra Macaulays artikel ses altså en markant forskel på erhvervsfolks og juristers indgangsvinkel til kontrakter som koncept – erhvervsfolk ser på kontrakten som et juridisk bagvedliggende dokument, der kan graves frem i det sjældne tilfælde, hvor uenighed ikke kan løses, men at de i praksis meget sjældent findes

²²³ Stewart Macaulay: “Non-contractual relations in business”, American Sociological, Review, Vol. 28, No. 1, February, 1963.

²²⁴ Stewart Macaulay: “Non-contractual relations in business”, American Sociological, Review, Vol. 28, No. 1, February, 1963, s. 11.

²²⁵ Stewart Macaulay: “Non-contractual relations in business”, American Sociological, Review, Vol. 28, No. 1, February, 1963, s. 10.

relevante, da de fleste konflikter kan løses mellem fornuftige parter – især hvis parterne har tillid til hinanden på forhånd. Jurister ser derimod på kontrakten som et strengt nødvendigt dokument, dels for at sikre enighed, men også for at sikre rettigheder.

I Macaulays artikel understreges normdannelse mellem parter som en væsentlig faktor, når korrekt adfærd bestemmes i et kontraktforhold²²⁶. Ofte har købs- og salgsagenter, der handler sammen, kendt hinanden i mange år, og på denne måde skabes en relation ud over kontraktforholdets erhvervsmæssige grundlag. Der skabes således en fælles referenceramme i længerevarende kontraktforhold mht. korrekt adfærd, og det vil i højere grad være afvigelse fra denne normbaserede adfærd, der kan føre til kontraktuelle stridigheder, end adfærd, der ikke følger kontraktens ordlyd. På denne måde falder kontraktdokumentets betydning i takt med, at der skabes kvasi-renter mellem parterne.

4.4.3 - Hadfield & Bozovic

I Hadfield & Bozovic' artikel²²⁷ (fremover "Scaffolding") laver forfatterne en undersøgelse i stil med Macaulay, hvor relevante erhvervsledere inden for forskellige brancher interviewes for at undersøge, om Macaulays resultater stadig holder. Konklusionen i Scaffolding er kort sagt, at Macaulays tese om, at erhvervsfolk ikke anvender den formelle kontrakt i praksis, og at der lægges vægt på mange andre ting end den formelle kontrakt, når to parter indgår i en samarbejdsrelation, i en vis grad stadig er gældende i dag. Dette er primært rammende, når der kigges på virksomheder, der benytter eksterne samarbejdsrelationer på en traditionel måde, men hvor virksomhedens innovation ikke er afhængig af eksterne samarbejdsrelationer – sådanne kontraktforhold kan fx være kontrakter inden for køb og salg og lignende (ikke-innovative kontrakter)²²⁸. I Scaffolding tillægges dog endnu et perspektiv til Macaulays undersøgelse, idet moderne virksomheder, hvis innovation afhænger af de eksterne samarbejdsrelationer, virksomheden engagerer sig i, ifølge undersøgelsen

²²⁶ Se Stewart Macaulay: "Non-contractual relations in business", American Sociological Review, Vol. 28, No. 1, February, 1963, s. 13-14.

²²⁷ Hadfield & Bozovic: "Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation", University of Southern California Law Review, January, 2012.

²²⁸ Adspurgte virksomheder i Scaffolding, der opererer med ikke-innovative kontrakter, vil fremover omtales som "ikke-innovative virksomheder".

fandtes at investere langt mere i kontraktforhandlingen (innovative kontrakter)²²⁹. Sådanne virksomheder fandtes desuden at anvende den formelle kontrakt væsentligt mere i løbet af kontraktsamarbejdet, end den anden virksomhedsgruppe fandtes at gøre. Som en adspurgte i den innovative virksomhedsgruppe sagde:

*”I don’t want to do business without a contract [...] If you’re going to invest in something, even if we are putting our time into it, I have to understand who is going to own what and how it’s going to be [...] how the future rights are going to be handled”*²³⁰

Hadfield & Bozovic’ egen forklaring på, at innovative virksomheder investerer mere i den formelle kontrakt end ikke-innovative virksomheder, lyder først og fremmest på, at der er langt større usikkerhed forbundet med innovative kontrakter mht. forpligtelser, herunder hvornår der opstår misligholdelse. Investering i kontraktforhandling sker således i højere grad for at præcisere parternes individuelle forpligtelser, hvornår misligholdelse kan påberåbes mv., end for at fraskrive sig ansvar eller at ”vinde” forhandlingen. Dette forklarer også, hvorfor de innovative virksomheder, som undersøgelsen indikerer, anvender den formelle kontrakt væsentligt mere i løbet af kontraktsamarbejdet end ikke-innovative virksomheder. Som en adspurgte i den innovative virksomhedsgruppe sagde:

*“[Contracts] are frequently revisited to understand your own obligations and the other party’s obligations [...] I would frequently analyze the contract if something we are considering doing complies with our relationship [...]”*²³¹

Undersøgelsen viser således, at visse virksomheder bruger den formelle kontrakt kontinuerligt og altså ikke kun indledningsvist som en manifestation af den oprindeligt forhandlede aftale.

Som det blev forklaret under 4.4.2, vil parterne efter Macaulays tese benytte fælles normer frem for den formelle kontrakt som referenceramme, når den korrekte adfærd bestemmes. I innovative kontraktsamarbejder vil parterne dog ofte ikke have sådanne fælles normer – eller i hvert fald

²²⁹ Adspurgte virksomheder i Scaffolding, der opererer med innovative kontrakter, vil fremover omtales som ”innovative virksomheder”.

²³⁰ Hadfield & Bozovic: “Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation”, University of Southern California Law Review, January, 2012, s. 22.

²³¹ Hadfield & Bozovic: “Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation”, University of Southern California Law Review, January, 2012, s. 22.

frygte, at medkontrahenten vil handle anderledes – hvilket kan begrundes i, at parterne ikke ved, hvad der vil komme til at ske, da det innovative kontraktsamarbejde pr. definition omfatter et område, som parterne ikke har stor erfaring med. En anden referenceramme end fælles normer er således nødvendig, når den korrekte adfærd skal bestemmes. Som alternativ til fælles normer viser resultaterne i Scaffolding, at den juridiske terminologi i stedet benyttes som referenceramme²³², da denne – såfremt der er investeret tilstrækkeligt i kontraktforhandling, således at kontraktens bestemmelser er klare og utvetydige – sikrer en nogenlunde objektiv fortolkning af kontraktens bestemmelser, således at parterne er enige om, hvornår misligholdelse kan påberåbes.

Virksomheders samarbejdsrelationer er i dag mere komplicerede, end det blev udlagt i Macaulays artikel. Ifølge Scaffolding vil en simpel indgangsvinkel til kontraktforhandlingen, som de fleste interviewede parter i Macaulay var tilhængere af, stadig være fordelagtig inden for visse samarbejdstyper, men overordnet set er virksomheders kontraktuelle samarbejder forbundet med en sådan kompleksitet, at en udførlig kontrakt ofte er bestræbelserne værd på trods af de øgede transaktionsomkostninger.

4.5 - Diskussion

Som Pathclearer, Macaulay og Scaffolding forklarer, findes der andre muligheder end at tage sagen for retten, når kontraktparter skal løse en konflikt. At en kontraktpart vælger at optrappe en konflikt ved at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, fx ved at opsige kontrakten og tage medkontrahenten i retten for erstatning, vil give denne part en mulighed for at genvinde noget af det, som parten har tabt på den påståede misligholdelse, men denne mulighed kommer med andre store omkostninger. For det første vil der være en standpunktsrisiko forbundet med at gøre en misligholdelsesbeføjelse gældende. For det andet vil der være visse omkostninger forbundet med at tage en kontrakt for retten ud over de juridiske omkostninger, såsom tab af omdømme²³³ samt tab af det pågældende kontraktsamarbejde, som parten ellers kunne have haft interesse i at forblive i.

²³² Hadfield & Bozovic: "Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation", University of Southern California Law Review, January, 2012, s. 22-23.

²³³ Som en af de adspurgte i Scaffolding (s. 24) sagde: "[...] the minute you open litigation, you've put in this time delay. [Moreover] if [your customers see you involved in all kinds of legal problems, they start to wonder] 'what's going on?' [...] then they [decide] 'I'm not going to do business with them.' If somebody views you as high-risk – it's absolutely deadly for small companies to start up in anything to do with litigation [...]". Denne person var tilhænger af en simpel indgangsvinkel til kontrakter i stil med hovedparten af de adspurgte i Macaulays undersøgelse. For mere, se Hadfield & Bozovic: "Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation", University of Southern California Law Review, January, 2012, s. 24.

Disse omkostninger kan skabe incitament hos en lidende kontraktpart til at søge at løse en konflikt på loyal vis i stedet for at bryde en kontrakt pga. påstået misligholdelse²³⁴.

4.5.1 - Ankereffekt

At en kontrakt er konciperet på en meget detaljeret måde, vil betyde, at parternes ansvar, forpligtelser og roller vil være tydeligt tegnet op, og derfor risikeres det, at parterne vil være uvillige til at fravige fra den indgåede kontrakt. En udførlig kontrakt kan således give en part et indtryk af, at alle essentielle forhold for kontrakten på rimelig vis er aftalt og indskrevet i kontrakten, hvorfor denne part kan være modvillig til at lade medkontrahenten fravige fra en aftalt forpligtelse. Hvis kontrakten havde været efterladt åben med en fælles forståelse af, at senere indtrædende omstændigheder måtte forhandles på et senere tidspunkt, ville parterne have en mere åben tilgang til denne konfliktløsning²³⁵. Dette hænger sammen med en formodning om, at jo mere advokatbistand den oprindelige kontraktforhandling og -koncipering har krævet, jo mere advokatbistand er krævet for at dekomponere kontrakt igen for at forstå, på hvem de forskellige forpligtelser og risici hviler. Jo flere komponenter, der er forhandlet i den oprindelige kontrakt, jo flere punkter vil der ligeledes være at være uenige om, når kontrakten genlæses efter konfliktens opståen. En udførligt konciperet kontrakt kan således ende som et anker, der hindrer en åben tilgang til konfliktløsning, fx fordi en konkret risiko er allokeret på en bestemt måde, som senere har vist sig uhensigtsmæssig pga. en uventet omstændighed.

En fælles forståelse for senere konfliktløsning frem for, at parterne hver især forsøger at gennemtvinge ansvarsfordeling mv. ud fra egne interesser, kan således, ud over at have den positive følgevirkning at sænke transaktionsomkostninger, modvirke en konflikt allerede på forhandlingsstadiet, hvilket kan vise sig nødvendigt for, at kontrakten overhovedet bliver indgået til at starte med²³⁶. Der kan dog argumenteres for, at uklarhed i kontrakten omkring fordeling af ansvar mv. kun er ønskværdigt, når der reelt er usikkerhed om, hvordan ansvarsfordelingen skal være,

²³⁴ "[...] contract breach is penalized by the loss of a valuable relationship or reputational harm.", Hadfield & Bozovic: "Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation", University of Southern California Lder w, January, 2012, s. 25.

²³⁵ Denne åbenhed kan dog ikke nødvendigvis formodes, når en parts culpøse adfærd har haft betydning for omstændighedens påvirkning på aftalen.

²³⁶ Dette udtrykkes også af Posner: "Deliberate ambiguity may be a necessary condition of making the contract [...] It is a form of compromise, like "agreeing to disagree".", Richard A. Posner: "The Law and Economics of Contract Interpretation", November 5, 2004, s. 4.

såfremt den givne (usandsynlige) begivenhed opstår og påvirker aftalen, men at uklarhed derimod ikke kan være efficient blot for at minimere transaktionsomkostninger²³⁷.

Hvis en uventet omstændighed har påvirket et kontraktforhold således, at en af parterne ønsker genforhandling, kan villigheden hertil i øvrigt påvirkes af parternes individuelle opfattelse af den oprindelige forhandlingsinvestering. Hvis investering i genforhandling af en given bestemmelse opfattes som en forøgelse af den oprindelige investering i forhandling af den givne bestemmelse, kan den oprindelige investering fungere som et anker, der gør den givne part modvillig til at forøge investeringen. Argumentet herfor er det samme som ovenfor, hvor en part kan være modvillig til at genforhandle bestemmelser, der allerede har været igennem intensiv forhandling i den oprindelige kontrakt. Hvis den oprindelige forhandlingsinvestering derimod anskues som en *sunk cost*, bør den ikke påvirke parternes villighed til at investere i genforhandlingen, hvis uventede omstændigheder bevirker, at den oprindelige risikoallokering og kompensation ikke er optimal.

4.5.2 - Signalværdi

Såfremt parterne er rationelle, må det antages, at deres handlinger ift. medkontrahenten følger de økonomiske incitamenter, som samarbejdsrelationen skaber. Hvis kontraktparterne er afhængige af hinanden for at maksimere profit, vil deres interesser være ensartede, hvorfor parterne har incitament til at handle i overensstemmelse med kontraktsamarbejdets interesse²³⁸. Hvis en part ikke (længere) ønsker at opfylde en forpligtelse, må det således være et udtryk for, at kompensationen herfor ikke (længere) er tilstrækkelig, hvilket fx kan skyldes en indtrådt begivenhed, der har øget omkostningerne eller gjort forpligtelsens opfyldelse mindre værdifuld ift. den samlede værdi af kontrakten. At en part ikke ønsker at opfylde en given forpligtelse, fungerer således som et signal over for medkontrahenten om, at kontraktværdien er skævvredet, fx pga. uventede omstændigheder. Såfremt parterne begge har interesse i at opretholde samarbejdet, fordi der fortsat er værdi at hente i kontrakten, bør parterne ud fra et profitmaksimeringsperspektiv genforhandle risiko og kompensation i stedet for at tage sagen for retten.

²³⁷ Dette udtrykkes bl.a. af Hart & Moore: "[...] looseness is desirable only to the extent that there is genuine uncertainty about what should happen.", Hart & Moore: Agreeing Now to Agree Later: Contracts that rule out but do not rule in, National Bureau of Economic Research, March, 2004, s. 4.

²³⁸ Dette udtrykkes også i Scaffolding: "When both parties depend on each other to achieve joint-profit maximizing outcome, the self-interest of the contracting partners is aligned with the goals of the cooperation.", Hadfield & Bozovic: "Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation", University of Southern California Lder w, January, 2012, s. 25.

4.5.3 - Opportunistisk adfærd

Der kan argumenteres for, at hvis en part har påtaget sig al øvrig risiko, såfremt medkontrahenten opfylder visse betingelser til agtpågivenhed, vil parten have kalkuleret ukvantificerbar risiko samt risiko for uventede omstændigheder ind i den aftalte compensation, hvilket medkontrahenten har accepteret qua aftaleindgåelsen. Efter denne tankegang bør indtræden af uventede omstændigheder derfor kun i ekstreme tilfælde retfærdiggøre en ændring af kontrakten. Dette synspunkt synes særligt at have relevans ift. kontrakter, som har en vis udførlighed, da disse overvejelser ikke nødvendigvis kan antages at være gjort, hvis kontrakten er meget simpel og ”billigt” konciperet. Hvis den generelle formodning omvendt har været, at uventede omstændigheder retfærdiggør en justering af kontrakten, kan dette føre til opportunistisk, spekulativ adfærd, da en part i så fald vil kunne tage sig visse chancer, fx påtage sig al uspecificeret risiko mod betaling, for så at påberåbe sig ansvarsfrihed ved indtræden af uventede omstændigheder. For at modvirke sådanne tilfælde ses bl.a. i FIDICs Silver Book, klausul 4.12 (c)²³⁹ en bestemmelse, der siger, at uventede omstændigheder eller uventede omkostninger ikke i sig selv kan føre til en justering af den aftalte kontraktpriis.

4.5.4 - Risikoaversions betydning for valg af kontraktudførlighed

Særligt risikoaverse parter kan formodes ikke at bryde sig om at indgå en kontrakt, som ikke giver denne part en klar forventning (og dermed en sikkerhed) for, hvordan kontraktsamarbejdet vil tage sig ud i fremtiden. Det kan fx være tilfældet, hvis tidsperspektivet, ansvar for uventede omstændigheder, opsigelsesvarsler eller lignende ikke er aftalt. Denne part kan tænkes at være modvillig til at overlade sådanne eventualiteter til senere konfliktløsning, især hvis der endnu ikke er etableret tillid mellem parterne. Hvis konciperingen af kontrakten tilmed primært tilfalder denne risikoaverse part, fx som en adhæsionskontrakt, vil kontrakten underlægges en restriktiv fortolkning efter uklarhedsreglen, hvilket kan øge den konciperende parts risikoaversion yderligere ift. at koncipere kontrakten på en simpel og overordnet måde. Dette kan skabe incitament for den konciperende part, såfremt han er risikoavers, til at investere for meget – objektivt set – i kontraktforhandlingen og –konciperingen. Det kan således vise sig nødvendigt at medtage overvejelser om risikoaversion, når kontraktudførligheden skal bestemmes.

²³⁹ “The Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs.”

4.5.5 - *Parol evidence*-reglens betydning for valg af kontraktudførlighed

Hvis *parol evidence*-reglen finder anvendelse på en kontrakt, kan dette muligvis have betydning for kontraktparternes valg af investeringsniveau i kontraktforhandlingen. Hvis parterne risikerer at skulle indestå for en risiko, der ikke specifikt er behandlet i kontrakten, men som alligevel er omfattet af en generel bestemmelse i kontrakten, kan kontrakten stadig fremstå komplet, hvorfor bestemmelsen som udgangspunkt ikke kan tilsidesættes. Dette kan skabe incitament hos parterne til at investere yderligere i kontraktforhandlingen for at sikre sig mod en sådan situation²⁴⁰, og hvis dette kombineres med risikoaversion, kan dette incitament øges yderligere. Således kan *parol evidence*-reglen, ligesom uklarhedsreglen og risikoaversion, potentielt føre til en overinvestering i kontraktforhandlingen.

4.6 - Afrunding

Forening af parter interesse i kontrakter mindsker graden af moral hazard, som kan forekomme i et kontraktforhold. I forbindelse med arbejdet vedr. mindskelse af moral hazard-problemet, er det derfor vigtigt at bibeholde incitamentsstrukturen, som kontrakten skaber. Denne incitamentsstruktur skævvrides, når uventede omstændigheder i forbindelse med udførelsen af kontrakten indtræder og påvirker agentens incitament til at handle i overensstemmelse med kontrakten. Det kan derfor være nødvendigt at indskrive klausuler, som kan behandle problemstillinger vedr. uventede omstændigheder, og som søger at genoprette incitamentet til at opretholde kontrakten. Det er dog ligeledes vigtigt i et kontraktforhold for ikke at hæve kontraktens pris uforholdsmæssigt, at allokering af risiko sker ud fra en tankegang om, hvad hver part har mulighed for at identificere og påvirke. Ud fra en risikoallokeringstankegang, bør risikoen derfor allokeres til den part, der er nærmest til at påvirke og mindske risikoen og følgeomkostningerne ved begivenheden. Hvis risikoen er umulig at forudse eller påvirke, bør principalen efter denne tankegang påtage sig risikoen for at sikre, at agenten har incitament til at opretholde kontrakten. Oparbejdelse af kvasirenter kan ligeledes skabe incitament for agenten til at handle i overensstemmelse med principalens interesser.

²⁴⁰ Som et eksempel på en sådan sikring kan nævnes ICCs standardklausul om force majeure, hvorefter alle tænkelige scenarier af force majeure-karakter opstilles. Fx nævnes følgende forekomster af "acts of God": "[e] act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought;". ICC Force Majeure Clause 2003, art. 3 [e].

Hvorvidt et givent kontraktforhold egner sig bedst til en simpel eller en udførlig kontrakt, afhænger dog af andre ting end blot omkostninger forbundet med forhandlingen sammenholdt med det forventede afkast, samarbejdet måtte medføre. Hvis fx samarbejdet omhandler et komplekst område, kan det risikeres, at der senere vil opstå uenighed om ansvarsfordelingen, hvis parterne har valgt en simpel kontraktform til at konstituere samarbejdet. Omvendt vil en meget udførlig kontrakt på et område, hvor samarbejdet har en mere simpel karakter, have en risiko for at forvirre parterne mere end at gavne dem, da kontraktparter har en tendens til at fortolke kontraktbestemmelserne til deres egen fordel. Desuden vil forhandling om alle tænkelige eventualiteter medføre en risiko for, at der opstår splid mellem parterne allerede på kontraktindgåelsesstadiet, hvilket, ud over at øge transaktionsomkostningerne yderligere grundet mere tidskrævende forhandling, kan ødelægge samarbejdet, inden det overhovedet går i gang. Den optimale kontraktform – simpel eller udførlig – kan således ikke afgøres generelt uden at kigge på det konkrete samarbejde, da samarbejdets karakter og kompleksitet har afgørende betydning.

Konklusion

Kontraktefficiens kommer ikke af sig selv. Der er mange overvejelser, kontraktparterne skal gøre sig, når de skal forhandle og koncipere en kontrakt. Transaktionsomkostninger, herunder omkostninger forbundet med at nedbringe asymmetrisk information mellem parterne, kan true parternes muligheder for at forhandle en efficient kontrakt – især hvis parterne ikke anerkender og forstår betydningen af transaktionsomkostninger og asymmetrisk information på et kontraktforholds efficiens.

Moral hazard er ligeledes en trussel for kontraktens efficiens, da tilstedeværelsen af moral hazard indebærer, at mindst en part ikke handler i overensstemmelse med kontraktens interesse – eller, at medkontrahenten i hvert fald frygter, at dette sker. Det er således i parternes interesse, at kontrakten skaber de rette incitamenter til loyal adfærd, hvis fx observation af medkontrahentens indsats er umulig eller forbundet med store omkostninger. Hvis det primært er den ene part, der skal levere en ydelse andet end penge – altså et principal-agent-forhold – vil det være op til principalen at skabe incitament hos agenten. Principalen bør i denne forbindelse overveje hvilken kontrakttype, der er bedst til at skabe incitament hos agenten samtidig med, at valget af kontrakttype ikke overfører for megen risiko til agenten i forhold til hans risikoaversion. Dette vil nemlig medføre en kompensation til agenten, der er forholdsmæssigt for stor sammenlignet med principalens egen værdisætning af risikoen. De overordnede kontrakttyper, principalen kan vælge imellem, er indsatsorienterede kontrakter, resultatorienterede kontrakter samt kombinationer af disse typer, hvis en indsatsorienteret kontrakt fx er tillagt en bods- eller bonusordning, som i sig selv er et resultatorienteret element.

Risikoallokering har i sig selv en incitamentsskabende effekt. At skabe incitament til loyal adfærd hos medkontrahenten kan således være en fornuftig tilgang til risikoallokering. Dog bør parterne bestræbe sig på at identificere sin egen og medkontrahentens risikoprofil, da en væsentlig forskel i risikoaversionsniveau kan nødvendiggøre, at den mest risikoneutrale part påtager sig størstedelen af risikoen, da kompensation herfor ellers vil være uforholdsmæssigt stor. Hvis ikke risikoallokeringen

er gjort på dette grundlag, kan det ligeledes føre til, at den risikoaverse, ansvarspålagte part har et for stort incitament til at begrænse risiko, hvilket ikke er efficient ift. kontraktsamfundet.

Hvis kontrakten har mistet sin efficiens som følge af uventede omstændigheder, vil det være i parternes interesse enten at bryde kontrakten eller at indgå i genforhandling. Valget mellem at bryde kontrakten og indgå i genforhandling, såfremt parterne ikke er bundet til at genforhandle kontrakten gennem en genforhandlingsklausul, vil bero på dels strengt økonomiske incitamenter, og dels på en vurdering af ikke-økonomiske forhold. De ikke-økonomiske forhold vil i denne forbindelse kunne være en følelse af forurettelse, som vil tale for at bryde kontrakten, og oparbejdede kvasi-renter mellem parterne, som vil tale for at indgå i genforhandling. De strengt økonomiske incitamenter vil derimod kunne udregnes ud fra, om det efter privatøkonomiske forhold stadig bedst kan betale sig at bryde kontrakten, efter erstatning er betalt.

Hvis kontrakten har mistet sin efficiens som følge af uventede omstændigheder, vil der være en risiko for, at (en af) parterne er bundet af bestemmelser i den oprindelige kontrakt, som pga. den uventede omstændigheds indtræden er blevet uhensigtsmæssige. Dette kan føre til kontraktretlige stridigheder, hvis den ene part ønsker at genforhandle disse bestemmelser, mens den anden ikke gør. Kontraktens eventuelle justering ved en domstol vil her ske primært efter fortolknings- og udfyldningsreglerne i dansk ret – i ekstreme tilfælde AFTL § 36 eller forudsætningslæren. I engelsk ret vil *parol evidence*-reglen sætte en begrænsning for domstolenes muligheder for at udfylde kontrakten, hvis kontraktens ordlyd allerede omfatter den indtrådte omstændighed.

For at undgå, at parterne ender for retten pga. uventede omstændigheder, kan parterne indskrive force majeure-, hardship-, og genforhandlingsklausuler i kontrakten. Disse binder parterne til at genforhandle, når uventede omstændigheder indtræder og skævvrider kontraktens efficiens. Om end viljen til at genforhandle loyalt kan være påvirket af påstået culpa hos medkontrahenten, kan indgåelse af sådanne klausuler have en kvasi-rente-skabende effekt, da parterne med disse klausuler allerede på kontraktindgåelsestidspunktet forpligter sig selv til at søge at løse senere konflikter på en måde, så kontraktsamarbejdet kan bestå.

For at begrænse transaktionsomkostninger kan kontraktparterne lade kontrakten underligge generelle standardvilkår, *agreed documents* eller *lex mercatoria*. Parterne kan ligeledes vælge at indgå en simpel, overordnet kontrakt med en fælles forståelse af, at senere indtrådte omstændigheder løses på et senere tidspunkt – og at kontrakten i værste fald må fortolkes og udfyldes af en domstol, hvis konflikten ikke kan løses og derfor ender for retten. Problemet med standardvilkår og med simple kontrakter – især hvis disse er ensidigt konciperet som en *adhæsiionskontrakt* – er, at disse er underlagt visse fortolkningsregler, som tilgodeser den svage part i forholdet. Uklarhedsreglen anvendes i denne forbindelse til restriktiv fortolkning mod koncipisten under den formodning, at koncipisten selv er nærmest til at bære risikoen for, at en bestemmelse er formuleret på en uklar eller uhensigtsmæssig måde.

Den samlede vurdering af, om en kontrakt bør konciperes som en simpel eller udførlig kontrakt, er med andre ord et udtryk for, hvor meget parterne vælger at investere i kontraktforhandlingen. Denne afvejning sker på baggrund af mange faktorer, hvoraf den vigtigste er den økonomiske afvejning af forventede afkast ift. transaktionsomkostninger. Hvis parterne lægger stor vægt på at forhandle en masse usandsynlige eventualiteter på kontraktindgåelsestidspunktet, vil der være en risiko for, at der opstår splid mellem parterne allerede inden kontraktens indgåelse, hvilket kan have bestemmende betydning for, om kontrakten overhovedet bliver indgået. Hvis der ikke er oparbejdet nævneværdigt med kvasi-renter i kontraktforholdet, kan en udførligt konciperet kontrakt have en ankereffekt ift. parternes vilje til at genforhandle bestemmelser, som har været genstand for intensiv i den oprindelige kontraktforhandling. Hvis parternes samarbejde ikke er forbundet med nogen væsentlig kompleksitet, kan parterne dog, især hvis parterne har et indgående kendskab til hinanden i forvejen, anvende oparbejdede kvasi-renter mellem parterne som substitut for en udførlig kontrakt, da oparbejdede kvasi-renter som referenceramme giver parterne en fælles forståelse af normer for korrekt adfærd i kontrakten samt en øget forventning til at kunne løse senere konflikter. Hvis kontraktsamarbejdets karakter er meget kompleks, kan der være en større usikkerhed omkring fremtidigt ansvar og forpligtelser, hvorfor en udførlig kontrakt kan vise sig nødvendig, så parterne på i løbet af kontraktforholdet har bedre mulighed for at genlæse kontrakten og forstå sine forpligtelser.

Litteraturliste

Faglitteratur

Bøger

- Andersen og Lookofsky: "Lærebog i obligationsret I", 4. udgave, 1. oplag, 2015.
- Andersen og Madsen: "Aftaler og Mellemænd", 6. udgave, 1. oplag, 2012.
- Jay B. Barney: "Strategic Management and Competitive Advantage", 3rd edition, 2010.
- Hondius & Grigoleit: "Unexpected Circumstances in European Contract Law" (2011).
- Kelly, J M: "Short History of Western Legal Theory", Oxford, 1993.
- Christian Knudsen: "Økonomisk Metodologi, Bind 2", 2. udgave, 1. oplag, 1997.
- March & Olsen: "Ambiguity and Choice", 1976.
- Cyert & March: "A Behavioral theory of the Firm", 1963.
- Peter Arnt Nielsen: "International handelsret", 3. udgave, 1. oplag, 2015.
- Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø: "Retskilder og Retsteorier", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2014.
- Richard A. Posner: "The Law and Economics of Contract Interpretation", November 5, 2004.
- Alf Ross: "Om Ret og Retfærdighed", København, 1953.
- Herbert Simon: "Administrative Behavior", 1945.
- Leigh Thompson: "The Mind and Heart of the Negotiator", Pearson Education Ltd, 5th edition, 2014.

Artikler

- George A. Akerlof: "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug. 1970), s. 488-500.
- Anderson & Oliver: "Perspectives on Behavior-Based Versus Outcome-Based Salesforce Control Systems", Journal of Marketing, vol. 51 Oct. 1987.
- Kenneth J. Arrow: "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", The American Economic Review (December 1963), Vol. 53, No. 5.
- Robert L. Birmingham: "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", 24 RUTGERS L. REV. 273, (1970).
- Campbell, W. Keith; Sedikides, Constantine; Reeder, Glenn D.; Elliot, Andrew J. (2000). "Among friends? An examination of friendship and the self-serving bias", British Journal of Social Psychology v. 39 (2), pp. 229-239.

- Ronald H. Coase: "The Nature of the Firm", *Economica*, November 1937.
- Ronald H. Coase: "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics* vol. III, Oct. 1960.
- Jeffrey H. Dyer and Harbir Singh: "The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage", *The Academy of Management Review*, Vol. 23, No. 4 (Oct. 1998).
- Kathleen M. Eisenhardt: "An Assessment and Review", *The Academy of Management Review*, Vol. 14, No. 1 (Jan., 1989).
- Jerome Frank: "Law and the Modern Mind", New York, Coward-McCann Inc, 1930.
- Hadfield & Bozovic: "Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations to Support Innovation", University of Southern California Lder w, January, 2012.
- Hart & Moore: "Agreeing Now to Agree Later: Contracts that rule out but do not rule in", National Bureau of Economic Research, March, 2004.
- O.W. Holmes: "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Vol. 10, No. 8 (Mar. 25. 1897), pp. 457-478.
- Jonathan Hosie: "Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get?", November 2007.
- Kaplow & Shavell: "Economic Analysis of Law", Harvard Law School and National Bureau of Economic Research (2002).
- Henrik Lando: "How to Allocate Risk in a Large Construction Project: A theoretical framework applied to central contract terms".
- Stewart Macaulay: "Non-contractual relations in business", *American Sociological Review*, Vol. 28, No. 1, February, 1963.
- Kyle J. Mayer & Nicholas S. Argyres: "Learning to Contract: Evidence from the Personal Computer Industry", *Organization Science*, vol. 15 no. 4 July-August 2004.
- Timothy J. Muris: "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", *Minnesota Law Review*, 65 Minn. L. Rev. (1980-1981).
- Cf. H. Nicklisch: "Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre – ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenfüllung?", (1980).
- Michael E. Porter: "How Competitive Forces Shape Strategy", *Harvard Business Review*, 1980.
- Alan O. Sykes: "The Economics of Vicarious Liability", *The Yale Law Journal*, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), pp. 1231-1280.
- Steven Shavell: "Economic Analysis of Accident Law", NBER Working Paper Series (May 2003), Working Paper 9694.
- Steven Shavell: "Economic Analysis of Litigation and the Legal Process" (2003).
- Steven Shavell: "Is Breach of Contract Immoral?", Discussion Paper No. 531 (2005).
- Weatherley og Bargeton: "Pathclearer", S&N Group Legal, Law Department Quarterly (Oct.-Dec. 2005).

Rapporter

- IACCMs rapport fra 2013/2014: <https://www2.iaccm.com/resources/?id=7619>

Jura

Lovgivning

- **Aftaleloven:** Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26/08/1996 som ændret ved lov nr. 1376 af 28/12/2011, § 2.
- **Bürgerliches Gesetzbuch** af 1896.
- **Danske Lov:** Lov nr. 11000 af 15/04/1683 som ændret ved lov nr. 383 af 22/05/1996, § 116, lov nr. 336 af 14/05/1992, § 17, lov nr. 469 af 30/06/1993, § 3 og lov nr. 522 af 06/06/2007.
- **Erstatningsansvarsloven:** Lovbekendtgørelse nr. 266 af 21/03/2014 som ændret ved lov nr. 1493 af 23/12/2014.
- **Købeloven:** Lovbekendtgørelse nr. 140 af 17/02/2014.
- **The Law Reform Act** of 1943.
- **The Sales of Goods Act** of 1979.
- **The Unfair Contract Terms Act** of 1977.

Engelske domme

- [1856] 5 E & B 714 - *Avery v Bowden*.
- [1863] EWHC QB J1 - *Taylor v Caldwell*.
- [1903] 2 KB 740 - *Krell v Henry*.
- [1904] 1 KB 493 - *Chandler v Webster*.
- [1942] UKHL 4 - *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd.*

Danske domme

- U 1977.641 H.
- U 1984.168 H.
- U 1992.164 V.
- U 2004.1490/2H.

Konventioner, forordninger og direktiver:

- **Domskonventionen:** EFs konvention af 27. september 1968 med senere ændringer.
- **Domsforordningen:** EUs forordning af 44/2000 af 22. december 2000.
- **Udbudsdirektivet:** Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv af 2014/24/EU.

Soft law og lex mercatoria

- **AB 92:** Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, Udfærdiget af Boligministeriet 1992-12-10.
- **CISG:** United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.
- **UNIDROIT Principles:** UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010.
- **PECL:** Principles of European Contract Law 2002.
- **FIDIC Silver Book:** Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects,
<http://swid.maj.ir/Portal/File/ShowFile.aspx?ID=621a55e6-2d6f-4ebe-80ab-18cb3c1a9463>

Standardklausuler

- **ICC Force Majeure Clause 2003:**
http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_iic_force_majeure_and_hardship_clauses_2003.pdf
- **Drukkers standardklausul om force majeure:**
<http://www.drukker.co.uk/publications/reference/force-majeure-clause/>

Bilag 1 – Begreber

- **Agenten** er den part, der skal udføre et hverv for principalen i et *principal-agent*-forhold.
- **Efficiens** skal forstås som den bedste kontrakt, kontraktparterne kan indgå ud fra den viden, de forudsætninger mv., som foreligger. Efficiens og optimalitet har samme betydning.
- **Kaldor-Hicks-optimalitet** skal forstås som den kontraktløsning, som er mest efficient for kontraktsamfundet.
- **Koncipisten** skal forstås som den part, der *konciperer/affatter* kontrakten, dvs. skriver kontrakten.
- **Kontraktparter** skal forstås som kontraktens individuelle parter. Kontraktparter, parter og kontrahenter har samme betydning.
- **Kontraktsamfundet** er den samlede økonomiske interesse for kontraktens involverede parter, dvs. kontraktparterne.
- **Kvasi-renter**, eller *relationelle* renter, skal forstås som den relationelle merværdi, der skabes mellem parterne i et kontraktforhold. Kvasi-renter kan sammenlignes med *goodwill*. For simplifikations skyld anvendes kun begrebet *kvasi-renter* i denne afhandling, selvom *goodwill* ofte ville have samme betydning.
- **Medkontrahent** skal forstås som den anden kontraktpart end den part, som den givne sætning er skrevet med fokus på. Medkontrahent bruges i stedet betegnelsen *modpart*, da denne har en negativ klang.
- **Pareto-optimalitet** skal forstås som en kontraktløsning, hvor ingen parter kan stilles bedre ved alternative løsninger.
- **Parol evidence-reglen** skal forstås som en fortolkningsregel, som medfører, at hvis kontrakten fremstår komplet, vil denne kontrakt være det eneste gyldige kontraktdokument, og hensigtserklæringer, mundtlige aftaler, der ikke er indskrevet i kontrakten, eller lignende kan normalt ikke tildeles betydning.
- **Principalen** er ordregiveren i et *principal-agent*-forhold.
- **Simple kontrakter** skal forstås som kontrakter, hvor kun de væsentligste forhold er forhandlet og nedskrevet i kontrakten.
- **Udførlige kontrakter** skal forstås som kontrakter, hvor parterne har forhandlet og nedskrevet mange forhold i bestræbelse på at koncipere en kontrakt så komplet som muligt.

Bilag 2 – Forkortelser

- **AB 92:** *Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, Udfærdiget af Boligministeriet 1992-12-10.*
- **AFTL:** *Aftaleloven – Lovbekendtgørelse nr. 781 af 26/08/1996 som ændret ved lov nr. 1376 af 28/12/2011, § 2.*
- **BGB:** *Bürgerliches Gesetzbuch af 1896 – Den vigtigste lov i den tyske privatret.*
- **CISG:** *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.*
- **DL:** *Danske Lov – Lov nr. 11000 af 15/04/1683 som ændret ved lov nr. 383 af 22/05/1996, § 116, lov nr. 336 af 14/05/1992, § 17, lov nr. 469 af 30/06/1993, § 3 og lov nr. 522 af 06/06/2007.*
- **EAL:** *Erstatningsansvarsloven – Lovbekendtgørelse nr. 266 af 21/03/2014 som ændret ved lov nr. 1493 af 23/12/2014.*
- **FIDIC:** *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils – Foreningen af Rådgivende Ingeniører.*
- **IACCM:** *The International Association for Contract and Commercial Management.*
- **ICC:** *International Chamber of Commerce.*
- **KBL:** *Købeloven – Lovbekendtgørelse nr. 140 af 17/02/2014.*
- **PECL:** *Principles of European Contract Law.*
- **UCTA:** *The Unfair Contract Terms Act of 1977.*
- **UNIDROIT:** *Institut international pour l'unification du droit privé – Den internationale organisation for samordning af privatretten.*